

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia comentada

Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación 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

M.ª PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil

Universidade de Santiago de Compostela

Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

M.ª EUGENIA TORRES COSTAS

Abogada. Doctora en Derecho

RESUMEN

El pasado 3 de junio de 2021 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas jurídicas en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPCD), por medio de la cual el legislador español cumplía, tras trece años de espera, con el mandato contenido en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y, además, con los requerimientos que reiteradamente ha venido efectuando al Estado español el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (el Comité), órgano supervisor de la citada Convención (CDPD), que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde mayo de 2008. Tres meses después de su publicación, concretamente el 3 de septiembre de 2021, la LAPCD entraba en vigor y, cinco días después, el Tribunal Supremo dictaba su primera sentencia aplicando la nueva ley para resolver un recurso de casación interpuesto en un procedimiento de modificación

de la capacidad y designación de curador tramitado hasta entonces bajo la cobertura de la legislación anterior. En esta primera sentencia, el Alto Tribunal se pronuncia sobre una cuestión central en el sistema diseñado por el texto convencional, cual es la posibilidad de que las medidas de apoyo puedan ser rechazadas por las personas con discapacidad, que manifiestan expresamente su voluntad en ese sentido, derecho que no ha sido reconocido literalmente en la ley española, pero que se halla expresamente incluido dentro del derecho a la plena capacidad jurídica en la Observación General Primera dictada por el Comité en el año 2014, y que sí han recogido en otros ordenamientos textos como el BGB (§ 1814.2, tras la Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, de 4 de mayo de 2021).

Apenas mes y medio después, el mismo Tribunal dictaba, en aplicación de la misma ley, su segunda sentencia, fechada el 19 de octubre siguiente. En esta ocasión, resolvía definitivamente sobre la persona que debía ostentar la medida de apoyo diseñada previamente por la necesitada de este en un documento de autotutela otorgado en su día ante notario, después de que, tanto en primera como en segunda instancia, las correspondientes resoluciones hubiesen obviado la voluntad de la otorgante plasmada en escritura pública. El 2 de noviembre de 2021 la Sala Primera del Tribunal Supremo emitió una nueva sentencia, planteando una cuestión muy similar a la inmediatamente anterior.

PALABRAS CLAVE

Personas con discapacidad. Mayores. Capacidad jurídica. Dignidad. Voluntad. Deseos y preferencias. Mejor interés. Paradigma. Derechos humanos.

First pronouncements of the Supreme Court in application 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.

ABSTRACT

On June 3, 2021, Law 8/2021, of June 2, was published in the Official State Gazette, which reforms civil and procedural legislation to support legal persons in the exercise of their legal capacity. (LAPCD), by means of which the Spanish legislator complied, after thirteen years of waiting, with the man-

date contained in article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and, in addition, with the requirements that the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (the Committee), the supervisory body of the aforementioned Convention (CRPD), which has been part of our legal system since May 2008. Three months after its publication, specifically on September 3, 2021, the LAPCD entered into force and five days later, the Supreme Court issued its first sentence applying the new law to resolve an appeal filed in a procedure for modifying the capacity and appointment of curator processed until then under the coverage of the previous legislation. In this first ruling, the High Court ruled on a central issue in the system designed by the conventional text, which is the possibility that support measures can be rejected by people with disabilities who expressly express their will in that regard, right that it has not been literally recognized in Spanish law, but that it is expressly included within the right to full legal capacity in the First General Comment issued by the Committee in 2014, and that texts such as the BGB (§ 1814.2, after the Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts of May 4, 2021).

Barely a month and a half later, the same Court handed down, in application of the same law, its second sentence, dated the following October 19. On this occasion, it definitively resolved on the person who should hold the support measure previously designed by the person in need of this support in a self-protection document granted at the time before a Notary Public after, both in first and second instance, the corresponding resolutions they would have ignored the will of the grantor expressed in a public deed. On November 2, 2021, the First Chamber of the Supreme Court issued a new ruling, raising a question very similar to the immediately preceding one.

KEYWORDS

People with disabilities. The elderly. Legal Capacity. Dignity. Will. Wishes and preferences. Best interest. Paradigm. Human rights.

SUMARIO: I. *Introducción.* —II. *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, n.º 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 (ROJ: STS 3276/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3276).* 2.1. Resumen de los hechos. 2.2. Fundamentación jurídica. 2.2.1. Aplicación del nuevo régimen legal a un procedimiento iniciado en el anterior. 2.2.2. La declaración de incapacitación. 2.2.3. El nuevo sistema de provisión de apoyos. 2.2.4. El principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias. 2.2.5. El argumento procesal. 2.2.5.1. El argumento semántico. 2.2.5.2. El argumento social. 2.3. El fallo. —III. *La (dis)cordancia de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre de 2021 con la LAPCD y la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.* 3.1. El argumento semántico. 3.2. El argumento procesal. 3.3. El argumento social. —IV. *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, n.º 706/2021, de 19 de octubre de 2021 (ROJ: STS 3770/2021-ECLI:ES:TS:2021:3770).* Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg. 4.1. Resumen de los hechos. 4.2. Fundamentación jurídica. 4.2.1. Aplicación del nuevo régimen legal a un procedimiento iniciado en el anterior. 4.2.3. La declaración de incapacitación y el nuevo sistema de provisión de apoyos.

4.2.4. La necesidad de motivar el apartamiento de la designación hecha por la persona con discapacidad. 4.3. El fallo. —V. *Sentencia del Tribunal Supremo n.º 734/2021, de 2 de noviembre de 2021 (ROJ: STS 4003/2021-ECLI:ES:TS:2021:4003)*. Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg. —VI. *Reflexión final; Bibliografía; Índice cronológico de jurisprudencia.*

I. INTRODUCCIÓN

La LAPCD introduce el nuevo paradigma social de la discapacidad basado en el enfoque de derechos humanos propugnado por la CDPD. Esto supone reconocer a la persona con discapacidad como sujeto de derechos en igualdad de condiciones con los demás; estas personas dejan de ser un mero objeto o centro de imputación de derechos económicos o sociales, para ser los protagonistas de sus decisiones. El máximo exponente del cambio de modelo es el expreso reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, adaptando así buena parte de nuestro ordenamiento jurídico estatal interno al artículo 12 CDPD. Al respecto, conviene recordar, como indica literalmente el Preámbulo de la LAPCD, que dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos, como quedó constatado en el proceso de elaboración de la Convención¹ y ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014.² Hay que tener presente que, además del reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica en el sentido más amplio que se acaba de exponer, la Observación General Primera incluye dentro del alcance del artículo 12 CDPD otros aspectos, como el claro rechazo al principio del mejor o superior interés de las personas con discapacidad adultas, el cual, afirma, no constituye ninguna salvaguarda para ellas,³ sino justamente lo contrario. Este principio ha de ser sustituido por el de respeto absoluto de la voluntad, deseos y preferen-

¹ TORRES COSTAS, 2020, pp. 25-79.

² CRPD/C/GC/1, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11.º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general n.º 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley En: un.org Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>, párrs. 12 y 14, pp. 3 y 4.

³ *Ibidem*, párr. 21, p. 6.

cias de aquellas, principio que ahora se recoge de forma expresa a lo largo de todo el articulado de la LAPCD y, muy en particular, el artículo 249 CC; sobremanera, este mismo precepto legal consigna también el procedimiento a seguir por quienes presten apoyos para acercarse a la persona con discapacidad y averiguar qué es lo que esta quiere o hubiere querido, de no poder expresarlo de modo comprensible. En este sentido, se deja claro que la persona prestadora de apoyo debe realizar, en primer lugar, un esfuerzo considerable para intentar comprender la voluntad, atendiendo a lo que la persona apoyada, de un modo u otro, pueda manifestar por sí misma; en segundo lugar, de no ser posible, deberá auxiliarse de cuantas ayudas precise para averiguar esa voluntad y, por *último*, si aun así no pudiera concluir cuál es la verdadera voluntad de la persona con discapacidad, la prestadora de apoyos deberá realizar un auténtico ejercicio de reconstrucción de la voluntad, atendiendo a la trayectoria de vida, valores, creencias, etc., de la auxiliada; además, una vez realizado, emitirá la decisión que, a su juicio, hubiese tomado la persona que ha requerido el apoyo, incluso aunque esta sea contraria a la opinión de la auxiliar y al propio interés superior objetivo de la persona con discapacidad; criterio este que, insistimos, debe ser expulsado como guía a seguir en la prestación de apoyos a las personas adultas.⁴

La Observación General Primera ahonda todavía más en el verdadero alcance del artículo 12 CDPD, explicando a los Estados parte que el reconocimiento de la plena capacidad jurídica y el nuevo sistema de provisión de apoyos incluye el derecho a recibir los que la persona precise, pero también a rechazarlos⁵ aunque los necesite, pues, como indica el Comité, muchas personas con discapacidad solo pretenden que su derecho les sea reconocido expresamente, pero igualmente quieren ejercerlo por sí mismas, esto es, sin contar con las medidas de apoyo a que tuvieran derecho, si esta es su voluntad.⁶ Esta afirmación equivale sin ambages a reconocer el derecho a rechazar los apoyos o a renunciar al que se ya se tiene, lo cual, en definitiva, declara sin titubeos el *órgano* supervisor del tratado en esta Observación General Primera, cuyas líneas maestras ha querido seguir el legislador español al aprobar la LAPCD y a la que, como hemos visto, (GARCÍA RUBIO, *Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, 2021) apela expresamente en su Preámbulo.⁷

⁴ *Ibidem*, párr. 29, p. 8.

⁵ *Ibidem*, párr. 29, p. 8.

⁶ *Ibidem*, párr. 19, p. 5.

⁷ GARCÍA RUBIO, 2021, *SEPIN, Familia y Sucesiones* n.º 136, pp. 45-62, espec. p. 48, donde se señala como objetivos tanto la adaptación máxima posible de nuestro sistema

Pese a ello, la reforma introducida por la LAPCD tiene un importante vacío legal en su articulado, al no reconocer de forma expresa el derecho de las personas con discapacidad a disponer de las medidas de apoyo asignadas judicialmente, bien sea modificándolas, dándolas por finalizadas o rechazándolas expresa o tácitamente; y ello, a pesar de que en el inicio de la tramitación parlamentaria se puso de relieve la conveniencia de que la ley se pronunciase expresamente sobre esta cuestión,⁸ a fin de prevenir dudas futuras que no han tardado en plantearse. El resultado ha sido que la reforma no prohíbe abiertamente la imposición de medidas de apoyo a la persona con discapacidad que las precise y no las quiera o se niegue a aceptarlas. Justamente, el asunto que se plantea en el caso resuelto en la primera sentencia dictada por el Alto Tribunal, tras la entrada en vigor de la reforma introducida por la LAPCD que comentaremos en primer lugar. En ella se aplica el régimen transitorio, en concreto, su Disposición Transitoria Sexta, que dispone que los procesos sobre capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de esta Ley, se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente lo relativo al contenido de la sentencia. Además, esta resolución hace una interpretación del principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias, repetido hasta en un total de veintidós ocasiones en la propia LAPCD que, sin duda, no ha dejado a nadie indiferente.

El mismo principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad es protagonista del segundo pronunciamiento del Tribunal Supremo, tras la entrada en vigor de la reforma. En este caso, la voluntad anticipada de la persona concernida había sido expresada de forma clara y detallada en un testamento que incluía una designación de autotutela que, al amparo de la legislación anterior, había otorgado ante notario; la autora dejaba bien clara y patente su voluntad acerca de las personas que, llegado el momento, debían ser nombradas curadoras siguiendo el orden de prelación por ella establecido y, lo que era más importante, quiénes bajo ningún concepto, debían ser llamadas al ejercicio del cargo. En aplicación del régimen transitorio de la LAPCD, el Tribunal Supremo vuelve a considerar aplicables, en la medida de lo posible, las normas que esta ley establece para la nueva figura de la autocuratela, revocando las sentencias previamente dictadas por el juzgado de pri-

al artículo 12 CDPD, como la mayor adaptación posible a la Observación General Primera del Comité.

⁸ GARCÍA RUBIO, comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso Diputados en fecha 20 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=vLDggPmjko&t=17s>, minuto 13:08 y ss. y respuestas a las preguntas formuladas por Sus Señorías. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=cfVIdmtMfHs>, minuto 3:11, [última consulta: diciembre 2020]

mera instancia y por la Audiencia Provincial correspondiente –en este *último* caso, lo hizo en dos ocasiones– al entender que, en ninguna de las resoluciones revocadas se aplicó el principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la otorgante, sin encontrar motivación suficiente que justificase esa preterición.

Seguiremos el orden cronológico de ambas sentencias, para hacer el respectivo comentario. Anticipamos también que la tercera sentencia dictada por el Tribunal Supremo, tras la entrada en vigor de la LAPD, trata de un caso que guarda gran similitud con la segunda que comentamos, por lo que aludiremos a ella de manera mucho más breve.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL, N.º 589/2021, DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021 (ROJ: STS 3276/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3276)

2.1. *Resumen de los hechos*

La sentencia n.º 589/2021, dictada por el Tribunal Supremo en fecha 8 de septiembre de 2021, resuelve en casación un procedimiento procedente del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Oviedo y, en segunda instancia, de la Audiencia Provincial de Asturias.

La demanda había sido promovida en su día por el Ministerio Fiscal que, con arreglo a la legislación anterior, interesaba respecto al demandado, la «fijación precisa de la extensión de su capacidad jurídica», el establecimiento de los medios de apoyo que se considerasen más apropiados para la conservación de su capacidad jurídica y los actos sobre los que se concretaría su intervención, para lo cual debía nombrarse la persona que hubiera de asistirle o, en su caso, representarle y velar por él. Por último, pedía que se adoptasen las salvaguardias adecuadas y efectivas para asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respetasen los derechos, la voluntad y las preferencias del demandado, evitando influencias indebidas, abusos o conflictos de intereses y que, en línea con lo ordenado por el artículo 12 CDPD, resultasen proporcionales y adaptadas a sus circunstancias personales.

La demanda fue presentada tras la denuncia formulada ante la Fiscalía por los vecinos del demandado; en el procedimiento judicial se personó la Administración asturiana en calidad de futura tutora de este.

Conviene aclarar que se trataba de un hombre que había acumulado una cantidad ingente de basura en su domicilio, pero que

se oponía expresamente a la demanda, alegando 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.

El juzgado de primera instancia fallaba estimando parcialmente la demanda, ordenando la asistencia al demandado en el orden y limpieza de su domicilio, autorizando a la entidad pública a entrar en él a tal fin, con la periodicidad que estimase pertinente, con designación como tutor a la Administración asturiana única y exclusivamente para ese aspecto y en las condiciones fijadas en los fundamentos de dicha resolución judicial.

Para la autoridad judicial en esta instancia, quedaba acreditado que el demandado padecía síndrome de Diógenes, patología que le condicionaba en el cuidado e higiene correctos de su salud y en la limpieza e higiene de su vivienda, poniendo en riesgo igualmente la salubridad general y la de sus vecinos.

Según el informe del médico forense, la situación sanitaria del demandado debía abordarse mediante el tratamiento médico correspondiente «que detecte otras posibles patologías o trastornos». El juzgado de primera instancia recogía como hechos probados que el demandado mostraba una actitud «coherente en su razonamiento», respondiendo a todas las preguntas durante la práctica de la exploración judicial, entendiéndolo que se le preguntaba y dando respuestas precisas a cada una de las preguntas formuladas; aceptó que recogía algunas cosas y comida de los contenedores, pero negó que el olor fuese tan nauseabundo como decían sus vecinos, a pesar de reconocer que, en alguna ocasión, pudiese haberse producido mal olor por haber dejado fuera de su vivienda alguna bolsa de comida. Por último, esta resolución judicial dejaba acreditado que nunca se había realizado ninguna intervención de urgencia en la vivienda del demandado.

Contra la sentencia el demandado presentó recurso de apelación, resultando aquella nueva e íntegramente confirmada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Asturias. En esta ocasión, el tribunal profundiza en el contenido del informe emitido por el médico forense y, con fundamento en este, afirma que, pese a que el discurso del apelante resulta coherente y razonado, esto no es incompatible con un trastorno de conducta que le lleva a recoger y acumular basura sin ser consciente del síndrome que padece. Es precisamente esta ausencia de consciencia de enfermedad (anosonogía) la que le impide percibir el olor nauseabundo, según el informe del facultativo y lo que le lleva a aislarse y a rechazar cualquier tipo de intervención. Para la Audiencia Provincial no cabe duda de que, a tenor de lo expuesto en el informe médico y lo comprobado por el propio tribunal, el ape-

lante es incapaz de gobernarse por sí mismo en la esfera personal, lo que, a su vez, repercute negativamente en el resto del vecindario. Por todo ello, confirma el fallo dictado en primera instancia.

Contra esta segunda resolución, el apelante formuló recurso de casación ante el Tribunal Supremo. La Administración de Asturias se personó como parte recurrida. El Ministerio Fiscal intervino también, interesando que se mantuviese la sentencia confirmada por la Audiencia Provincial, si bien, modificando la figura de protección o apoyo de conformidad con la nueva ley, en el sentido de que en vez de tutela pasase a ser curatela con facultades de mera asistencia, respecto a la elección de la empresa que debería llevar a cabo la limpieza, que sería la elegida por el propio demandado y, solo en el caso de que este no escogiese ninguna, la recurrida podría sustituirle en esta decisión, designando a la que considerase adecuada. Además, pedía que las facultades de la Administración de Asturias se ampliasen a las decisiones y actuaciones sanitarias, tendentes a garantizar los tratamientos y terapias de todo tipo que requiriese el demandado para el control y cuidado de la enfermedad que, según afirmaba el Ministerio Público, había motivado la modificación de su capacidad. Interesaba, en fin, que la medida fuese revisada cada seis meses. A todas estas peticiones se adhirió la Administración de Asturias.

El Tribunal Supremo fija los motivos de casación en uno único: la infracción del entonces artículo 199 CC, en relación con los artículos 200 y 322 CC del mismo texto legal, reguladores de las causas de incapacitación, alegando que la sentencia recurrida se basa en la existencia de un «posible» trastorno, lo cual, a criterio del recurrente, resulta insuficiente para declarar su incapacitación.

Al momento en que estaba prevista la deliberación y resolución del recurso, la publicación de la LAPDC se preveía muy próxima, por lo que el Tribunal Supremo concedió un plazo a las partes a fin de que alegasen sobre la eventual incidencia que la reforma podría tener en la resolución del asunto, ocasión que aprovechó la recurrente para reiterar su oposición a las pretensiones de la demanda y a la sentencia recurrida, interesando expresamente el mantenimiento de su capacidad jurídica y la negativa a la provisión de medida alguna de apoyo; todo ello, sin perjuicio de que, al margen del procedimiento judicial, se iniciasen por la autoridad municipal otras acciones que estimasen oportunas dentro del área social competente.

El Ministerio Fiscal insistía en la necesidad de mantener las medidas de apoyo propuestas, en el sentido de designar como más apropiada la figura de la curatela, si bien, flexibilizando esta respecto a las facultades representativas iniciales, pero sin cerrar las puertas a la ampliación gradual hacia ellas, de fallar la mera asis-

tencia del curador en la elección de la empresa y las tareas de limpieza; estas obligaciones deberían ser llevadas a cabo por la propia persona demandada con la asistencia de la entidad pública designada y, solo para el caso de que aquella se negase a hacerlo, podrían ampliarse las facultades de la curadora para que esta pudiese «sustituir» –que no representar– al afectado por el síndrome en dicha tarea. Solicitaba, además, que se ampliasen las atribuciones del curador a la asistencia para la toma y administración de tratamientos médicos y solicitaba, asimismo, la fijación de un plazo máximo de seis meses para proceder a la revisión de la medida.

El Tribunal Supremo entra de lleno a resolver el recurso con la nueva reforma ya en vigor y se pronuncia emitiendo el primer pronunciamiento sobre cómo ha de ser interpretada la expresión «atender a la voluntad, deseos y preferencias», tantas veces repetida en la LAPCD; más en concreto, se manifiesta acerca de la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan rechazar las medidas de apoyo aunque las precisen, marcando una línea interpretativa, que va claramente en contra de las directrices establecidas por el Comité en la Observación General Primera, como trataremos de mostrar en los epígrafes siguientes.

2.2. *Fundamentación jurídica*

2.2.1. APLICACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN LEGAL A UN PROCEDIMIENTO INICIADO EN EL ANTERIOR

La sentencia del Tribunal Supremo comienza analizando cuál ha de ser el régimen jurídico aplicable al caso tras la entrada en vigor de la LAPCD. Teniendo en cuenta que el procedimiento judicial origen del recurso de casación fue iniciado con arreglo a la legislación anterior, la decisión invoca como vinculante, en primer lugar, la disposición transitoria sexta de la nueva ley, que obliga a que los procedimientos en curso se adapten a las disposiciones de la nueva reforma, especialmente, respecto al contenido de la sentencia. Partiendo de esta base, las actuaciones procesales debían continuar en el punto en el que se encontraban al momento de entrar en vigor la reforma. Atendiendo a la inmediatez de este momento, el Alto Tribunal resolvió el recurso de casación según el nuevo régimen de provisión de apoyos contenido en el Código civil reformado, decisión, sin duda, adecuada a lo establecido en la citada norma de derecho intertemporal.

2.2.2. LA DECLARACIÓN DE INCAPACITACIÓN

Una vez justificada la necesidad de adaptación del procedimiento y, en particular, de la sentencia, a la nueva regulación, el Tribunal Supremo realiza una primera tarea de ajuste, modificando la sentencia recurrida en cuanto al pronunciamiento que declaraba la incapacitación del demandado. La decisión resulta absolutamente coherente con el renovado sistema que ha desterrado la incapacitación o modificación judicial de la capacidad pues, como indica el Preámbulo de la LAPCD, «el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse». El pleno reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica en el sentido expuesto en la Observación General Primera del Comité, recogido de forma expresa en el citado Preámbulo, abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercerlos y obliga, por tanto, a la desaparición de los procedimientos que permitan anular o limitar la capacidad de algunas personas. En consecuencia, el pronunciamiento del Alto Tribunal no podía ser otro que la revocación de la sentencia de origen en cuanto a la declaración de incapacitación de la parte demandada.

2.2.3. EL NUEVO SISTEMA DE PROVISIÓN DE APOYOS

Ubicados ya en el nuevo modelo diseñado por la LAPCD, la sentencia debía resolver el caso, adaptando la situación particular suscitada al nuevo sistema de provisión de apoyos. Antes de emitir su pronunciamiento, el Tribunal Supremo asume como propia una cierta labor pedagógica y se detiene en explicar las características propias de este nuevo sistema, que se resumen en las siguientes:

- a. El nuevo régimen se aplica a mayores de edad o menores emancipados.
- b. La finalidad de las medidas de apoyo es permitir el libre desarrollo de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad de la persona con discapacidad y deben inspirarse en el respeto a su dignidad y en la tutela de sus derechos fundamentales.
- c. Las medidas judiciales de apoyo son subsidiarias respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que aquellas solo entrarán en juego en defecto o en caso de insuficiencia de estas últimas.
- d. La determinación de medidas judiciales de apoyo no requiere de ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de

la persona (ya que todas las personas tienen reconocida expresamente su capacidad jurídica).

- e. La provisión judicial de apoyos debe respetar los principios de necesidad y proporcionalidad y la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

A continuación, concreta más detalladamente estos principios de necesidad y proporcionalidad, aclarando que las medidas de apoyo solo podrán ser designadas judicialmente cuando la persona con discapacidad realmente las necesite para ejercitar su capacidad jurídica; en este último caso, las que se adopten deberán ser proporcionadas, de manera que el apoyo no exceda de lo que la persona realmente precise, de suerte que esta realizará por sí misma todo aquello para lo que no necesite ningún tipo de asistencia; por lo tanto, el prestador de apoyo solo deberá intervenir para lo estrictamente imprescindible. En todo caso, las medidas de apoyo deberán respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, de conformidad con el nuevo artículo 249 CC. Esta última es la verdadera y peliaguda cuestión que el Tribunal Supremo debe afrontar en el recurso, ya que a lo largo de todo el periplo judicial había quedado en evidencia la reiterada negativa de la persona concernida a recibir la medida interesada por el Ministerio Fiscal con la conformidad de la entidad pública designada inicialmente tutora.

En todo caso, antes de resolver este concreto asunto el Tribunal Supremo trata de determinar si la medida de apoyo, adoptada primero por el juzgado de instancia y luego por la Audiencia Provincial, se había ajustado a los principios marcados por la nueva normativa.

Para ello, parte, en primer lugar, de la prueba médica practicada por el médico forense, cuyo informe aprecia que el demandado padece un trastorno de conducta que le lleva a recoger basura de forma obsesiva y a abandonar su higiene y alimentación. A criterio tanto del facultativo como de los servicios sociales que también emiten informe, el demandado no es consciente de su trastorno y de las consecuencias de este, lo que le ha colocado en una situación de aislamiento y de negativa reiterada a recibir ayuda; así considerado, se afirma que el propio trastorno es el que afecta su voluntad y le está produciendo una «degradación personal sin que sea consciente de ello». Pese a ello, el Tribunal reconoce que sus facultades cognitivas no están alteradas, lo que ya había sido igualmente admitido en instancias anteriores.

Esta falta de conciencia es lo que, a criterio del Tribunal, pone en evidencia la necesidad de la medida de apoyo asistencial soli-

citada, que también se considera proporcionada para garantizar no solo la limpieza de la vivienda sino el bienestar de la persona; según afirma el Ministerio Fiscal en su informe, haciéndose eco de la jurisprudencia de la Sala, esto último constituye la finalidad principal de la medida.⁹

Además, en tanto dure esa falta de conciencia del trastorno, a criterio del Tribunal, será necesario «suplir» en esto su voluntad (FJ Cuarto, 4.º). Para ello, sin embargo, entiende que la curadora no precisará de facultades de representación, siempre que cuente con la anuencia o colaboración del demandado; no obstante, sí deberán atribuirse esas facultades representativas, cuando aquel se niegue a recibir la asistencia o colaborar en el mantenimiento de limpieza e higiene de la vivienda y personal, lo que es tanto como reconocer facultades a la prestadora de apoyo, ya no representativas en sentido amplio, sino propiamente sustitutivas, pues resulta difícil prever la voluntaria colaboración de quien reiteradamente se ha negado a recibir ayuda a tales fines.

2.2.4. EL PRINCIPIO DE RESPETO A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS

Una vez concluido que la medida adoptada respeta los principios de necesidad y proporcionalidad, el Tribunal Supremo entra a valorar si se ajusta también al principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida. No se pronuncia, sin embargo, sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad. Presuponemos que el demandado no había otorgado medidas voluntarias de carácter formal (autotutela o poderes preventivos, con arreglo a la legislación anterior, poderes o mandatos preventivos, o autocuratela, u otra medida voluntaria atípica, según la nueva Ley), ya que las diferentes sentencias dictadas a lo largo del procedimiento judicial no se refieren a ellas y no parece que el Tribunal estime suficiente ni prioritaria la voluntad expresa, aunque no plasmada en escritura pública, reiterada por el demandado dentro y fuera del procedimiento judicial.

Este es precisamente el punto de partida y el núcleo de la decisión del Tribunal Supremo: si es o no posible, con arreglo al estrenado sistema, acordar una medida de apoyo para quien de forma

⁹ 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). FJ Segundo, 4.º.

expresa y reiterada se opone a su imposición (FJ Cuarto, 5.^o).¹⁰ Para el órgano judicial, la respuesta ha de ser afirmativa; esto es, se debe admitir que los apoyos puedan ser impuestos a las personas con discapacidad que los precisen, incluso en el caso de que estas se nieguen a tenerlos. Para alcanzar tal conclusión, el Tribunal se apoya en argumentos jurídicos de índole esencialmente procesal extraídos de la propia LAPCD, así como en razones semánticas y sociales; sobre todos ellos nos detendremos a continuación.

2.2.4.1. *El argumento procesal*

El primer argumento con el que el Tribunal Supremo justifica su resolución encuentra su sede en la propia LAPCD, que modifica la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), para regular los procedimientos judiciales de provisión de apoyos. Al desaparecer los procedimientos de incapacitación o de modificación judicial de la capacidad, la persona con discapacidad o las demás a quienes la ley otorgue legitimación activa, podrán comparecer ante la autoridad judicial para solicitar la provisión de las medidas de apoyo que la persona con discapacidad pudiera precisar para ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. El objeto del procedimiento judicial se reduce a la asignación de una medida de apoyo en función de las necesidades de la persona concreta; por lo tanto, resulta evidente la falta de controversia entre dos partes, típica de los procedimientos contenciosos. No habrá ahora, al menos de inicio, una parte demandante que actúe contra otra demandada. Esta es una de las razones principales que explican el cambio no solo del derecho sustantivo, sino también del procedimiento judicial que, tras la entrada en vigor de la LAPCD, pasa a ser con carácter principal un expediente de jurisdicción voluntaria donde la parte actora deberá acreditar su discapacidad y encontrarse en situación de necesitar apoyos para poder ejercitar su capacidad jurídica. El protagonismo de este procedimiento principal resulta absolutamente coherente con el espíritu de la reforma y, por ende, con el artículo 12 CDPD. Se trata, en definitiva, y tal y como exige el párrafo tercero del citado precepto convencional, de dotar a la persona con discapacidad de las medidas precisas para ejercer su capacidad jurídica, de empoderarla y de no privarla de derechos que serían ejercidos por terceros en su lugar.

¹⁰ 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. (FJ Cuarto, 5.^o).

El procedimiento judicial principal tras la entrada en vigor de la ley busca potenciar la autonomía de la voluntad de la persona, hasta el punto de que, incluso una vez iniciado, corresponderá a la autoridad judicial informar al interesado en la preceptiva comparecencia sobre las posibles medidas alternativas a las judiciales que podría tener a su disposición fuera del ámbito judicial para que, de estimarlo necesario, pueda optar por ellas, debiendo en este último caso, cerrarse el expediente de jurisdicción voluntaria dejando constancia de la opción ejercida por quien precise de los apoyos (art. 42 *bis* b) LJV). Es decir, se busca desjudicializar el proceso para promover, precisamente, que sea la propia persona con discapacidad quien opte por las medidas de apoyo que mejor le convengan, según sus propios intereses, aunque cabe asimismo que se opte por una medida de naturaleza informal que se vehicularía a través de la guarda de hecho.

Sin embargo, puede ocurrir que, pese al ofrecimiento o la información facilitada por la autoridad judicial, la persona con discapacidad prefiera continuar la vía judicial. En este último caso, deberá dictarse resolución designando la medida de apoyo interesada, si se considera necesaria, proporcional y subsidiaria de las que eventualmente hubiera otorgado la propia persona con discapacidad o estuviese gozando de manera informal. Además, de fijarla, deberán establecerse las salvaguardas necesarias para garantizar que los apoyos se prestan atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la concernida y, por último, fijar el plazo de revisión.

El artículo 42 *bis* a) 3 LJV señala las personas que estarán legitimadas para promover el expediente de provisión medidas de apoyo. Además de la propia persona con discapacidad que las precise, la ley otorga legitimación activa a su cónyuge o pareja de hecho, ascendientes, descendientes, hermanos o hermanas y también al Ministerio Fiscal. Cualquiera de ellos, por tanto, pueden interesar del juzgado la adopción de medidas de apoyo para la persona con discapacidad; de no haber promovido el expediente, pueden personarse igualmente en él para, incluso, oponerse a la adopción de alguna o todas las medidas propuestas. La propia persona con discapacidad podría también oponerse a la adopción de las medidas interesadas por cualquiera de los demás legitimados. En nuestra opinión, en este último caso, el expediente debería archivar-se sin más, en coherencia con el espíritu de la reforma y con el tratado internacional a cuya adaptación aspira, como más adelante se explicará. Sin embargo, tenemos que reconocer que nuestra tesis choca frontalmente con la seguida por el Tribunal Supremo en la sentencia que ahora se comenta.

El artículo 42 *bis* b) 5 LJV ordena que, para el caso de que durante la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria se presentase oposición, sin excluir de esta la de la propia persona con discapacidad, se proceda al archivo y la cuestión se dirima en un procedimiento contencioso distinto del anterior. Para ello, habrá que presentar demanda, en la cual figurará, como demandante, cualquiera de los legitimados y, como demandada, la persona con discapacidad para quien se solicite la medida de apoyo. Si ninguno de los legitimados la presenta, el Ministerio Fiscal podría hacerlo, aunque tampoco está obligado, según se desprende de lo previsto en el reformado artículo 757 LEC.

Es precisamente en esa reconducción al procedimiento contencioso cuando se hubiese presentado oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria, donde el Tribunal Supremo encuentra un argumento para interpretar que la medida de apoyo podría ser impuesta en el procedimiento contradictorio si, precisamente, la oposición viniera de la propia persona con discapacidad que se niega a admitir el apoyo. Para el Tribunal Supremo no hay duda de que, al no haberse establecido ningún tipo de limitación a la derivación al procedimiento contencioso por oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria, encaja en el contradictorio el que podría promoverse cuando la oposición proviniera de la propia persona con discapacidad; se sobreentiende que, de no haber querido hacerlo así, el legislador hubiera cerrado esta posibilidad en el caso de oposición del propio sujeto con discapacidad o la hubiese limitado a los casos en que la oposición fuese presentada por otros legitimados. De esta suerte, para el Alto Tribunal «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»; todo lo cual supone, según el órgano judicial, que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

Volveremos más adelante sobre esta cuestión, que es la que merece más atención y resulta decisiva para la toma de decisión final.

2.2.4.2. *El argumento semántico*

El segundo argumento sobre el que se fundamenta la posibilidad de imponer apoyos aun en contra de la voluntad expresada por la propia persona con discapacidad se apoya en una razón semántica. Alude el tribunal al significado del verbo «atender», utilizado, entre otros, en el nuevo artículo 268 CC en relación con la voluntad, deseos

y preferencias de la persona con discapacidad. En este sentido, la resolución comentada dice que se trata de un verbo polisémico del que destaca dos significados: en primer lugar, la acepción de «tener en cuenta o en consideración algo» y, en segundo lugar, el «satisfacer un deseo, ruego o mandato». Pues bien, entre las dos acepciones escogidas, el Alto Tribunal se decanta por la primera para interpretar que el mandato legal no obliga al juzgador el satisfacer la voluntad de la persona en todo caso, sino que podrá prescindir de ello cuando las circunstancias así lo aconsejen, lo que para el Pleno del Tribunal ocurre, precisamente, en el caso que ahora se comenta. De este modo, aprecia que en el artículo 268 CC la fórmula verbal «atenderán», dirigida a las personas encargadas de las medidas judiciales, es seguida de la expresión «en todo caso», que el Tribunal interpreta en el sentido de que el juzgador siempre deberá «recabar y tener en cuenta (siempre en la medida de lo posible) la voluntad de la persona con discapacidad», aunque luego decida apartarse de ella. La elección de esta acepción por parte del Tribunal Supremo tampoco debe sorprender, pues, en fechas inmediatamente anteriores a la entrada en vigor de la LAPD, ya venía afirmando que el principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad 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, añadía el Alto Tribunal, 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.¹¹

2.2.4.3. *El argumento social*

Para terminar de cerrar su razonamiento, el Tribunal Supremo alude a un tercer argumento extrajurídico. En concreto, según esta sentencia, es el propio trastorno padecido por la persona concernida el que –como ocurre con frecuencia, según el tribunal, en otros trastornos psíquicos y mentales– le impide ser consciente de su enfermedad y anula su voluntad; en concreto afirma: «el trastorno no solo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que, además, le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda» (FJ n.º 5). Por ello, pese a reconocer el discurso coherente del interesado, su capacidad cognitiva y la oposición reiterada a la medida a lo largo del procedimiento, considera justificado no satisfa-

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 6 de mayo de 2021, n.º 269/2021, de 6 de mayo de 2021, (ROJ: STS 1894/2021- ECLI:ES:TS:2021:1894). Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg. (FJ Segundo-3.º F).

cer su deseo e imponer el apoyo. Es más, una vez negada la voluntad de la persona, al entenderla anulada por razón de su trastorno psíquico, considera que no imponer la medida en contra de los deseos expresados por la persona sería una «crueldad social», pues sería «abandonar a su desgracia a quien, por efecto directo de su trastorno mental no es consciente del proceso personal de degradación que sufre».

Semejante aseveración constituye, como reconoce el propio Tribunal, un auténtico «juicio de valor» conforme al cual, si la persona no estuviere afectada por ese trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal. Aunque volveremos sobre ello más adelante, conviene advertir desde este momento que no consta en el caso siquiera un mínimo de prueba indiciaria sobre la trayectoria vital, valores, etc. de la persona a quien la medida finalmente le fue impuesta, aspecto sobre el que igualmente nos detendremos en posteriores párrafos.

2.3. *El fallo*

En coherencia con los argumentos invocados, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación; acuerda la imposición de las medidas de apoyo consistentes en que la entidad designada curadora realice los servicios de limpieza y orden de la casa del demandado; por otra parte, trata de asegurar su efectiva atención médico-asistencial en lo que concierne al trastorno que padece y lo que guarde directa relación con él, ampliando las medidas acordadas anteriormente, según lo solicitado por el Ministerio Fiscal en la tramitación del recurso de casación. Para todo ello se designa como curadora a la entidad pública asturiana y, por último, se fija un plazo de seis meses para la revisión de la medida de apoyo impuesta.

III. LA (DIS)CORDANCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021 CON LA LAPCD Y LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Entrando de manera más profunda en el contenido de la sentencia, nuestra opinión es que, tal y como sucediera con la pionera STS n.º 282/2009, de 29 de abril de 2009,¹² la STS n.º 589/2021,

¹² STS n.º 282/2009, de 29 de abril de 2009 (ROJ: STS 2362/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2362).

que comentamos, nos deja con la sensación de “oportunidad perdida” para interpretar realmente nuestro ordenamiento jurídico interno de acuerdo con las previsiones de la CDPD, obligación que dimana directamente de los mandatos constitucionales previstos en los artículos 10.2 y 96 CE.

Como es bien conocido, en el año 2009 el Tribunal Supremo declaró la compatibilidad de nuestro ordenamiento jurídico interno con la CDPD, lo cual, sin embargo, fue desmentido en diferentes ocasiones por el propio Comité,¹³ que venía requiriendo a España de manera reiterada para que derogase su tradicional sistema sustitutivo y, en su lugar, incorporase el nuevo modelo asistencial de provisión de apoyos. Pese a ello, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo su tesis hasta la entrada en vigor de la LAPCD.¹⁴ Aquella sentencia del año 2009 supuso, sin duda, un avance, pero también una pérdida de oportunidad de adaptación *tout court* de nuestro sistema a la Convención, sobre todo si tenemos en cuenta el «efecto dominó» que, a lo largo de todos estos años, ha tenido sobre la jurisprudencia menor y sobre la del propio Tribunal Supremo, creando la ilusión de que efectivamente nuestro ordenamiento jurídico civil estaba plenamente acorde con el sistema instaurado por la CDPD; como el tiempo ha puesto de manifiesto, básicamente a través de los actos del Comité, esa ilusión no era conforme con la realidad.

Como hemos dicho, la lectura detenida de la STS n.º 589/2021 nos produce una sensación similar, hasta el punto de que, de seguir por esta senda, nos atrevemos a vaticinar cuál será el eventual pronunciamiento al respecto del Comité cuando proceda a revisar los informes periódicos cuarto y quinto combinados que deberá presentar España, a más tardar el 2 de enero de 2025, para informar

¹³ Concretamente la Observación General Primera del Comité indica textualmente: «La obligación de los Estados parte de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos.

Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención». CRPD/C/GC/1, párr. 28, p. 7.

Vid. también las Observaciones y Recomendaciones efectuadas concretamente a España con motivo de la presentación de sus informes periódicos inicial y segundo y terceros combinados: CRPD/C/ESP/CO/1, párr. 34, pp. 5 y 6; y CRPD/C/ESP/CO/2-3, párrs. 22 y 23, p.6.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 6 de mayo de 2021, n.º 269/2021, de 6 de mayo de 2021, (ROJ: STS 1894/2021- ECLI:ES:TS:2021:1894). Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg; STS de 16 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2820/2019), o los AATS de 18 de diciembre de ese mismo año (ROJ: ATS 3485/2019; ROJ: ATS 13611/2019), donde expresamente se afirma sin tapujos que la protección del interés de la persona con «capacidad restringida» está por encima de la autonomía de la voluntad y que «el interés superior del discapaz», es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12-4 de la CDPD, según había afirmado anteriormente en sus SSTS de 19 de noviembre 2015 y de 27 de junio de 2018.

del grado de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD.¹⁵ Estamos convencidas de que se opondrá frontalmente a la solución adoptada en esta ocasión por el Tribunal Supremo, como trataremos de justificar al ir desgranando los argumentos de la sentencia comentada.

Se ha reconocido en numerosas ocasiones que la CDPD es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, lo que constituyó uno de sus muchos hitos históricos,¹⁶ por lo que corresponde a los operadores jurídicos y, más en concreto, a los órganos jurisdiccionales interpretar nuestras leyes de acuerdo a lo previsto en este tratado específico que protege los derechos humanos de las personas con discapacidad.

La labor de interpretación de los tratados internacionales por parte de los órganos judiciales debe ajustarse, a su vez, a lo previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) ratificado por España,¹⁷ concretamente en sus artículos 31 y 32.¹⁸ El primero de los preceptos establece, en su primer párrafo, que un tratado debe ser interpretado de buena fe, de acuerdo con el sentido corriente que debe darse a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y fin. El significado ordinario normalmente se determina según el diccionario y el contexto en que es usado el término; el contexto, a tenor de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 31 abarca al texto del propio tratado y también a su preámbulo, anexos y *cualquier acuerdo o instrumento relacionado con el tratado y redactado en relación con su conclusión*¹⁹. El artículo 31 indica también que solo se puede dar un significado especial al término si se determina que las partes así lo quisieron. Por su parte, el artículo 32 CVDT permite acudir a medios de interpretación complementarios para confirmar el sentido resultante de la aplicación del

¹⁵ Vid. CRPD/C/ESP/CO/2-3, párr. 68, p. 15.

¹⁶ TORRES COSTAS, 2020-I, p. 472.

¹⁷ Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. BOE n.º 142, de 13 de junio de 1970. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-11884> (última consulta: diciembre 2021).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se abrió a la firma el 23 de mayo de 1969 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados y entró en vigor el 27 de enero de 1980, en conformidad con el artículo 84 (1). Las reglas de interpretación de los tratados internacionales, establecidas en los artículos 31-32 de la Convención, se consideran comúnmente como reflejo del derecho internacional consuetudinario. A/AC.265/2005/CRP.5, p.6, nota al pie 17.

¹⁸ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se abrió a la firma el 23 de mayo de 1969 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados y entró en vigor el 27 de enero de 1980, en conformidad con el artículo 84 (1). Las reglas de interpretación de los tratados internacionales, establecidas en los artículos 31-32 de la Convención, se consideran comúnmente como reflejo del derecho internacional consuetudinario. A/AC.265/2005/CRP.5, p.6, nota al pie 17.

¹⁹ La cursiva es nuestra.

artículo precedente o para buscar el sentido cuando de la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 se deduzca un significado ambiguo u oscuro o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable; se incluyen expresamente entre los medios de interpretación complementarios los trabajos preparatorios de los trabajos o las circunstancias de su celebración.

Es cierto que en nuestra literatura jurídica han sido muchos los autores que, en relación con la CDPD, han considerado que algunos actos del Comité, y más en concreto, su Observación General Primera relativa artículo 12 CDPD, va mucho más allá de lo establecido en el texto convencional²⁰ y que, precisamente por ello, no vincula a nuestro legislador. Sin embargo, nuestra opinión al respecto es la opuesta. A las razones estrictamente jurídicas ya apuntadas, añadimos ahora que la CDPD forma parte también, desde 2010, del Derecho de la Unión Europea, por lo que España, como el resto de los países de la Unión que han ratificado la CDPD, están doblemente obligados por ella: por una lado, como Estados parte del tratado de las Naciones Unidas; por otro, como miembros de la Unión Europea, tal y como recientemente ha expresado la Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de octubre de 2021, sobre «la protección de las personas con discapacidad a través de las peticiones: lecciones aprendidas».²¹ Precisamente en esta misma Resolución se advierte de que las observaciones generales sobre la CDPD son orientaciones autorizadas sobre su aplicación y en el párrafo n.º 23 se pide expresamente a la Comisión que garantice que la Unión y los Estados miembros cumplen plenamente todas las obligaciones pertinentes de la Unión y de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en particular la

²⁰ Por ejemplo, en opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019, p. 257, coincidiendo con DE SALAS MURILLO, 2018, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, pp. 1-6, no existe a cargo de los Estados signatarios una obligación, en sentido estricto, de cumplir con las recomendaciones y opiniones del Comité, de forma que «un Estado Parte debe comprometerse con la interpretación y reconocerle el correspondiente valor», pero que en última instancia tiene el derecho de rechazar tales conclusiones si encuentra la base argumental necesaria; en concreto, sobre la misma cuestión, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2021, pp. 101; SÁNCHEZ-VENTURA MORER, 2015, pp. 585-596, espec. 595. También los Tribunales españoles han venido negando tradicionalmente el carácter vinculante de los informes emitidos por los órganos de control de los tratados internacionales. Así, la STS 141/2015, de 11 de febrero, de la Sala 2ª de lo Penal, respecto del Comité de Derechos Humanos, que ha visto en él un órgano «político», «no jurisdiccional», afirmaba que: «el mencionado Comité de Derechos Humanos de la ONU no tiene carácter jurisdiccional de modo que sus resoluciones o dictámenes carecen de aptitud para crear una doctrina o precedente que pudiera vincular a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». Otras sentencias que también niegan el carácter vinculante de este tipo de informes son las de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011 (recurso de casación 3862/2009), de la Sala Segunda de 25 de julio de 2002 (recurso de revisión 69/2001), y de la sala Quinta de 9 de noviembre de 2001/recurso de casación 28/2001), entre otras, citadas por la STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018.ROJ: STS 2747/2018-ECLI:ES:TS:2018:2747, que luego comentaremos.

²¹ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0414_ES.html

CDPD, pero también y de modo expreso, las observaciones generales del Comité CDPD a la Convención. Parece pues que desoír estas últimas, por considerarlas inadecuadas, no es realmente una opción legítima, tampoco para el Parlamento Europeo.

Por añadidura, ya en el ámbito de nuestro Derecho interno, el artículo 3 CC establece en su párrafo primero que las normas deberán interpretarse según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

En definitiva, en consideración a lo anterior, creemos que la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de septiembre de 2021, que ahora nos ocupa, no se ajusta a los criterios ordenados por las normas nacionales e internacionales mencionadas, como enseguida argumentamos.

3.1. *El argumento semántico*

Alterando el orden seguido en el epígrafe anterior, comenzaremos por rebatir el argumento semántico invocado en la sentencia comentada. El Tribunal Supremo exponía, como hemos visto, que «atender» es un verbo polisémico, del que destacaba únicamente dos acepciones: «tener en cuenta o en consideración» o «satisfacer un deseo, ruego o mandato».

Sin embargo, según la RAE, el citado verbo tiene otros muchos significados, figurando como primero de ellos, precisamente, el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato» y solo en cuarto lugar aquel por el que se ha decantado el Tribunal Supremo para justificar su decisión.²² La primera acepción resulta incluso más amplia que la expuesta por el Tribunal, ya que implica no solo satisfacer, sino también «acoger favorablemente».²³ Luego, resulta bastante claro que el significado principal del verbo no se reduce a un mero «tener en cuenta», sino que va mucho más allá al exigir un resultado que

²² GARCÍA RUBIO/TORRES COSTAS, 2022 p. 215.

²³ Las acepciones que recoge la RAE son las siguientes:

«1. Acoger favorablemente, o satisfacer un deseo, ruego o mandato.

2. Esperar o aguardar.

3. Aplicar voluntariamente el entendimiento a un objeto espiritual o sensible.

4. Tener en cuenta o en consideración algo.

5. Mirar por alguien o algo, o cuidar de él o de ello.

6. Dicho de un animal o de una persona: Responder al ser llamado por su nombre. El perro perdido atiende por Sombra. Su hija atendía por Juana.

7. Leer para sí el original de un escrito, atendiendo a la lectura en voz alta que un corrector hace de las pruebas para cotejar ambos textos».

(Cf: <https://dle.rae.es/atender>).

responda, derechamente, al cumplimiento de los deseos, ruegos o mandatos de la persona que ha de ser «atendida».

Esta primera acepción cobra todo el sentido si a la hora de interpretar la expresión la integramos en el contexto en el que se ubica el verbo. Para ello, debemos empezar por atender —esta vez en su acepción de «tener en cuenta o en consideración»— al propio Preámbulo de la LAPCD, que comienza por señalar que la Ley pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y se marca como objetivo principal el de «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente». Este objetivo obliga a los Estados parte y, particularmente, a España a que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica proporcionen salvaguardias que garanticen que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica «respeten» los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. El verbo «respetar», según la RAE, significa, en primer lugar, «tener respeto, veneración, acatamiento»; es decir, implica algo más que «tomar en consideración o tener en cuenta».

Prosigue el Preámbulo indicando que la LAPCD impone el cambio de un sistema en el que predominaba la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el «respeto a», esto es en el «acatamiento de» la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. El apartado I del Preámbulo finaliza haciendo importantes referencias a los pronunciamientos emitidos en los últimos años por diferentes organismos internacionales, particularmente de Naciones Unidas, calificando a la propia LAPCD de hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York. Además, el párrafo final de este mismo apartado I expone que la nueva regulación se inspira, entre otros, en el «respeto» a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Al respecto, añade, ha de tomarse en consideración que dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos, remitiéndose directamente en este aspecto concreto a la Observación General Primera del Comité. En consecuencia, resulta poco discutible que la

opción del legislador español sobre la interpretación del artículo 12 CDPD es la que el órgano de supervisión ha dejado plasmada en la tantas veces aludida Observación General Primera, sobre la que todavía tendremos que volver en párrafos posteriores.

Si seguimos contextualizando la expresión «atender a la voluntad», debemos admitir que no solo el Preámbulo atestigua que lo que se pretende no es simplemente «tomar en consideración», sino «respetar». En realidad, es fácilmente constatable que en el articulado el verbo «atender», aplicado a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, se utiliza en algunos de los preceptos de la nueva ley, mientras que en otros se usan verbos o perífrasis verbales diferentes que, en aras a la evitación de repeticiones, pretenden ser perfectos sinónimos del citado; tales son, entre otros y a modo de ejemplo, determinar (art. 249 CC en su párrafo tercero), respetar (arts. 250 CC, párrafo primero, 270 CC, párrafo primero, art. 282 CC párrafo tercero, art. 283 párrafo primero, 295 CC, último párrafo 297 CC) o garantizar (art. 288 CC). A mayor abundamiento, de nuevo sin ánimo de exhaustividad, el artículo 255 CC, referido a las medidas voluntarias, prevé en su párrafo tercero que la persona podrá establecer salvaguardas, mecanismos y plazos de revisión con el fin de «garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias». El artículo 258 CC, en relación con los poderes y mandatos preventivos, también contempla la posibilidad de establecer salvaguardas para «garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias» del poderdante. El artículo 264 CC, regulador de la guarda de hecho, obliga a quien la ejerza a solicitar autorización judicial cuando deba ejercitar funciones que requieran representación; en este caso, indica que, cuando se conceda la autorización, la función de apoyo deberá ser ejercida «de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias». El propio artículo 268 CC, al que alude el Tribunal Supremo en esta sentencia, va precedido de otra expresión mucho más clarificadora, al ordenar que tales medidas «respetarán siempre la máxima autonomía de la persona». Más adelante, el artículo 276 CC permite a la autoridad judicial alterar el orden de delación establecido para designar curador siempre que con ello se nombre a la persona idónea que mejor pueda «comprender e interpretar» la voluntad de la persona con discapacidad; en el mismo sentido se pronuncia el artículo 295 CC, referido al defensor judicial. Entrando ya de lleno en la regulación de la curatela, los ya citados artículos 282 y 283 CC insisten de nuevo en que las funciones y el cargo deben ejercitarse «respetando» la voluntad de la persona apoyada; el artículo 282 CC permite a la autoridad judicial autorizar la realización de una pluralidad de actos al curador cuando lo considere preciso para «garantizar la

voluntad, deseos y preferencias». El verbo «respetar» aparece de nuevo en el artículo 297 CC, como obligación del defensor judicial respecto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona a quien presente apoyo. En fin, todas estas fórmulas lingüísticas dejan en evidencia que la acepción del verbo «atender», cuando se utiliza para expresar la obligación de la persona encargada del apoyo en relación con la voluntad, deseos y preferencias de la persona que lo recibe es, precisamente, la contraria de la aceptada por el Tribunal Supremo en la dicotomía que él mismo propone: esto es, atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad no es otra cosa que respetarla y garantizar su cumplimiento.

En la misma línea y al margen de la regulación específica relativa a las figuras de apoyo, el Código Civil refleja en otros preceptos la obligación de los diferentes operadores de indagar, averiguar y actuar siguiendo la voluntad de la persona con discapacidad. Así, por ejemplo, el nuevo artículo 665 CC obliga al notario interviniente en el otorgamiento del testamento por parte de la persona con discapacidad, a facilitarle los ajustes que sean precisos para que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias; en el mismo sentido se expresa la Disposición Transitoria Segunda respecto al otorgamiento de poderes o mandatos preventivos.

Por otro lado y para reforzar la idea sobre la correcta inteligencia de la atención o respeto a la voluntad de la persona con discapacidad, debemos subrayar que la redacción de la LAPCD no deja lugar a dudas respecto a la expulsión de nuestro ordenamiento jurídico del principio de mejor o superior interés objetivo referido a las personas adultas con discapacidad,²⁴ separando claramente este principio, dirigido ahora solo a menores de edad, del de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de adultos, impuesto como princi-

²⁴ La eliminación de este criterio, siguiendo las directrices marcadas por la Observación General Primera del Comité no ha estado exento de polémica, tanto entre la doctrina científica como entre diferentes órganos consultivos. Por ejemplo, como advertíamos en TORRES COSTAS, 2020, p. 232 nota 505, p. 238 nota 524. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019, pp. 253-270, espec. p. 268, opina que «eliminar toda referencia al interés superior de la persona con discapacidad y limitar la guía del curador (representativo o no) a una voluntad o preferencias pretéritas, por hipótesis inexistentes, es claramente insuficiente». Nuestra postura, manifestada, entre otros lugares en GARCÍA RUBIO, 2018, *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios*, pp. 143-191, espec. p. 173, es que «...es la persona con discapacidad y solo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su mejor interés, incluso aunque se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás». Conviene advertir que el «interés superior» aparecía en las primeras versiones del Anteproyecto de ley, especialmente en la parte procesal redactada por la Sección quinta de la Comisión General de Codificación, lo cual fue objeto de diferentes y fuertes críticas, como expusimos en TORRES COSTAS, 2020, p. 361, notas 886 y 887.

pio rector en el tratamiento de la discapacidad, a diferencia de lo que sucede con los menores.²⁵

La importancia de este nuevo principio rector, que se proyecta sobre todas las medidas de apoyo y que vincula también a la autoridad judicial, es de tal magnitud que el propio artículo 249 CC, frontispicio de la nueva regulación,²⁶ impone que las medidas de apoyo judiciales «solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate»; es decir, serán subsidiarias, razón por la cual, si existe voluntad suficiente de la persona, esta deberá respetarse de forma prioritaria y vinculante incluso para la autoridad judicial. Ciertamente es que si la voluntad resulta «insuficiente» podrán designarse medidas de esta índole, camino escogido por sentencia que comentamos. Pero la verdad es que el propio artículo 249 CC indica el procedimiento que se ha de seguir para conocer y averiguar la voluntad de la persona concernida, al que también deberá ajustarse la medida judicial; es decir, tal medida nunca podrá quedar al albur de otros intereses, ni siquiera el interés superior objetivo, distintos de la voluntad expresa, hipotética o reinterpretada de la persona con discapacidad. En consecuencia, la decisión adoptada por representación deberá ser una mera transmisión de lo que hubiera sido la voluntad de la persona que pueda precisar de apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Repárese en que el párrafo tercero del artículo 249 CC obliga, en primer lugar, a hacer un «esfuerzo considerable» para averiguar la verdadera voluntad de la persona, lo que no parece que se haya realizado en el presente caso. En realidad, pese a reconocer el discurso coherente y razonado de la persona, su inteligencia media y sus plenas capacidades cognitivas, se le termina por negar su capacidad volitiva, señalando de forma rotunda, sin más base que el informe médico en el que consta la genérica afirmación de que las personas con Diógenes no son conscientes de su enfermedad y que esta es la que altera la voluntad, que el recurrente en casación no tiene, en verdad, voluntad de acumular basura y abandonar su higiene personal.

No consta que se haya realizado un «esfuerzo considerable» para conocer cuál sería, entonces, la voluntad real de esta perso-

²⁵ La disociación se contempla, entre otros, en los renovados artículos 94 CC, al referirse al régimen de visitas de los hijos en situaciones de crisis matrimonial, dispone que la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visitas, comunicación o estancia en resolución motivada en el «interés superior del menor» o en la «voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos»; se insiste, respecto al régimen de comunicación y visitas regulado en el artículo 160-2º CC, en que se resolverá teniendo siempre presente «el interés del menor» o «la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad».

²⁶ GARCÍA RUBIO/ TORRES COSTAS, 2022 pp. 207-2019.

na. Incluso asumiendo que este esfuerzo se hubiera realizado, tampoco consta que el tribunal haya seguido el cauce que el propio artículo ordena en el mismo párrafo *in fine* para los casos en que, aun habiéndose llevado a cabo ese «esfuerzo considerable», hubiera sido imposible averiguar la voluntad de la persona concernida. Para estos casos, que el propio artículo califica de excepcionales, se indica que «se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación». Nada de esto aparece intentado en el procedimiento judicial donde, sin embargo, sí se afirma sin más que la persona está sufriendo una «degradación personal», aludiendo a sus vecinos como «otrora amigos». Pero no se realiza un verdadero análisis acerca de cómo era la vida de la persona antes de padecer el síndrome de Diógenes; no se hace mención a su trayectoria vital, a sus valores de vida o a otras circunstancias que pudieran ayudar a comprender su verdadera voluntad, por hipótesis, según el Supremo, ahora borrada. Se desconocen concretamente cuáles eran sus hábitos de limpieza e higiene en épocas anteriores de su vida, su relación o resistencia a los tratamientos médicos, su opinión sobre personas que acumulan basura o padecen este síndrome u otros trastornos de conducta análogos o si se trata simplemente de un individuo con un modo de vida extravagante.²⁷ En definitiva, no se ha realizado el esfuerzo legalmente requerido, en nuestra opinión, para averiguar si realmente su libre albedrío se encuentra afectado hasta el punto de no existir una voluntad real de acumular basura y de abandonarse o si, por el contrario, esta es la vida que voluntariamente desea. Más adelante nos detendremos en este concreto argumento de la anosognosia, tan usualmente utilizado, como denostado por la interpretación autorizada de la CDPD.

3.2. *El argumento procesal*

El segundo argumento sobre el que el Tribunal Supremo apoya la decisión de imponer las medidas interesadas pese a la oposición de la persona con discapacidad se encuentra, como anticipamos, en el procedimiento común para la provisión judicial de apoyos, al

²⁷ Como literalmente afirmaba la STEDH en el caso *Winterwerp*, de 24 de octubre de 1979 «... hemos de partir de la indiscutible base de que una conducta extravagante, inusual o desviada no es sinónima de enajenación (STEDH dictada, de 24 de octubre de 1979)», FJ Segundo-3.º.

disponer 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 (art. 42 *bis* b]. 5 LJV), dando paso entonces el proceso contencioso (art. 756.1 LEC). Encuentra muy significativo el órgano judicial que la oposición de la propia persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo no solo produzca la terminación del expediente, sino que no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio (FJ 5, p. 3). Para el Tribunal esa posibilidad implica que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

Aun reconociendo que en este punto concreto las reglas procesales hubieran debido reflejar mejor los principios fundamentales que inspiran la CDPD y, en consecuencia, la nueva regulación española,²⁸ no compartimos la tesis del alto Tribunal; y ello porque no solo existen otros preceptos de naturaleza sustantiva que abogan por la postura contraria, sino que resulta posible una lectura de las reglas procesales aducidas en la sentencia mucho más acorde con el espíritu de la reforma, con la propia Convención, con la interpretación del Comité en la Observación General Primera y con las Observaciones efectuadas a España en los años 2011 y 2019.

Comenzaremos por la interpretación alternativa de la derivación que el artículo 42 *bis* b) en coordinación con el artículo 756.1 LEC parecen hacer al procedimiento contencioso. Ciertamente que el párrafo 5º del precepto prevé que la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo pondrá fin al expediente; lo mismo ocurrirá si dicha oposición fuese presentada por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de los demás interesados –legitimados– en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas. Sin embargo, la finalización del expediente de jurisdicción voluntaria por oposición de las medidas instadas, no implica, en primer lugar, una tramitación automática y preceptiva de un nuevo procedimiento contencioso, sino solo una posibilidad de iniciarlo, si se presenta demanda por los legitimados (ex art. 757 LEC), entre los que puede incluirse, por supuesto, a la propia persona con discapacidad que hubiese formulado oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria, lo que podría haber ocurrido por distintas razones, entre ellas, el rechazo tajante a cualquier tipo de apoyo. De darse este último caso, entendemos que, en principio, no cabría la adopción de ningún tipo de medida de apoyo. Pero también podría ocurrir

²⁸ De hecho, nosotras mismas habíamos aventurado que este argumento basado en la regulación procesal podría ser utilizado para sustentar la tesis de que se podía imponer el apoyo contra la voluntad de la persona con discapacidad, en GARCÍA RUBIO, 2021, *SEPIN, Familia y Sucesiones* p. 50; TORRES COSTAS, 2020, p. 367, nota 904.

que –y esta sería la verdadera finalidad de la derivación al juicio contradictorio–, en el procedimiento contencioso se acreditase que el rechazo absoluto a cualquier medida de apoyo efectuado por la propia persona con discapacidad en el expediente de jurisdicción voluntaria no respondiese a su voluntad real. La finalidad que tendría entonces el procedimiento contencioso podría ser la de llevar a cabo el proceso de averiguación o, en su caso, integración de la voluntad de la persona concernida, en el sentido del párrafo tercero del artículo 249 CC. En ese procedimiento contencioso y contradictorio debería practicarse prueba suficiente para dejar probada la trayectoria vital, valores, creencias, deseos y preferencias de la persona a lo largo de su vida y, sobre la base de todo ello, concluir cuál sería su verdadera voluntad, con el fin de, atendiendo a esta, adoptar o no las medidas de apoyo que la persona hubiese deseado. Si del resultado de la prueba practicada en el procedimiento contradictorio se concluyese que la persona hubiese rechazado cualquier apoyo, no se podría adoptar ningún tipo de medida de apoyo, ni siquiera cuando fueran aconsejables de conformidad con el principio de superior interés objetivo, pues como ya se ha dicho varias veces, se trata de un principio expulsado de nuestro ordenamiento jurídico para las personas adultas, que ha sido sustituido por el de respeto a su voluntad, deseos y preferencias, tal como ordena el referido artículo 249 CC, entre otros.

Lo que resulta indudable es que motivos de oposición puede haber muchos y legitimados para oponerse a las medidas tanto como los previstos en la ley. Pero lo que no podemos compartir es la conclusión tajante y sin matices a la que llega el Supremo, en el sentido de «imponer» medidas «en contra de la voluntad de la persona» o, lo que es lo mismo, de privarla de su derecho a rechazar los apoyos. Baste señalar que tal decisión supone anular tácitamente la capacidad jurídica de la persona, que es precisamente lo contrario de lo que dice la ley y el propio artículo 12 CDPD.

Desde un punto de vista meramente procesal ya decíamos que la terminación del expediente de jurisdicción voluntaria no tiene por qué implicar automáticamente la presentación de una demanda en vía contenciosa, como se deduce de la propia literalidad del artículo 757 LEC. Este precepto dispone que la propia persona con discapacidad o los demás legitimados, «pueden» presentar la demanda de provisión de apoyos, es decir, no están obligados a hacerlo, ni siquiera si hubiesen formulado oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria. Tampoco esa obligación resulta tajante para el Ministerio Fiscal el cual, a tenor de lo previsto en el párrafo 2 del mismo artículo, deberá promover el proceso si las

anteriores no lo hicieran, pero solo cuando concluyese que no existen otras vías alternativas a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa, lo que concuerda perfectamente con los principios de subsidiariedad y de necesidad, principios, ambos, recogidos en el artículo 249 CC que, como hemos reiterado, se presenta como frontispicio de todo el sistema de provisión de apoyos que incorpora la reforma.

El principio de subsidiariedad obliga a que las medidas judiciales se asignen solo a falta de voluntad o cuando esta resulte inexistente, y no existan apoyos informales suficientes; luego, solo en este caso podría el Ministerio Fiscal presentar demanda, lo que tampoco es equivalente a que el resultado final sea la imposición de medidas en contra de la voluntad.

Además, para terminar de cerrar el argumento procesal, debemos citar el reformado artículo 760 LEC, que no deja lugar a dudas al señalar que las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de Derecho civil que resulten aplicables, principalmente, en el artículo 249 CC, cuyo contenido y alcance hemos explicado ampliamente.

Por tanto, aunque pueda parecer la opción más evidente, el argumento según el cual la derivación a un procedimiento contencioso cuando la oposición en el expediente la haya presentado la propia persona con discapacidad admita la posibilidad de que las medidas le sean impuestas «en contra de su voluntad» no es una conclusión tan unívoca y necesaria como a primera vista pudiera parecer. Pero es que, además, no es la más coherente con el conjunto del sistema pues, como hemos visto, la sentencia habrá de ser conforme con las normas de derecho civil aplicables, cuyos principios rectores se resumen en el artículo 249 CC, se proyectan a lo largo de todo el articulado de la reforma, y encuentran su pilar fundamental en el principio de garantía y respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

A mayor abundamiento, creemos que existen otras reglas sustantivas que contradicen la conclusión a la que llega el Tribunal de imponer las medidas de apoyo en contra de la voluntad manifestada por la persona con discapacidad. Sin que nos podamos extender en esta sede con la profundidad que merece, mencionamos especialmente las normas que regulan la capacidad para contratar, lo que en nuestro sistema es tanto como decir la capacidad jurídica, toda vez que es en sede de contratos donde se recogen, en general, las reglas de capacidad para realizar la mayor parte de los actos jurídicos. Como explicamos por extenso en otros

trabajos,²⁹ del conjunto de reglas generales sobre contratos afectadas por la reforma, se deduce que el contrato celebrado por una persona con discapacidad prescindiendo del apoyo que tiene, solo puede ser anulado si la contraparte conoce la existencia del apoyo o se aprovecha de otro modo de la situación de discapacidad, obteniendo con ello una ventaja injusta (art. 1302.3 CC). Luego si voluntariamente prescinde o renuncia al apoyo y no se da esa situación de ventaja, el contrato es plenamente válido y eficaz, de suerte que no podrá ser atacado ni por el titular del apoyo omitido, ni por el propio interesado que ha cambiado de opinión; la renuncia al apoyo produce, pues, todos sus efectos. Parece pues lógico considerar que, si se puede renunciar al apoyo que ya se tiene, por la misma razón y con idéntico criterio se puede rechazar la imposición de un apoyo que no se quiere.

3.3. *El argumento social*

El tercer argumento sobre el que la sentencia fundamenta la imposición de medidas de apoyo es la consideración de que no adoptarlas sería una «crueldad social», esto es, sería «abandonar a su suerte a quien, por efecto directo de un trastorno mental no es consciente de su proceso de degradación». Como ya pusimos de manifiesto más arriba, el propio Tribunal admite que tal afirmación presupone un juicio o valoración conforme al cual, si la persona no tuviera dicho trastorno, estaría de acuerdo en evitar su degradación personal.

Tampoco este argumento nos parece coherente con la LAPCD, ni con la CDPD o con los diferentes informes al respecto emitidos, entre otros, los del propio Comité, de carácter vinculante, según la doctrina del propio Tribunal Supremo³⁰ o la reciente Resolución del Parlamento Europeo de 2021, a los que cabe sumar los de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³¹ y los del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de

²⁹ GARCÍA RUBIO, 2022 (pendiente de publicación); GARCÍA RUBIO/VARELA CASTRO, 2022 pp. 645-668.

³⁰ STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018. ROJ: STS 2747/2018-ECLI:ES:TS:2018:2747. Disponible también en: <https://www.womenslinkworldwide.org/files/3045/sentencia-angela-tribunal-supremo.pdf>

³¹ A/HRC/37/56, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, de conformidad con las resoluciones 26/20 y 35/6 del Consejo, 2017. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/37/56; A/HRC/34/58>, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de conformidad con lo dispuesto en la resolución 26/20 del Consejo. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/436/69/PDF/G1643669.pdf?OpenElement> (última consulta: enero 2022).

salud física y mental.³² Además, el fundamento desoye las reivindicaciones y aportaciones de las personas con discapacidad psicosocial a la Convención³³ y a nuestra ley interna³⁴ o las expresadas por las distintas entidades en contra del proyecto «Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamiento involuntarios», elaborado por el Comité de Bioética del Consejo de Europa, según las cuales la imposición forzosa de tratamientos médicos atenta contra la dignidad de la persona, constituye una medida de carácter coercitivo, contraria a la CDPD, que confunde coerción y cuidados.³⁵

Todos los organismos y entidades mencionados coinciden al señalar que el uso de medidas coercitivas causa aun más daño psicosocial, exclusión y aislamiento del que la persona pudiera estar sufriendo, con lo que se estaría aumentando el riesgo de padecer problemas adicionales; además, constituyen prácticas discriminatorias que pueden llegar a producir sufrimiento psíquico severo, además de temor y trauma. Por tanto, intervenir en este sentido podría llegar suponer, una mayor «crueldad social» que la que se pretende evitar con la imposición acordada.

Lejos de verlo así, el Tribunal Supremo niega la voluntad a la persona sobre la base exclusiva de un informe médico que indica que el paciente no es consciente del trastorno que padece; y ello pese a reconocer que la persona se encuentra ubicada en tiempo y espacio, se muestra colaboradora, responde a todas las preguntas

³² A/HRC/35/21, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 2017. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/076/09/PDF/G1707609.pdf?OpenElement>; A/HRC/44/48, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/094/48/PDF/G2009448.pdf?OpenElement> (última consulta: enero 2022).

³³ Entre otras: Presentación al Comité *Ad Hoc* de las Naciones Unidas sobre una Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las Personas con discapacidad. Red mundial de usuarios y supervivientes de la psiquiatría (WNUSP), 2003, 4.º periodo de sesiones, del 23 de agosto al 3 de septiembre de 2004. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/contrib-wnusp.htm> (última consulta: enero, 2022). *Vid.* Asamblea japonesa DPI Documento de posición con respecto a la Convención. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-dpi.htm> (última consulta: enero, 2022).

³⁴ También las recogidas en el Manifiesto de Cartagena por unos servicios de salud mental respetuosos con los derechos humanos y libres de coerción. Disponible en: <https://www.comunidad.madrid/hospital/principeasturias/sites/principeasturias/files/2019-07/manifiesto-ca.pdf> (última consulta: diciembre 2021).

³⁵ Asociación Española de Neuropsiquiatría-Profesionales de la Salud Mental, la Confederación Salud Mental España, En Primera Persona, Federación Andaluza de Asociaciones de Salud Mental en Primera Persona y Federación VEUS-Federacio Catalana d'Entitats de Salut Mental en Primera Persona.

que se le formulan, reconoce recoger cosas de la basura, incluso comida e incluso reconoce que, en alguna ocasión, pudo haber producido mal olor al haberse dejado fuera de la vivienda una bolsa con comida podrida, presenta una inteligencia media y reitera, una y otra vez, que no quiere recibir apoyo. Ciertamente, no reconoce padecer ninguna enfermedad ni la existencia permanente de un olor nauseabundo, como denuncian los vecinos. En definitiva, su capacidad de razonar se muestra intacta y su voluntad de no recibir apoyos, férrea.

Resulta difícil asumir que, con las características expuestas y plasmadas en la sentencia, la persona carezca de voluntad. Lo que falla, según el dictamen médico, es su capacidad para admitir que padece un trastorno de conducta que le lleva a la recogida compulsiva de objetos y a su autoabandono, lo que está provocando daños a sus vecinos y a él mismo. Esta situación de anosognosia es suficiente para el Tribunal le imponga una doble medida: por un lado, llevar a cabo la limpieza a través de una empresa que deberá contratar a su costa y, por otro, someterse a tratamiento médico.

Pero esta razón no es, a nuestro parecer, coherente ni con la CDPD ni con la propia LAPCD por diferentes motivos. En primer lugar, porque tanto la CDPD como la LAPCD priorizan, por encima de todo, la autonomía de persona y la dotación de apoyos de carácter voluntario, en el sentido de que la persona deberá contar con estos no solo cuando los precise, sino cuando lo quiera; es decir, los apoyos no pueden ser impuestos, como de forma contundente han reiterado el Comité,³⁶ la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³⁷ o el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.³⁸

En el caso de autos, con independencia de que la persona en cuestión sea consciente o no del trastorno de conducta reflejado en su informe médico, lo cierto es que nadie duda –ni siquiera el Tribunal– de que no desea recibir apoyo; dicho de otro modo, su voluntad es la de no recibirlo. A primera vista, parece que los principios y las reglas de la nueva Ley obligan a respetar esa voluntad. Sin embargo, el Tribunal considera que la expresada por el demandado no se corresponde con su voluntad real, cuya existencia le es negada sobre la base del informe médico. Pues bien, siguiendo los dictados del artículo 249 CC, el informe médico tampoco sería suficiente pues, como sabemos, este artí-

³⁶ CRPD/C/GC/1, párr. 29-g.

³⁷ A/HRC/37/56, párr. 27, p. 8.

³⁸ A/HRC/44/48, párr. 65, p. 17.

culo establece un mecanismo que vincula a la autoridad judicial para llegar a conocer la verdadera voluntad de la persona concernida y que no es el de atender a un dictamen médico, sin más. Según el citado precepto, en primer lugar, debe estarse a la voluntad de la persona; en este caso parece que esa voluntad es clara, pero el Tribunal entiende que no es la real y, por tanto, no debe tenerse en cuenta. De admitir que sea así, el artículo 249 CC impone una segunda obligación: la de realizar un «esfuerzo considerable» para averiguarla, cosa que no parece que se haya intentado en el proceso judicial. Por último, si a pesar de haberse realizado ese esfuerzo considerable, el Tribunal no hubiera podido averiguar la voluntad real de la persona, el párrafo tercero del mismo precepto obliga a realizar una labor de reinterpretación de la voluntad de la persona, atendiendo para ello a la trayectoria vital, valores, creencias, modo de vida, o cualquier otro factor que la persona hubiera tenido en cuenta a la hora de tomar las decisiones que ahora se cuestionan.³⁹

Pero es que, además, la Ley prevé en el propio artículo 249 CC que las medidas judiciales solo puedan ser designadas a falta de la voluntad de la persona (principio de subsidiariedad) y que las medidas voluntarias serán vinculantes para la autoridad judicial. En consecuencia, si en estas medidas voluntarias la persona hubiera expresado que no desea recibir apoyos, aunque los necesitase, parece que la autoridad judicial no tendría más remedio que respetar esta previsión; y ello, como sabemos, al margen de que un eventual interés superior objetivo de la persona afectada pudiera hacer aconsejable la designación de una medida de apoyo.⁴⁰

Como ya hemos dicho en anteriores ocasiones,⁴¹ la voluntad puede ser expresada de múltiples maneras, incluso cuando la persona padezca algún tipo de deterioro de trastorno mental.⁴²

³⁹ También la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad indica que se debería aplicar la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias» como medida de último recurso. A/HRC/37/56, párr. 31, p. 9.

⁴⁰ Opinión que no comparte un sector de la doctrina, del que destacamos a modo de muestra significativa, DE SALAS MURILLO, 2020, *RCDI*, pp. 2227-2268.

⁴¹ TORRES COSTAS, 2021, *Diario La Ley*. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2021/02/11/la-vacunacion-contra-el-covid-19-de-personas-mayores-residentes-en-centros-de-mayores-derecho-o-imposicion-el-consentimiento-informado-por-representacion-primeras-resoluciones-judiciales>

⁴² Representantes de personas con discapacidad, como la organización *Inclusión Internacional* han afirmado que «Las personas pueden tener una discapacidad grave o “profunda”, pero sus familias y amigos valoran y comprenden su presencia y su ser. Otras pueden expresar con claridad qué les gusta y qué no, aunque no comprendan ni puedan evaluar toda la información y las consecuencias que puedan derivarse de las diferentes elecciones. Quienes están con ellos comprenden sus deseos con claridad». *Independiente pero no solo. Informe Mundial sobre el Derecho a Decidir*. INCLUSION INTERNA-

La existencia de una enfermedad mental no puede servir de argumento para negar la voluntad ni la capacidad jurídica a las personas que la padecen, algo a lo que expresamente se refiere también la Observación General Primera cuando señala que la capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos y que el artículo 12 CDPD evidencia que el desequilibrio mental y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar);⁴³ literalmente termina el párrafo indicando que «En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica»,⁴⁴ afirmación que debería aquietar la tentación, a veces irrefrenable, de los órganos decisorios, incluidos los judiciales, de deslizarse por esta pendiente, como de hecho hace la sentencia que comentamos y en la que también ha caído, sin ir más lejos, el TEDH.⁴⁵

Nos parece que el reconocimiento por parte del Tribunal Supremo del juicio de valor sobre el que fundamenta su sentencia –algo impensable en cualquier otro procedimiento judicial– pone en evidencia, la perpetuación del estigma al que acompaña a las personas con enfermedad mental o con discapacidad psicosocial al dar por

TIONAL, 2014:26. Todas las personas tienen un deseo que se puede discernir con la ayuda adecuada. *Ibidem*, p. 132.

⁴³ CRPD/C/GC/1, párr. 13.

⁴⁴ Insiste en las ideas reflejada en este párr. 13 el propio Comité en la Observación General n.º 6 (2018) a la CDPD, *Sobre la igualdad y la no discriminación*, (CRPD/C/GC/6) cuando señala: «El derecho a la capacidad jurídica es un derecho mínimo, es decir, es necesario para el disfrute de casi todos los demás derechos contemplados en la Convención, incluido el derecho a la igualdad y la no discriminación. Los artículos 5 y 12 están intrínsecamente relacionados, ya que la igualdad ante la ley debe incluir el disfrute de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La discriminación mediante la denegación de la capacidad jurídica puede adoptar distintas formas, como en los sistemas basados en la condición, los sistemas funcionales y los sistemas basados en los resultados. La denegación de la adopción de decisiones sobre la base de la discapacidad mediante cualquiera de esos sistemas es discriminatoria». La Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad insiste también en la idea de que la respuesta por defecto consistente en anular la capacidad jurídica de las personas que atraviesan una crisis emocional o están sometidas a un estrés intenso en el sentido de anular su capacidad jurídica y autorizar una intervención psiquiátrica por la fuerza no respeta la dignidad inherente ni la autonomía de la persona. A/HRC/37/56, párr. 32, p. 9.

⁴⁵ Tal es el caso, entre otros, de la STEDH de 25 de octubre de 2018 (caso *Delecotte v. France*) donde la mayoría estima proporcionadas y legales, y por tanto conforme con el artículo 8 de la CEDH, las sucesivas decisiones de las autoridades tutelares y judiciales francesas que habían denegado durante el años a un hombre de un notable patrimonio su derecho a casarse con una mujer cuya relación era larga y constante; la mayoría de los jueces del tribunal de Estrasburgo aceptan el argumento de la anosognosia, utilizado en los tribunales galeses, para afirmar que la voluntad de contraer matrimonio del reclamante no podía ser tomada en consideración; es muy interesante el Voto particular discrepante de la jueza Nussberger, presidenta del Tribunal.

hecho que es el trastorno el que las lleva, sin más, a su degradación personal, sin hacer siquiera el mínimo esfuerzo en averiguar si pudiera existir en cada caso otra causa o si, en realidad, la degradación de la persona ya existía antes de que el trastorno psíquico hubiese aparecido y simplemente se corresponde con su forma de vida.

Todo lo expuesto muestra que el Tribunal Supremo no ha seguido en su argumentación el cauce marcado por el artículo 249-3.º CC; de haberlo hecho así, tal vez hubiese llegado a la misma conclusión, pero tal vez no. Si este último hubiese sido el caso, la medida impuesta no solo sería contraria a su voluntad, sino que también atentaría contra su dignidad. El juicio de valor, insistimos, encierra un gravísimo prejuicio contra las personas con enfermedad mental que, además, resulta absolutamente discriminatorio⁴⁶ porque la presunción que sustenta tal valoración se fundamenta exclusivamente en el padecimiento de la enfermedad mental.

El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que, cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, lo haga aplicando los mismos motivos a todas las personas. Por lo tanto, el hecho de padecer una enfermedad mental no puede ser razón para negar la capacidad jurídica; esto es precisamente lo que hace la sentencia que nos ocupa al negar, sin decirlo expresamente, el derecho a la capacidad jurídica a la recurrente en casación impidiéndole ejercer su derecho a rechazar los apoyos, esto es, a tomar sus propias decisiones. Con ello se contrarían una vez más las directrices del Comité,⁴⁷ que ha indicado que el apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, como el derecho a otorgar o denegar su consentimiento para el tratamiento médico y el derecho a la libertad, justamente lo contrario que ha ocurrido en el presente caso.

⁴⁶ En su Observación General Primera, el Comité aclaraba que el artículo 12 de la CDPD no permite negar la capacidad jurídica por motivos basados en la falta de aptitud de la persona para tomar decisiones porque ello supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica—en este caso para rechazar el apoyo y el tratamiento médico— si la evaluación lo justifica. El Comité ha manifestado que cuando la discapacidad de la persona o su aptitud para tomar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley se produce una discriminación por razón de discapacidad proscrita por el artículo 12 que no solo no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que, además, exige en tales casos que se proporcionen apoyo a la persona en su ejercicio. CRPD/C/GC/1, pp. 4-5. Naciones Unidas, 2014. CRPD/C/GC/1. La Relatora Especial sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas insiste sobre esta cuestión en su informe anual correspondiente a 2017. Naciones Unidas, 2017, A/HRC/37/56, p. 7, párrafo 24: «Los Estados no pueden limitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; deben más bien protegerla contra toda injerencia en todos los aspectos de la vida, incluidas las decisiones relativas a tratamientos médicos, a la vida independiente o a cuestiones financieras».

⁴⁷ CRPD/C/GC/1, párr. 29 g), p. 8.

Pero es que el argumento social que ahora rebatimos contraviene también el principio de proporcionalidad consignado igualmente en el artículo 249-1.º CC, según el cual las medidas de apoyo deben servir para asistir en el ejercicio del derecho concreto que la persona no puede realizar por sí misma. En este caso, el Tribunal impone dos medidas, como hemos dicho, una dirigida a la limpieza de la vivienda y otra, al tratamiento médico al que deberá someterse la persona. Respecto a la primera de ellas, resulta desproporcionada desde el momento en que, ante la negativa del demandado, se otorgan facultades a la curadora para que contrate a la empresa que decida la persona con discapacidad; por lo tanto, resulta evidente que no estamos ante un apoyo querido por la persona sobre la que, insistimos, no se ha acreditado su voluntad de realizar este acto para el que va a tener apoyo. Se trata, en realidad, de una medida claramente coercitiva y no de un verdadero apoyo en el sentido del artículo 12 CDPD.

Pero el calificativo de coercitivo es aplicable con mayor rotundidad todavía a la segunda medida, impuesta: la de asegurar la efectiva atención médico-asistencial de la persona, en lo que respecta al trastorno que padece y lo que guarde directa relación con él. Al respecto, no es necesario demostrar la oposición frontal de tal mandato a la CDPD, particularmente a sus artículos 14 y 25 (derechos de libertad y seguridad, y salud, respectivamente).⁴⁸

Pero lo más preocupante, en nuestra opinión, es que tal vez las medidas impuestas, lejos de alcanzar la finalidad perseguida por el órgano judicial, esto es, el «bienestar de la persona», conduzcan a un resultado radicalmente contrario. Como ya apuntamos, son numerosas las fuentes que demuestran que la imposición forzosa de tratamientos médicos⁴⁹ y otras medidas de carácter coercitivo como las aquí impuestas confunde coerción y cuidados,

⁴⁸ Con esta medida se obvia una vez más la voluntad de la persona y se eluden también las recomendaciones del Comité a España en sus Observaciones particulares, algo en lo que también han insistido los informes de Naciones Unidas anteriormente aludidos CRPD/C/ESP/CO/1, párr. 36, p. 6; CRPD/C/ESP/CO/2-3, párr. 27, p. 7, en el sentido de requerir al Estado español que derogase toda su normativa interna que permite los ingresos o los tratamientos médicos no basados en el libre consentimiento informado de la persona con discapacidad; en similares términos se ha pronunciado la Relatora Especial sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. A/HRC/37/56, p. 8, párrafo 26.

⁴⁹ Respecto al derecho a rechazar el tratamiento médico, incluso nuestra propia legislación interna lo reconoce como derecho del paciente desde hace casi cuatro décadas, con independencia de cuál sea la enfermedad que padece. Artículo 10-9º de la 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, BOE n.º 102, de 29 de abril, derogado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE n.º 274, de 15/11/2002. Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, BOE n.º 158, de 3 de julio de 2001

atentan contra la dignidad de la persona, causan aun más daño psicosocial, exclusión y aislamiento del que la persona pudiera sufrir, aumentando el riesgo de padecer problemas adicionales y constituyen prácticas discriminatorias que pueden llegar a producir sufrimiento psíquico severo, además de temor y trauma.

El propio informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2020)⁵⁰ criticaba el uso excesivamente frecuente de lo que denomina «justicia terapéutica»⁵¹ debido a estados de salud o comportamientos considerados socialmente inaceptables de la que suelen ser objeto las personas con discapacidad psicosocial y advertía también sobre los peligros de la excesiva medicalización⁵² y de las amenazas para los derechos humanos de estos grupos tradicionalmente marginados de la sociedad. El mismo informe indica que cuando se considera la posibilidad de iniciar un tratamiento, el principio de *primum non nocere*, es decir, «lo primero es no hacer daño», debe ser el principio rector, a pesar de lo cual, con demasiada frecuencia se pasan por alto los daños colaterales resultantes de la medicalización y se exageran los beneficios de esta, lo que pudiera haber sucedido en la sentencia que ahora comentamos, donde tampoco se barajan – ni siquiera se plantean como posibles– otras medidas alternativas⁵³ más respetuosas con la CDPD y con la LAPD. Por ello creemos que no es disparatado pensar que intervenir como se resuelve en la sentencia puede a veces significar una mayor «crueldad social» que la que se pretende evitar con la imposición acordada.

En definitiva, se dicta una sentencia que, a pesar de reconocer expresamente que la persona en cuestión mostró una capacidad de razonar suficiente, se la priva del derecho a la plena capacidad jurídica, al imponerle un apoyo que no quiere y una medida coercitiva que le despoja de su derecho a decidir en su esfera personal, concretamente en el ámbito de su salud; se confunde así coerción con cuidados y bienestar con control, todo ello sin analizar si la medida

⁵⁰ Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/094/48/PDF/G2009448.pdf?OpenElement> [última consulta: enero 2022]

⁵¹ *Ibidem*, párr. 27, p. 7.

⁵² Para el Relator Especial, existe una tendencia preocupante a utilizar la medicina como medida para denegar la dignidad y la autonomía de la persona, así como la forma en que se utiliza el «tratamiento» o la «necesidad médica» para justificar la injusticia social. El resultado es una canalización excluyente y discriminatoria. El proceso de medicalización suele asociarse, según el Relator Especial, con el control social, ya que sirve para hacer cumplir los límites en torno a los comportamientos y experiencias normales o aceptables; además, la medicalización hace que se corra el riesgo de legitimar prácticas coercitivas que vulneran los derechos humanos y pueden afianzar aun más la discriminación contra grupos que ya están en situación de marginación a lo largo de su vida y de una generación a otra. *Ibidem*, párr. 29, p. 9.

⁵³ A/HRC/44/48, 2020:14-17, párrs. 51 y ss.; A/HRC/35/21, párr. 29; A/HRC/37/56, párr. 32, p. 9.

impuesta produce más daño que el que pretende evitar.⁵⁴ Lo hace, además, atendiendo al principio de interés superior objetivo, a pesar de que ha sido sustituido en nuestra legislación interna por el principio rector de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, perpetuando así el tradicional y paternalista paradigma médico sustitutivo de la voluntad.

Para finalizar con el análisis de esta primera sentencia, dejamos constancia de que tanto los razonamientos como el resultado final al que llega venían muy condicionados por las instancias anteriores, conocedoras de un procedimiento de limitación judicial de la capacidad que, con toda probabilidad, nunca debió de haberse iniciado, porque la capacidad jurídica de la persona afectada no era, ni entonces ni ahora, lo que estaba entredicho. Como ya se ha puesto de relieve varias veces en este comentario, en las tres instancias se reconoció que la persona tenía un límite normal de inteligencia y un discurso coherente y razonado. Sin perder de vista que en ningún momento se plantearon verdaderos asuntos relacionados con la capacidad jurídica de esta persona en su dimensión de capacidad para actuar; esto es, nunca estuvieron en cuestión los efectos jurídicos de sus decisiones cuando estas eran susceptibles de producirlos, bien en su propia esfera, bien en la esfera jurídica de los terceros afectados por aquellas decisiones.

Creemos que lo que subyacía en realidad en este asunto no era un problema de capacidad jurídica; sino de una más que probable situación de marginalidad y posible necesidad de asistencia social de un individuo, cuyo comportamiento molestaba o afectaba negativamente a sus convecinos, esto es, causaba un serio problema de relación con los demás. Parece poco probable que estos mismos vecinos o cualquier otro sujeto hubieran acudido en su día al Ministerio Fiscal y que este hubiese iniciado el procedimiento de limitación de la capacidad, si esta persona con síndrome de Diógenes viviese, por ejemplo, solo en un bosque apartado o en una cueva al modo de su viejo *alter ego*. De ser cierta nuestra presunción, resulta que la verdadera razón para iniciar en su día el citado procedimiento no estaba en la necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica que tenía el protagonista del caso, sino en los problemas de convivencia con sus vecinos o,

⁵⁴ Los sistemas de salud mental de todo el mundo están dominados por un modelo biomédico reduccionista, que utiliza la medicalización para justificar la coerción como práctica sistémica y califica como «trastornos» que necesitan tratamiento las diversas respuestas humanas a los determinantes subyacentes y sociales perjudiciales (como las desigualdades, la discriminación y la violencia). En ese contexto se socavan y desatienden activamente los principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Vid.* Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental sobre Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de 2020, A/HRC/44/48, párr. 9, p. 4.

en su caso, en la obligación impuesta al Estado social de asistir a quienes viven en un mundo de marginalidad y exclusión social. Es más que probable que en tal circunstancia fuera oportuna la intervención de la autoridad pública encargada de cubrir estas necesidades sociales, lo que con bastante seguridad, implicaría la intervención del Principado de Asturias, a través del órgano competente en esta materia; este organismo público tendría que luchar, desde esta perspectiva, con la eventual negativa del interesado a través de medios de naturaleza pública (sanciones, actuaciones de oficio en el domicilio previa autorización judicial de entrada, por ejemplo); podría valorarse también la necesidad de adoptar medidas de asistencia social a una persona en situación de marginalidad de naturaleza no coercitivas, como centros de apoyo entre pares, salas sin medicación, comunidades de recuperación y modelos de desarrollo comunitario.⁵⁵ Pero nada de esto debería implicar ni una curatela ni ninguna otra medida de apoyo más o menos similar, cuya función queda limitada a servir de asistencia o ayuda a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Es cierto que desde un planteamiento superficial las medidas de naturaleza pública destinadas a la asistencia, protección y ayuda a las personas vulnerables pueden parecer similares a las medidas destinadas a dar apoyo a estas personas en el ejercicio de su capacidad jurídica si la vulnerabilidad reside, precisamente, en la discapacidad. Incluso ambos tipos de medidas pueden coexistir en un mismo supuesto; pero en ningún caso deben confundirse ambas esferas y, mucho menos aun, deben considerarse intercambiables, como creemos que ha hecho la sentencia que hasta aquí nos viene ocupando.

IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL, N.º 706/2021, DE 19 DE OCTUBRE DE 2021 (ROJ: STS 3770/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3770). PONENTE, JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

4.1. *Resumen de los hechos*

El segundo pronunciamiento dictado por el Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de la LAPD tiene su origen en la demanda presentada en diciembre de 2014 por el Ministerio Fiscal mediante la cual solicitaba, a instancia de tres de sus seis hijos, la modifica-

⁵⁵ A las que se refieren expresamente tanto la Relatora Especial sobre los Derechos de las PCD y el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (A/HRC/44/48, 2020:14-17, párrs. 51 y ss.; A/HRC/35/21, párr. 29; A/HRC/37/56, párr. 32, p. 9).

ción de la capacidad de su madre de avanzada edad. Se daba la circunstancia de que la «presunta incapaz» había otorgado en su día testamento abierto, en el cual figuraba una cláusula donde daba directrices para que, en el caso de que fuese necesario nombrar un tutor, el cargo recayese en una de sus hijas, en primer lugar; en segundo lugar, en un determinado hijo; y, por último, en otro de sus seis hijos. En ningún caso deseaba que fuesen designados ninguno de los tres hijos que habían instado del Ministerio Fiscal la presentación de la demanda de incapacitación, ni tampoco ninguna entidad tutelar pública o privada. A pesar de lo dispuesto por la interesada, el juzgado de primera instancia dictó sentencia por la que declaraba modificada la capacidad de la demandada y nombraba tutora a la entidad tutelar pública de Madrid, la Agencia Madrileña de Tutela (AMTA), contrariando de este modo la voluntad anticipadamente expresada por la incapacitada.

Contra esta sentencia presentaron recurso de apelación, por un lado, los tres hijos a quienes había designado sucesivamente para desempeñar el cargo de tutor la madre y, por otro lado, los otros tres. En segunda instancia, la Audiencia Provincial dicta nueva sentencia revocando la precedente en cuanto al nombramiento de tutor y fallando que el cargo sería desempeñado de forma mancomunada por dos de sus hijos: el llamado a ejercer el cargo en segundo lugar, por un lado y, por otro, el segundo de los excluidos. Nuevamente la voluntad de la testadora resultaba directamente proscrita por el Tribunal.

No resultando satisfactoria para ninguna de las partes, se presenta recurso de casación ante el Tribunal Supremo que, tras examinar las alegaciones formuladas por todos los recurrentes, así como los autos remitidos por la Audiencia, concluye que la sentencia de apelación incurre en el error de falta de motivación, por lo que decide anular y retrotraer las actuaciones al momento de dictar sentencia por la Audiencia Provincial requiriéndola para que dicte nueva sentencia en la que, de forma motivada fundamente las razones por las que, prescindiendo de la voluntad expresada por la «incapaz» en documento notarial, opta por la designación mancomunada de tutor o designe otro acorde con los deseos de aquellas.⁵⁶

En resumen, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial hacía alusión a la situación familiar que subyacía en el caso, por la existencia de dos grupos de hermanos: tres de ellos se llevaban muy bien entre ellos y regular con el otro grupo de tres hermanos que también se llevaban muy bien entre ellos, pero regular con los primeros. Para el tribunal de segunda instancia, es precisamente la existencia de este conflicto familiar lo que justifica la designación mancomunada para el

⁵⁶ STS 465/2019, de 17 de septiembre, ROJ STS 2820/2019.ECLI:ES:TS:2019:2820.

cargo de un hermano de cada grupo. No justifica, sin embargo, las razones por las que prescinde de la voluntad de la otorgante, cuando, además, es la hija que convive con ella, quien la cuida y expresamente ha manifestado su voluntad de ser tutora de su madre.

Devueltas las actuaciones, la Audiencia dicta una nueva sentencia en la que mantiene el mismo pronunciamiento que en la anulada por el Supremo, aunque, atendiendo al requerimiento de este, amplía su motivación; trata de explicar las razones que la llevaron a la decisión salomónica, indicando que, tras practicar en segunda instancia toda la prueba, incluida la exploración de la concernida, y recibir, entre otros, informes del equipo psicosocial adscrito al juzgado de primera instancia, concluyó que la hija elegida para el desempeño del cargo resultaba inidónea y los designados a tal fin lo desempeñarían correctamente de forma mancomunada, al tratarse de un ejercicio sometido a supervisión por parte del Ministerio Fiscal. Descartaba asimismo la designación de la entidad pública por haber quedado acreditada suficientemente la voluntad contraria de la interesada.

Nuevamente se presenta por todas las partes personadas recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia dictada por segunda vez por la Audiencia.

El Tribunal Supremo analiza en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y analiza la cuestión relativa a la falta de motivación de la sentencia, concluyendo que las nuevas razones añadidas por la Audiencia Provincial para motivar su fallo «son muy pobres, contradictorias y carentes de la justificación debida». En palabras del Ministerio Fiscal «la decisión adoptada no contiene una explicación suficiente y clara de las razones que han llevado a prescindir de la voluntad de la persona con discapacidad». En consecuencia, estima el primer motivo del recurso y el Tribunal Supremo decide asumir el conocimiento del proceso pasando a analizar el recurso de casación, desestimando otros motivos invocados por alguna de las partes personadas en su recurso extraordinario por infracción procesal en los que, por razones de espacio, no vamos a valorar.

Analizados los recursos de casación presentados por el bloque de hermanos propuestos sucesivamente para ser tutores, por un lado y el presentado por otra de las hijas, por otro lado, el Tribunal Supremo estima el recurso de los primeros, fundamentado en la infracción del artículo 234.1 CC y artículo 12 CDPD, al haberse desconocido la voluntad de la otorgante al designar tutor. Por el contrario, resuelve desestimar el presentado por la otra hija, cuya pretensión era el mantenimiento de la designación del cargo de tutor en la entidad pública.

4.2. *Fundamentación jurídica*

4.2.1. APLICACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN LEGAL A UN PROCEDIMIENTO INICIADO EN EL ANTERIOR

Al igual que en el primero de sus pronunciamientos, la sentencia ahora comentada comienza analizando el régimen jurídico aplicable tras la entrada en vigor de la LAPD y, de igual modo que en la STS 589/2021, parte de que el procedimiento judicial origen del recurso había sido iniciado con arreglo a la legislación anterior; a continuación, invoca la Disposición Transitoria Sexta de la LAPD, que obliga a que los procedimientos en curso se adapten a las nuevas disposiciones, sin retroacción de las actuaciones practicadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

Además, atendiendo a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de la LAPD, aprecia que las disposiciones previstas para la autotutela deberán regirse ya por las normas previstas para la autocuratela en la nueva ley.

Llama la atención en este caso la elección del documento público escogido por la otorgante para designar o excluir a su futuro tutor. Recordamos que la 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, modificaba el antiguo artículo 223 CC para admitir que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, pudiera «en documento público notarial», adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor; no se excluía el testamento abierto que, obviamente, es documento público notarial, aunque no parece que el testamento sea el instrumento más adecuado para contener disposiciones como al designación de un futuro tutor (o curador); sabido es que el contenido típico del testamento son las disposiciones de *última* voluntad del causante de índole patrimonial (art. 667 CC), aunque no deja de ser cierto que también puede tener un contenido atípico, incluidas disposiciones de naturaleza extrapatrimonial, entre las que tradicionalmente ha sobresalido el reconocimiento de un hijo (art. 741 CC), pero que pueden ser muchas otras; por consiguiente, la manifestación fehaciente de la voluntad acerca de la designación o exclusión de su eventual tutor en el documento público testamentario cumplía con los requerimientos formales del tiempo en que se estableció. Nótese que, de conformidad con el nuevo artículo 271 CC, en el régimen vigente

la autotutela deberá ser prevista en escritura pública, con lo que de haberse producido después de la entrada en vigor de la nueva normativa, no sería válida una autotutela en testamento abierto; con todo, la decisión del Tribunal Supremo es correcta en este punto, pues, de conformidad con los principios que inspiran las reglas de Derecho transitorio del Código Civil, los actos jurídicos válidos según la ley derogada conservarán su validez, también cuando el cambio normativo se refiera a cuestiones de forma.

4.2.2. LA DECLARACIÓN DE INCAPACITACIÓN Y EL NUEVO SISTEMA DE PROVISIÓN DE APOYOS

De nuevo, igual que en la STS 589/2021, el Tribunal Supremo deja sin efecto la declaración de incapacidad, pues «La aplicación de la nueva ley determina que se deje sin efecto la declaración de incapacidad, que ya no existe como tal, la cual debe ser sustituida por la procedencia de fijación de medidas judiciales de apoyo» (FJ 6). Esto resulta totalmente coherente con la nueva Ley que reconoce la plena capacidad jurídica y deroga la incapacidad. En armonía con lo anterior, el Tribunal señala que «Procede, igualmente, la sustitución de la tutela por la curatela, ya que aquellas queda circunscrita a los menores de edad, no sujetos a la patria potestad o que se hallen en situación de desamparo (art. 199 CC)» (FJ 6). Pero, a diferencia de lo ocurrido en la STS 589/2021, en esta ocasión, el órgano judicial no revisa las medidas adoptadas en las instancias judiciales precedentes, al considerar que el objeto del recurso de casación se ciñe a la designación del curador, por lo que considera que entrar en esta cuestión resultaría excesivo y desproporcionado en relación con el recurso presentado; entiende que no ocurría, sin embargo, en el caso resuelto en la STS 589/2021 donde, precisamente, la revisión de las medidas estaba directamente vinculada con los motivos del recurso; en consecuencia, en esta ocasión el tribunal se limita a ordenar la sustitución de la tutela por la curatela, según prevé la Disposición Transitoria Tercera LAPD).

Sin duda, en este punto, la resolución merece de buen principio todos los elogios, puesto que con ella hace valer el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad que las autoridades juzgadoras de primera y segunda instancia habían obviado, apartándose de la voluntad debidamente formalizada y expresada por la madre de los recurrentes, sin motivación suficiente. Aunque ya con la legislación anterior resultaba más que probable la necesidad de respetar la elección de tutor llevada a efecto por

el interesado,⁵⁷ tras la entrada en vigor de la LAPCD no hay justificación posible para decisiones como las de los juzgados de instancia, dada la vinculación de la autoridad judicial a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, también por lo que se refiere a la designación de un posible curador, según dispone el artículo 272 CC. El segundo párrafo de este mismo precepto establece que la única situación en la que la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las disposiciones voluntarias sobre autotutela es la existencia de «circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones», hipótesis que no era la que aquí se ventilaba.

Ahora bien, como hemos indicado, en la resolución comentada ni se fija el alcance de la autotutela ni se dan pautas que permitan completar la parquedad de la disposición de la interesada, ceñida exclusivamente a la elección de quien desea que ejerza el cargo de tutor y a la exclusión de ciertas personas para ese cometido; a pesar de ello, se dice expresamente en la sentencia que «no procede, en este trance decisorio, revisar las concretas medidas de apoyo acordadas hace años». Resulta curiosa esta afirmación si tenemos en cuenta que en el sistema anterior no se fijaban medidas de apoyo sino, como mucho, se establecían las funciones que corresponderían al tutor para completar o sustituir la capacidad jurídica de la persona sometida a tutela, lo que ni puede ni debe considerarse como equivalente a establecer medidas de apoyo. Si se nos permite la apreciación, creemos que ese paralelismo entre el sistema derogado y el vigente, que todavía subyace en muchos comentarios a la nueva Ley y que se arrastra en afirmaciones como la transcrita, es uno de los hábitos que se deben desterrar si, de verdad, se quiere asumir el cambio operado por la Ley 8/2021.

En cualquier caso, parece que la declaración del Tribunal conduce a la aplicación de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley para todo lo no previsto en el «documento de autotutela»; por tanto, de manera provisional habrá de entenderse que la tutora designada deberá adecuar su actuación a las normas previstas en la LAPD para la curatela representativa. Nuestro criterio es que esta solución no es del todo satisfactoria, por varias razones; primera porque, como decimos, se trata de una solución apenas provisional, cuya duración no puede ir más allá de los tres años previstos en la Disposición Transitoria Quinta, tiempo máximo en el que deberá ser revisada; en segundo lugar, porque con ese cambio no se cum-

⁵⁷ Cf. STS 487/2014, de 30 de septiembre; 298/2017, de 16 de mayo y 465/2019, de 17 de septiembre, citadas en la STS n.º 734/2021, de 2 de noviembre.

plen los requerimientos del párrafo cuarto del nuevo artículo 269 CC, de conformidad con el cual «Los actos en los que el curador deba prestar apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación». Nada de ello se realiza en este caso, con lo que es más que probable que, de ser necesario para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona concernida el apoyo de su hija que, ahora sí, es reconocida como curadora, sea también inevitable, otra vez más, acudir a los tribunales para que fijen exactamente los contornos del apoyo; no sobra recordar al respecto que en la LRAPD no se dibujan unos contornos fijos para cualquier curatela representativa, pues cada una de esas curatelas ha de ser un traje a medida de la persona para la que se establece el apoyo. Precisamente por esto, después de que la interesada haya visto reconocido su derecho a contar con la curadora deseada casi siete años después de que se iniciara el procedimiento, resulta bastante probable que la resolución judicial que ahora comentamos no sea, todavía, la que cierre su caso de modo definitivo.

4.2.3. LA NECESIDAD DE MOTIVAR EL APARTAMIENTO DE LA DESIGNACIÓN HECHA POR LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Sin duda la decisión que comentamos acoge el principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias manifestados por la persona con discapacidad, columna vertebral de la nueva Ley, corrigiendo así las decisiones precedentes que prescindían de él.

Conviene recordar que tanto la extinta autotutela como la actual autocuratela son figuras de autogestión previstas para que la persona otorgante deje consignada su voluntad respecto a cómo quiere organizar su futuro en caso de discapacidad respecto a su esfera personal, patrimonial o cualquiera otra que elija y respecto a quién quiere designar que, llegado el momento, asuma y ejerza el cargo del antiguo tutor y actual curador. Así se recogía en el párrafo segundo del anterior artículo 223 CC⁵⁸ modificado por la Ley 41/2003 y así se hace ahora en el artículo 271-1.ºCC.⁵⁹

Ambas figuras coinciden también en el carácter vinculante para la autoridad judicial de las previsiones de la persona otorgante, de

⁵⁸ Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

⁵⁹ Artículo 271 CC actual: «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 las 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».

suerte que dicha autoridad solo podría prescindir de ellas por las causas legalmente previstas y previa y preceptiva motivación de la sentencia que decida a apartarse de cualquier modo de la voluntad anticipada de la persona otorgante (arts. 234.1 CC, previgente; art. 272.2 CC, actual).⁶⁰ A la autoridad judicial le correspondía tanto antes, como ahora, analizar la existencia de tales circunstancias y motivar suficientemente las razones que le llevaban a no atender a la voluntad de la persona plenamente capaz para tomar decisiones futuras sobre ella misma.

Resulta evidente que ya desde el año 2003, la intención del legislador era otorgar preferencia a la autonomía de la voluntad. Con la reforma de 2021 esta preferencia está, además, reforzada, ya que nuestro ordenamiento jurídico ha apartado el principio de mejor interés objetivo para dejar su espacio al nuevo principio rector del nuevo sistema de provisión de apoyos, tantas veces señalado y que no es otro que el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

En el caso que venimos analizando, la juzgadora de instancia obvió el principio de respeto a la voluntad de la otorgante y, sin motivación suficientemente, resolvió de forma completamente opuesta a lo querido por aquella; no solo no siguió las indicaciones para nombrar a la persona elegida, sino que decidió designar como tutora a una de las excluidas, concretamente a la entidad tutelar pública. Por su parte, la Audiencia tuvo en cuenta solo en parte la voluntad de la otorgante, optando por revocar la designación anterior, pero reiterando el mismo error que el juzgado de instancia al prescindir nuevamente de la voluntad de la disponente; además, argumentó tan pobremente su fallo que el Tribunal Supremo tuvo que anular la sentencia, retrotraer las actuaciones y requerir a la Audiencia para que emitiese un nuevo pronunciamiento respetuoso con la voluntad de la otorgante o, en su defecto, motivando fundamentalmente las causas que le harían desviarse de lo interesado por la

⁶⁰ El párrafo primero del artículo 234 CC, modificado por la Ley 41/2003, establecía que: «Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223», si bien, como indicaba el preámbulo de dicha ley, «sin modificar la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación»; es decir, debía existir motivación suficiente basada en el mejor interés objetivo del «incapacitado» cuando hubieran aparecido circunstancias nuevas que no hubieran sido tenidas en cuenta por el otorgante al tiempo de otorgar la escritura de autotutela.

En parecidos términos se expresa actualmente el párrafo segundo del artículo 272 CC, que permite a la autoridad judicial prescindir de las disposiciones voluntariamente otorgadas si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones. En este caso, el mismo plazo obliga a que la resolución judicial en tal sentido sea siempre motivada.

propia concernida. Sin embargo, pese a que indicó ciertos motivos que le llevaron a prescindir de la persona escogida, el Supremo se vio obligado otra vez a analizarlos concluyendo que la falta de motivación persistía.

Es interesante detenerse en los argumentos mínimos imprescindibles que considera el Supremo para entender que una sentencia cumple con el requisito de la necesaria motivación en el tema que nos ocupa. Para el Alto Tribunal, con el que convenimos, las razones invocadas por la Audiencia resultan pobres, contradictorias y carentes de justificación.

Pobres porque, como señala el Supremo, corresponde a los tribunales de justicia, y no a los servicios psicosociales, determinar la idoneidad de una persona para el ejercicio del cargo de curadora. En este caso, la Audiencia Provincial justificaba su decisión razonando que habían sido precisamente los técnicos del equipo psicosocial adscrito al juzgado quienes habían determinado que la persona elegida por la otorgante no resultaba idónea para ejercer como tutora. Sin embargo, el Supremo recuerda con tino que ese tipo de dictámenes aportan la información oportuna para que sean los tribunales de justicia quienes adopten la decisión correspondiente, pues a ellos y no los equipos psicosociales les compete, de forma exclusiva, el ejercicio de la jurisdicción.⁶¹

Además, estima el Supremo que en tal función la autoridad judicial está sujeta al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica y a la obligación de motivar las sentencias, algo que no se hacía en la sentencia recurrida. En su consideración, la sentencia recurrida no exteriorizaba las razones que necesariamente tenían que concurrir para prescindir de la persona designada en primer lugar por la demandada, justamente la hija con quien convivía y que actuaba como guardadora de hecho. Siguiendo su propia doctrina, el Tribunal Supremo consideró absolutamente insuficiente la mera remisión, sin valoración crítica alguna, al informe elaborado por los servicios psicosociales, que emiten una simple opinión que debe ser apreciada críticamente y, además, en el marco propio de las connotaciones jurídicas del proceso, lo que no hace la Audiencia. Por nuestra parte, apuntamos que, aun considerando que un equipo interdisciplinar emite algo más que una simple opinión, ya que sus dictámenes deben basarse en criterios estrictamente profesionales

⁶¹ Sobre esta cuestión, invoca concretamente la STS de 5 de enero de 2007 (rec. 121/2000), que delimita los recíprocos ámbitos de actuación de la autoridad judicial y perito, que sienta como pautas, en primer lugar, que la función del perito es la de auxiliar al Juez, sin privarle de su facultad de valorar el dictamen presentado, dimanante de la potestad judicial.

y ser emitidos con un enfoque interdisciplinar, concordamos con el Supremo en la idea de que el órgano judicial no debe trasladar a este equipo decisiones con trascendencia jurídica que solo a él corresponden, aunque para tomarlas deba o pueda apoyarse en el informe pericial técnico.

En segundo lugar, considera el Tribunal Supremo que las razones de la Audiencia Provincial resultan contradictorias porque, por un lado, aprecia como vinculante la voluntad de la madre para revocar el pronunciamiento de primera instancia en cuanto a la designación de la entidad pública como tutora, pero, por otro, no la entiende igualmente vinculante para atender a esa voluntad respecto a la designación elegida; incluso para el supuesto de que la primera designada resultase inidónea, aquellas había establecido un sistema de designación sucesivo, por lo que, de no poder ser nombrada la primera, debería haberse llamado al segundo o, en su caso, al tercero llamado por la demandada. Lejos de hacerlo, la Audiencia omite este orden de prelación e inventa un sistema de designación mancomunada en el que incluye a una de las personas expresamente excluidas por la interesada. Es evidente que compartimos el juicio de contradicción formulado por el Tribunal Supremo.

Se subraya, en fin, la falta de justificación. Entendemos, como hace la sentencia del órgano superior, que resulta evidente la falta de motivación suficiente y reforzada que se exige para desvirtuar la voluntad libremente expresada por la persona con discapacidad. También que la decisión se encuentra desvinculada del proceso y de la realidad, ya que era fácilmente predecible que las malas relaciones existentes entre los dos grupos de hermanos llevarían a un mal desempeño de una tutela mancomunada como la decretada por la Audiencia. Concordamos también con la argumentación del Supremo cuando descarta razones como que la existencia de dos grupos de tres hermanos que se lleven bien entre sí y mal con los otros tres, justifica una decisión salomónica, designando a una persona de cada grupo, ajena a la voluntad de la demandada. En fin, la abstracta invocación del principio de intermediación tampoco conforma motivación, pues se trata de un instrumento de proximidad que sirve para valorar mejor lo actuado, pero no para eximir del deber constitucional de motivar la decisión.

4.3. *El fallo*

En coherencia con los fundamentos invocados, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, cuyo motivo principal se fundamenta en la infracción del artículo 234.1 CC y artículo 12 CDPD, al haberse desconocido la voluntad de la otorgante.

Para llegar a este pronunciamiento tiene en cuenta la entrada en vigor la LAPD y, con ella, la de sus disposiciones transitorias, a las que también nos hemos referido con anterioridad y que, en definitiva, obligaban a seguir el procedimiento por los cauces de la nueva ley; en consecuencia, las disposiciones previstas para la autocurately se aplicarán ahora a la autotutela otorgada con arreglo a la ley anterior.

El Tribunal Supremo se detiene en explicar la importancia principal que, con arreglo a la nueva ley y, de acuerdo con lo previsto en la CDPD, especialmente en su artículo 12, cobra la atención a la voluntad de la persona como principio rector de la reforma, adoptando un tono pedagógico destinado a explicar las importancia del este principio en el nuevo sistema; aunque no es función de los tribunales hacer labor docente sobre el contenido de las normas que aplica, creemos que tiene cierto sentido y utilidad que se realice en esta primera etapa de aplicación la LRDPD, toda vez que por el radical cambio que produce, se trata de una reforma que requiere ser explicada.

Conviene también matizar, siguiendo con el contenido de la sentencia, que la primacía de las medidas voluntarias no excluye la posibilidad de que estas no se apliquen y, en su lugar, se designen unas judiciales; pero esto solo será posible si se dan las circunstancias expresadas en el actual artículo 272-2.º CC y previa resolución motivada por parte del juzgado o tribunal que las designe. Al no existir resolución motivada, el Tribunal Supremo entra en la instancia y valora la prueba practicada de la que deduce que no existía causa suficiente para descartar y rechazar la voluntad libremente expresada por la otorgante, ya que, el informe del equipo psicosocial sobre el que se había apoyado la Audiencia y que optaba por la tutela institucional, no aportaba elementos concluyentes para prescindir de la voluntad de la interesada. Además, otros motivos que habían sido tenidos en cuenta carecían de la trascendencia necesaria para prescindir de la voluntad de aquellas; antes, al contrario, en el dictamen técnico se apreciaba que la demandada tenía cubiertas sus necesidades básicas en su domicilio, bajo la atención de la hija elegida, quien mantenía un vínculo materno filial continuado con su madre, convirtiéndose, en la terminología vigente hoy, en la prestadora fáctica de apoyos.

A la vista de lo anterior, no cabía más que concluir, como acertadamente hizo el Supremo, la falta de concurrencia de los requisitos ya expuestos para prescindir de la voluntad de la demandada que, sin duda, debía ser respetada (artículos 271 y 272 CC).

V. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 734/2021, DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2021 (ROJ: STS 4003/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4003). PONENTE, JOSÉ LUIS SEOA-NE SPIEGELBERG

En términos muy parecidos a los expresados en la STS n.º 706/2021, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la posterior STS n.º 734/2021, de 2 de noviembre, firmada por el mismo ponente, que resuelve también un supuesto de autotutela y en la que también se llega al adecuado resultado de dejar sin efecto la declaración de incapacidad, que ya no existe, y de reconocer la plena eficacia de la designación voluntaria de la tutela, que ahora pasa a ser curatela, hecha por la interesada. Sin embargo, al igual que en el caso precedente, considera el Tribunal que no procede revisar el contenido de las concretas medidas de apoyo acordadas (sic) lo que, como antes señalamos y por las mismas razones, no parece lo más adecuado ni para la economía procesal, ni desde el punto de vista del nuevo Derecho sustantivo.

Por otro lado, esta última sentencia mantiene un tono pedagógico, que también poseen las dos resoluciones precedentes, deteniéndose en este caso en la descripción de la figura de la autocuratela y en la enumeración de sus principales características. Parte de que se trata de una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos por el artículo 10 CE, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada para designar la persona que ejerza al función de curador o incluso excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo, para añadir como características fundamentales las siguientes: *i)* es un negocio jurídico de derecho de familia; *ii)* personalísimo; *iii)* inter vivos; *iv)* solemne; *v)* vinculante para el juez, salvo la excepción legalmente prevista; *vi)* revocable; *vii)* inscribible en el Registro Civil; *viii)* que puede contener disposiciones sobre el funcionamiento y ejercicio del cargo.

En nuestra opinión, aunque no sea propiamente la tarea de los tribunales de justicia la de hacer labor de explicación y difusión del contenido de las normas e instituciones que aplica, es una buena práctica que en estas primeras sentencias en las que se aplica la LRAPD se trate de explicar el alcance de las nuevas reglas de la manera más didáctica posible, para que sean bien conocidas y comprendidas por los tribunales inferiores y por todos los interesados en ellas.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Como síntesis de lo expuesto consideramos que las primeras resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Supremo en aplicación de la LAPD tienen algunos aspectos positivos y otros que nos parecen menos conformes con el espíritu y la letra de la reforma operada en el ordenamiento español en 2021 en torno al apoyo en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Entre lo positivo, destacamos la adecuada aplicación de las normas de Derecho intertemporal de la LAPD, que abogan por la aplicación inmediata de la nueva regulación, también a los procedimientos de limitación de la capacidad que se hallaban en tramitación a la entrada en vigor de la norma. Igualmente, esta aplicación inmediata implica la abrogación de las declaraciones de incapacitación o de limitación de la capacidad que venían de decisiones previas, así como el no reconocimiento de la tutela, ni siquiera en su forma de autotutela, como figuras de apoyo idónea para ser establecida con posterioridad al 3 de septiembre de 2021.

Sin embargo, con todo el respeto que nos merece el criterio del Tribunal Supremo, pensamos que en estas decisiones no solo se abstienen de llevar a sus últimas consecuencias los dictados de la nueva regulación, sino que incluso en algunos puntos se apartan de ella, tanto de los principios que la informan, como de las reglas que actúan como paradigma de tales principios. Tal sucede, en especial, cuando la STS de 8 de septiembre de 2021 interpreta que la normativa reformada permite imponer una medida de apoyo de manera coercitiva a quien no la desea y así lo manifiesta de forma clara y reiterada. Ninguno de los argumentos utilizados por el Tribunal para mantener su postura, entre los que destacan los recursos a la anosognosia y a la tutela al interés o beneficio de la persona con discapacidad, que subyace en todo el razonamiento, nos parecen compartibles; más bien al contrario, estamos convencidas de que lo que respeta el espíritu y las reglas del texto convencional y de su interpretación autorizada es justamente lo contrario: que el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica es un derecho de las personas con discapacidad, pero nunca puede ser una carga o una imposición. Por lo tanto, se debe admitir el derecho a rechazar el apoyo o a renunciar al que ya se tiene, como corolario efectivo de principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad que la reforma eleva a la categoría de columna vertebral del sistema.

Tampoco nos terminan de convencer las sentencias de 19 de octubre y 2 de noviembre, que si bien respetan escrupulosamente

la voluntad de la persona con discapacidad que ha dispuesto sus propias medidas de apoyo en forma de autotutela (que ahora pasa a ser autocuratela), en lo que respecta a las personas que desea que cumplan esa función, deciden, no obstante, abstenerse de cualquier pronunciamiento en torno a las facultades concretas de ese autocurador en su labor de apoyo. Nuestra opinión es que tal decisión no se ajusta al principio de tipificación de los actos para los que se requiere la asistencia o, en el caso excepcional, representación, del curador, y que habría de integrar si en la medida voluntaria establecida en su día no se especificaban tales facultades; además, al no entrar en el ámbito de actuación de quien presta el apoyo, la sentencia está probablemente condenada a una probable revisión o complemento, con lo que la decisión tampoco resulta coherente con el principio de eficiencia y economía procesal.

Por último, nos parece de interés destacar que en las tres sentencias comentadas el Tribunal Supremo se detiene a explicar la importancia principal que con arreglo a la nueva ley y de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la CDPD, cobra la atención a la voluntad de la persona como principio rector de la reforma, adoptando un tono pedagógico destinado a exponer el valor de este principio en el nuevo sistema que resulta muy esclarecedor. Creemos que, si bien no es función de los tribunales hacer labor didáctica sobre el contenido de las normas que aplican, tiene cierto sentido y utilidad que tal cometido se afronte en esta primera etapa de aplicación la LRDPD, toda vez que, por el radical cambio que implica, se trata de una reforma que requiere ser explicada para que pueda ser bien comprendida.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *TRATADO DE GERIATRÍA PARA RESIDENTES*. MADRID, 2007.

DE SALAS MURILLO, Sofía: «Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (5), Cizur Menor, 2018, pp. 1-32.

DE SALAS MURILLO, Sofía: «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 780, Madrid, 2020, pp. 2227-2268.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: «Problemas del consentimiento informado “por representación”», *Cuadernos de la Fundación Grifols i Lucas*, (22), Barcelona, 2010, pp. 36-95.

ELÓSEGUI SOTOS, Aurora: «El internamiento forzoso ordinario», *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, La Rioja, 2005, pp. 76-80.

- FÁBREGAS TROCHE, Sandra: «Desafíos para la Bioética al comunicar información de salud. Contextos, consumidores e iniciativas de empoderamiento». En AA.VV., *Bioética: conflictos y dilemas*, Buenos Aires, 2018, pp. 115-126.
- GARCÍA ORTEGA, Cesáreo, COZAR MURILLO, Victoria y ALMENARA BARRIOS, José: «La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002», *Revista Española de Salud Pública*, 78 (4), Madrid, 2004, pp. 469-479.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios* (en línea), 3 (3), Madrid, 2018, pp. 29-60.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial, en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios*, V(3), Madrid, 2018, pp. 173-197.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *SEPIN, Familia y Sucesiones* (136), Madrid, 2021, pp. 45-62.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La capacidad para contratar de las personas con discapacidad». En AAVV, *130 años del Código Civil español*. (Pendiente de publicación).
- GARCÍA RUBIO, María Paz y TORRES COSTAS, María Eugenia: «Comentario al artículo 249 CC». En AA.VV., *Comentarios a 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*, Madrid, 2022 Thomson Reuters-Civitas.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y VARELA CASTRO, Ignacio: «Comentario al artículo 1304 CC». En AAVV, *Comentarios a 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*, Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2022 (pendiente de publicación).
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «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*, LVIII (Separata), Madrid, 2017, pp. 145-191.
- GARRIDO GARCÍA, Antonio: «Vacunación Obligatoria Covid de Mayores con Discapacidad Cognitiva. Comentario al auto 43/2021 del Juzgado número 2 de Santiago de Compostela del día 09/01/2021», *Centro de Estudios de Consumo*, Toledo, 2021, pp. 1-4.
- JULVE HERNÁNDEZ, María del Mar: *La protección jurídico-civil de la persona que sufre enfermedad mental: El internamiento urgente no voluntario*, Castellón de la Plana, Castellón, 2017.
- KENNEDY, Ian, & GRUBB, Andrew: *Medical Law*, Londres, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, José Luís: *Elementos de Derecho Civil I Parte General* (Vol. I), Barcelona, 1974.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote». En S. De Salas Murillo, M. Mayor del Hoyo, & T. I. Blanch ISBN (Ed.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*. Valencia, 2019, pp. 253-270.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «La observación general primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?». En Dir. Ceideira Bravo de Mansilla y García Mayo, *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, 2021.
- PAU, Antonio: «De la Incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios* V (3), Madrid, 2018, pp. 5-28.
- RAMOS POZÓN, Sergio: «Una visión más realista sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Acta Bioética*, 23(1), Santiago de Chile, 2017, pp. 119-128.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, Inés: «Reflexión acerca de una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el Art.12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». En G. Álvarez Ramírez, & E. Alcaín Martínez, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*. Valencia, 2015, pp. 585-596.
- SANJOAQUÍN ROMERO, Ana Cristina, FERNÁNDEZ ARIN, Elena, MESA LAMPRE, María Pilar y GARCÍA-ARILLA CALVO, Ernesto: «Valoración geriátrica integral». En AA.VV., *Tratado de Geriátria para residentes*, Madrid, 2007, pp. 59-68.
- SANTOS URBANEJA, Fernando: *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 8 de junio*, Madrid, 2021.
- TORRES COSTAS, María Eugenia: «La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales», *Diario La Ley* (9789), Madrid, 2021.
- TORRES COSTAS, María Eugenia: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, (B. O. Estado, Ed.) Madrid, 2020.
- TRIGAS FERRÍN, María, FERREIRA GONZÁLEZ, Lucía y MEIJE MÍGUEZ, Héctor: «Escalas de valoración funcional en el anciano», *Galicia Clínica. Sociedade Galega de Medicina Interna*, 72(1), A Coruña, 2011, pp.11-16.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Quinta de 9 de noviembre de 2001 (ROJ: STS 8722/2001 – ECLI:ES:TS:2001:8722). Ponente, Agustín Corrales Elizondo.
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 282/2009, de 29 de abril de 2009 (ROJ: STS 2362/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2362). Ponente, María Encarnación Roca Trías.
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 487/2014, de 30 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 3908/2014 – ECLI:ES:TS:2014:3908). Ponente, José Luíís Calvo Cabello
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 635/2015, de 19 de noviembre 2015 (ROJ: 4711/2015 – ECLI: ES: TS: 2015:4711).
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 298/2017, de 16 de mayo de 2017 (ROJ:STS 1901/2017 – ECLI:ES:TS:2017:1901). Ponente, María de los Ángeles Parra Lucán.

- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 403/2018, de 27 de junio de 2018 (ROJ: STS 2493/2018 - ECLI: TS: 2018/2493). Ponente, José Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1263/2018, de 17 de julio de 2018. (ROJ: STS 2747/2018-ECLI:ES:TS: 2018:2747).
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 465/2019, de 17 de septiembre de 2019, (ROJ STS 2820/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2820). Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 6 de mayo de 2021, n.º 269/2021, de 6 de mayo de 2021, (ROJ: STS 1894/2021-ECLI:ES:TS:2021:1894). Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, n.º 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 (ROJ: STS 3276/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3276). Ponente, Ignacio Sancho Gargallo.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, n.º 706/2021, de 19 de octubre de 2021 (ROJ: STS 3770/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3770). Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg.
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 734/2021, de 2 de noviembre de 2021 (ROJ: STS 4003/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4003). Ponente, José Luis Seoane Spiegelberg.
- Auto del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2019 (ROJ: ATS 13611/2019). Ponente, Francisco Marín Castán.