



Roj: **STS 3535/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3535**

Id Cendoj: **28079110012017100520**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2017**

Nº de Recurso: **2065/2016**

Nº de Resolución: **552/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VI 140/2016,**
STS 3535/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Vitoria, como consecuencia de autos de juicio de incapacidad seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vitoria. El recurso fue interpuesto por Frida , representada por la procuradora Isabel Gómez Pérez de Mendiola. Es parte recurrida Ruperto , representado por la procuradora Andrea de Dorremochea Guiot. Autos en los que ha intervenido el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Regina Aniel-Quiroga Ortiz de Zuñiga, en nombre y representación de Ruperto , interpuso demanda para la modificación de la declaración de sometimiento a curatela de Frida , ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vitoria, para que se dictase sentencia:

«estimando la demanda en la que se acuerde:

- 1) La incapacidad total de D.ª Frida para gobernar su persona y bienes.
- 2) Se determine que la incapacitada debe quedar sometida al régimen de tutela.
- 3) Se designe al demandante D. Ruperto , como tutor que ha de asistir y representar a la incapacitada.
- 4) La inscripción en el Registro Civil de la resolución que declare la incapacitación operará al amparo del art. 755.1 de la LEC ».

2. El procurador Iñaki Sánchiz Capdevila, en representación de Frida , contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestime íntegramente la demanda en todos sus pedimentos y se mantenga la curatela con declaración de incapacitación parcial de mi mandante y con las modificaciones que se piden en la demanda reconventional, y subsidiariamente y para el supuesto de que fuera estimada la petición adversa de incapacitación total de mi representada y su sometimiento al régimen de tutela, se desestime la propuesta de la demanda de nombrar tutor al actor, nombrando en su lugar a la Fundación Tutelar Beroa, con expresa condena en costas en ambos casos, a la parte demandante por el principio de vencimiento pero sobre todo por la mala fe del actor y por el perjuicio psíquico causado con esta demanda a Dña. Frida »



3. La representación de la parte demandada formuló demanda reconvenzional y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que, además de desestimar las pretensiones de la contraparte en la demanda principal:

- Se amplíe la cuantía económica del límite máximo o tope económico a partir del cual mi mandante precisa el auxilio o complemento de su curador hasta 3.000 euros (y subsidiariamente hasta 2.500 euros).

- Se sustituya al actual curador por la Fundación Tutelar Beroa.

- Se amplíe la incapacitación de mi mandante a aspectos médicos relacionados con la salud y toma de decisiones médicas y al otorgamiento de poderes a favor de terceros y para disposiciones testamentarias.

Condenando, por último y además a la contraparte, a abonar las costas del presente procedimiento reconvenzional, si se opusiere a nuestra demanda reconvenzional».

4. El Ministerio Fiscal contestó a la demanda e interesó del Juzgado dictase sentencia:

«como indica el artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : "con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento".

»Y en todo caso referidos a:

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

»2. Los medios de apoyo que se desprenden como más idóneos para la conservación de la capacidad jurídica arriba determinada: Tutela, Curatela, Defensor Judicial; Régimen de Guarda, o cualquier otro medio de apoyo adecuado.

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

»4. Las salvaguardias adecuadas y efectivas para asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, y finalmente que sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias personales.

»Teniendo presente que en este proceso no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción y que el desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal».

5. La procuradora Regina Aniel-Quiroga Ortiz de Zuñiga, en representación de Ruperto , contestó a la demanda reconvenzional y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestime la totalidad de la misma, con estimación íntegra de la demanda interpuesta por esta parte. Todo ello con expresa imposición en su caso, de así apreciarse procedente por este Tribunal, de las costas a la contraparte».

6. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vitoria dictó sentencia con fecha 8 de junio de 2015 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: 1º. Se acuerda estimar íntegramente la demanda presentada por la Procuradora D.ª Regina Aniel-Quiroga Ortiz de Zuñiga en nombre y representación de D. Ruperto con los siguientes pronunciamientos:

- Se declara la incapacidad total de D.ª Frida para gobernar su persona y sus bienes, en los términos señalados en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución.

- Se determina que la incapacitada debe quedar sometida al régimen de tutela.

- Se designa a D. Ruperto como tutor que ha de asistir y representar a la incapacitada.

- No se acuerda declarar expresa condena al pago de las costas, asumiendo cada parte las suyas y las comunes, si las hubiera por mitad.

2º. Se acuerda estimar parcialmente la demanda reconvenzional presentada por el procurador D. Iñaki Sanchiz Capdevilla en nombre y representación de D.ª Frida contra D. Ruperto en el sentido de aumentar a 1.800 euros el dinero de libre disposición de D.ª Frida , y todo ello, sin expresa condena al pago de las costas procesales».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*



1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Frida .
2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Vitoria, mediante sentencia de 21 de marzo de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Desestimar el recurso interpuesto por Frida representada por el procurador Iñaki Sanchiz, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vitoria en el procedimiento de incapacitación nº 763/14, confirmando la misma; y todo ello sin expresa imposición de las costas.

Se desestima la adhesión del Ministerio Fiscal al recurso de apelación contra la misma sentencia, que se confirma; sin expresa imposición de las costas derivadas de esta adhesión».

TERCERO. Interposición y tramitación del recurso de casación

1. La procuradora Isabel Gómez Pérez de Mendiola, en representación de Frida , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Vitoria, sección 1ª.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción de los arts. 200 y 222 del Código Civil , la Convención de las Naciones Unidas (Convenio de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 ratificado por España el 23 de noviembre de 2007) y art. 244, números 2 y 4, del Código Civil ».

2. Por diligencia de ordenación de 6 de junio de 2016, la Audiencia Provincial de Vitoria, sección 1.ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Frida , representada por la procuradora Isabel Gómez Pérez de Mendiola; y como parte recurrida Ruperto , representado por la procuradora Andrea de Dorremocha Guiot.

4. Esta sala dictó auto de fecha 26 de abril de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Frida contra la sentencia dictada con fecha 21 de marzo de 2016 por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 655/2015 , dimanante de los autos de juicio verbal sobre modificación legal de la capacidad n.º 763/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vitoria».

5. Dado traslado, la representación procesal de Ruperto , presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. El Fiscal presentó escrito en el que realizó las consideraciones que estimó oportunas e interesó la estimación del recurso de casación interpuesto.

7. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de septiembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de Antecedentes

1. En el año 1995, por sentencia judicial se declaró la incapacidad parcial de Frida y se nombró curador a su marido Lucas . La sentencia limitaba la capacidad de la Sra. Frida a «los actos de disposición de bienes inmuebles o de muebles de especial valor, así como de sumas de dinero que tenga en entidades bancarias en suma superior a 200.000 pesetas, para los cuales precisará autorización del curador».

La causa de esta modificación de la capacidad se encontraba en las consecuencias que para su autogobierno tenía un trastorno delirante de tipo persecutorio que en el año 1994 le fue diagnosticado a Frida , y que requirió varios ingresos hospitalarios.

En octubre de 2010, tras el fallecimiento de Lucas , asumió el cargo de curador el hijo de ambos, Ruperto .

2. En julio de 2014, el curador (Ruperto) solicitó la modificación de la capacidad de Frida en el siguiente sentido: que se declarara su incapacidad total para gobernar su persona y bienes; que consiguientemente se constituyera un régimen de tutela; y que se le designara tutor a él (Ruperto).

Frida se opuso a lo solicitado en la demanda y pidió, además, que se revisara el juicio de capacidad anterior, en el siguiente sentido: se ampliara el límite de dinero del que podía disponer sin requerir la autorización del curador a 3.000 euros; y se ampliara «la incapacitación (...) a aspectos médicos relacionados con la salud y



toma de decisiones médicas, así como al otorgamiento de poderes de disposición a favor de terceros para disposiciones testamentarias». También solicitó que fuera sustituido del cargo de curador su hijo Ruperto y que en su lugar se nombrara a la Fundación Tutelar Beroa.

Por su parte, el Ministerio Fiscal pidió que se mantuviera la incapacitación parcial respecto del patrimonio Frida y del control de su enfermedad; y que se mantuviera en el cargo tutelar a Ruperto .

3. La magistrada de primera instancia, después de haber explorado a Frida y de haber analizado todos los informes médicos, incluido el del médico forense, deja constancia en su sentencia de lo siguiente:

Frida tiene diagnosticado el reseñado trastorno delirante de tipo persecutorio, con ideaciones de perjuicio, que entiende es crónico e irreversible. Frida no tiene una conciencia clara de su enfermedad, lo que dificulta su sometimiento al tratamiento. Ha llenado de cámaras su vivienda. Carece de «habilidades económico-jurídico-administrativas», y en general para concertar contratos de trascendencia económica. Sin embargo, mantiene «las facultades necesarias (...) para su autocuidado y las necesidades cotidianas (preparar la comida, limpiar la casa, telefonar...)».

La magistrada, a la vista de todo lo anterior, declaró la incapacidad total de Frida , al considerar que la gravedad de su enfermedad y no tener conciencia de enfermedad, le hacía especialmente vulnerable. Aunque, al mismo tiempo, amplió el dinero del que podía disponer directamente, sin control alguno del guardador legal, a la suma de 1.800 euros. También cambió el régimen de curatela a tutela y nombró tutor a su hijo Ruperto , que hasta entonces era curador, y le reconoció expresamente las facultades de asistencia y representación de Frida .

4. La sentencia fue apelada por Frida , por no estar de acuerdo ni con la incapacitación total ni con el nombramiento de tutor de su hijo Ruperto .

La Audiencia vuelve a analizar de forma pormenorizada los informes de los médicos, y de ellos resalta lo siguiente:

«Que D^a Frida presenta un trastorno delirante tipo persecutorio y de perjuicio. Presenta ideas delirantes de carácter persecutorio que se alimentan mórbidamente a través de interpretaciones y no de alucinaciones. Dichos delirios permanecen de forma invariable y continua si bien, bajo tratamiento disminuye la presión que ejercen sobre la paciente. Las ideas delirantes de persecución tienen varios elementos característicos: la convicción de realidad de la paciente, el carácter irrefutable e irrefutable y, el más importante, la falsedad de contenido. El impacto de delirio no genera en su funcionamiento graves alteraciones en el inicio de su enfermedad ni tras la interrupción de los tratamientos. En todas las ocasiones puede tener cierta verosimilitud en su apariencia formal. Sin embargo una exploración más exhaustiva de su pensamiento revela el carácter mórbido del mismo (...).

[...]

»la paciente mantiene habilidades para una vida independiente en cuestiones básicas, aseo personal, comprar, preparar comida, limpiar su domicilio, e incluso para desplazarse. Sin embargo, la enfermedad tiene para la paciente efectos negativos sobre sus habilidades económico-jurídico-administrativas, y habilidades sobre la salud.

[...]

»En cuanto a habilidades de salud, es nula la conciencia de enfermedad, es dependiente y precisa control de terceras personas para el manejo eficaz de medicamentos y asistencia regular a consultas médicas pautadas.

[...]

»Todos los médicos coinciden en el diagnóstico de la enfermedad que padece Frida , con ideas delirantes y persecutorias y nula conciencia de enfermedad. Los médicos afirman que necesita el cuidado de una tercera persona que la controle y esté pendiente de ella para tomar su mediación».

A la vista de lo anterior concluye:

«la enfermedad de Frida conlleva importantes riesgos para ella y las personas que la rodean, merma su personalidad e incluso la inhabilita para determinados actos. La enfermedad es persistente, de carácter crónico e irreversible. Al no tener conciencia de su enfermedad no es capaz de seguir el tratamiento adecuado y mantenerlo. Aunque mantiene su autogobierno para los actos de la vida diaria que ya hemos descrito, requiere de la supervisión de una tercera persona para seguir el tratamiento y actos sanitarios.

»Dada la intensidad sintomática, los riesgos que conlleva y la extensión de su patología consideramos que debe declararse la incapacidad total de Frida ».



Y en cuanto al cargo tutelar, la Audiencia entiende que no existe un real conflicto de intereses entre Ruperto y su madre, Frida , ni se ha acreditado que hubiera realizado una mala actuación cuando era curador. Confiere relevancia a que todos los hermanos que viven en Vitoria, seis de los siete, estén de acuerdo en que se haga cargo de la tutela Ruperto . Por todo ello confirma su nombramiento.

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por Frida , sobre la base de un solo motivo.

SEGUNDO. *Formulación del recurso de casación*

1. El motivo denuncia que la sentencia se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo e infringe los arts. 200 y 222 del Código Civil , así como la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 y los apartados 2 y 4 del art. 244 del Código Civil .

La reseñada jurisprudencia, según el recurso, viene contenida en las siguientes sentencias: 282/2009, de 29 de abril ; 341/2014, de 1 de julio , y 244/2015, de 13 de mayo .

En el desarrollo del motivo explicita en qué medida la sentencia recurrida habría infringido la reseñada normativa y la jurisprudencia que la interpreta.

2. El motivo afecta a los dos pronunciamientos más relevantes de la sentencia recurrida: el que confirma la decisión del juzgado de primera instancia de revisar la capacidad de Frida para declarar su incapacitación total y el cambio de la curatela por la tutela; y el que confirma la decisión del juzgado de designar tutor a Ruperto , hijo de Frida .

Respecto de la modificación de la capacidad, el motivo aduce que resulta contradictorio que la sentencia de apelación reconozca que Frida es capaz para realizar por sí sola muchos actos de la vida ordinaria, y sin embargo haya decretado la incapacitación total. Esta resolución contradice la Convención de Nueva York y la interpretación que la jurisprudencia ha hecho del régimen de incapacitación del Código Civil a la luz de la Convención.

En cuanto al nombramiento de tutor, además de impugnar el régimen de tutela, pues entiende que sería más apropiada la curatela, el recurso considera que la sentencia recurrida incurre en otra contradicción al designar a Ruperto , hijo de Frida , después de admitir que existe conflicto de intereses. El recurso entiende que hubiera resultado mejor designar a la Fundación Tutelar Beroa.

3. Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación. La estimación del recurso afecta directamente al juicio de capacidad y al consiguiente régimen de tutela o guarda legal; pero no a la designación del guardador legal.

Como las normas jurídicas que se denuncian infringidas son distintas, analizaremos en fundamentos jurídicos distintos lo relativo al juicio de capacidad y al régimen de guarda legal, por una parte, y por otra a la designación del guardador legal.

TERCERO. *Juicio de capacidad*

1. *Régimen legal* . Desde la reforma del Código Civil introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el art. 200 CC regula las causas de incapacitación atendiendo no al mero diagnóstico de una determinada enfermedad o deficiencia, física o psíquica, sino a los efectos que la persistencia de la enfermedad o deficiencia provoca en el autogobierno de la persona que los padece y sus consecuencias en el desarrollo de su vida ordinaria. La fórmula empleada por el art. 200 CC es la siguiente:

«Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

Lo relevante es la limitación, parcial o total, de la capacidad de autogobierno, que constituye algo más que un requisito, pues se trata en realidad del presupuesto de la incapacitación. La fórmula legal es suficientemente amplia y flexible para que cualquier enfermedad o deficiencia que determina en la práctica una discapacidad y la necesidad de apoyo y protección de la persona que la padece, pueda ser apreciada como causa de incapacitación. Y al mismo tiempo suministra al juez los parámetros necesarios para valorar dicha discapacidad natural y el alcance de la necesidad de constituir una guarda legal en interés de la persona que padece la discapacidad.

El régimen de incapacitación o modificación de capacidad se complementa con el art. 760 LEC (sucesor del art. 210 CC), que expresamente prevé la necesidad de que la sentencia que declare la incapacitación determine la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que deba estar sometida la persona incapacitada. Y también con el art. 761 LEC , que prevé la posibilidad de reintegración de la capacidad y la modificación del alcance de la incapacitación:



«1. La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida (...).».

Con posterioridad, se aprobó en el seno de Naciones Unidas la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que fue ratificada por el Estado Español por instrumento de 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008). De tal forma que conforme a lo previsto en el art. 96 de la Constitución Española forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

El art. 12 de la Convención de Nueva York pretende asegurar el pleno respeto de la personalidad jurídica de las personas afectadas por una discapacidad y que cuando sea necesario se proporcionen a estas personas el apoyo que pudieran necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica:

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

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

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

»4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

»5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

2. Doctrina jurisprudencial . Esta Sala Primera del Tribunal Supremo, desde la Sentencia 282/2009, de 29 de abril , ha entendido que el régimen legal de incapacitación y tutela es compatible con la Convención de Nueva York siempre que se interprete como un sistema de protección de la persona afectada por una discapacidad y en función de sus necesidades e intereses.

La incapacitación, entendida como modificación de la capacidad de una persona, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio.

De este modo, el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas.

Como afirmamos en la sentencia 341/2014, de 1 de julio , el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona debe ser «un traje a medida»:

«Para ello hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda».

3. En este caso, el tribunal de instancia no ha dejado de tomar las medidas de este traje, proporcionadas no sólo por la exploración judicial, sino también por los informes periciales, y las reseña en la propia sentencia. Pero a



la vista de estas «medidas», es posible concluir que el «traje confeccionado» no se ajusta a las necesidades y al mejor interés de Frida , de tal forma que el juicio de capacidad no se acomoda a la jurisprudencia reseñada.

Tanto la juez de primera instancia como el tribunal de apelación han dejado constancia de que Frida tiene diagnosticado un trastorno delirante de tipo persecutorio, con ideaciones de perjuicio, que los médicos han calificado de crónico e irreversible. También advierten que Frida no tiene conciencia de enfermedad, lo que dificulta que siga correctamente el tratamiento y esté necesitada de alguien que garantice su atención médica. La sentencia recurrida refiere lo siguiente:

»En cuanto a habilidades de salud, es nula la conciencia de enfermedad, es dependiente y precisa control de terceras personas para el manejo eficaz de medicamentos y asistencia regular a consultas médicas pautadas.

[...]

»Todos los médicos coinciden en el diagnóstico de la enfermedad que padece Frida , con ideas delirantes y persecutorias y nula conciencia de enfermedad. Los médicos afirman que necesita el cuidado de una tercera persona que la controle y esté pendiente de ella para tomar su medicación».

Al mismo tiempo, ambos tribunales aclaran que mantiene «las facultades necesarias (...) para su autocuidado y las necesidades cotidianas (preparar la comida, limpiar la casa, telefonar...)».

En el ámbito patrimonial, si bien el tribunal amplía el dinero del que Frida podría disponer sin necesidad de autorización del guardador legal, pues lo cifra ahora en 1.800 euros, le niega la capacidad para concertar contratos y en general disponer de su patrimonio.

Sobre la base de lo anterior, la sentencia recurrida modifica la previa incapacitación parcial de Frida , que afectaba a la esfera patrimonial, y declara ahora su incapacitación total. Consiguientemente transforma la curatela anterior en tutela.

Esta resolución conculca la reseñada jurisprudencia de esta sala, en cuanto que resulta desproporcionado el alcance de la limitación de capacidad declarada, a la vista de situación de Frida y, sobre todo, de sus necesidades asistenciales (en sentido amplio).

4. Aunque el trastorno psíquico que padece Frida distorsiona su percepción de la realidad, expresamente se admite que en su vida diaria goza de autonomía para su atención personal: aseo, alimentación, cuidado de la casa, compras habituales para vivir... De tal forma que la necesidad de apoyos a los que se refiere el art. 12 de la Convención de Nueva York, guarda relación con la necesidad de garantizar su correcta atención médica, que pasa por su sujeción al tratamiento psiquiátrico.

La falta de conciencia de enfermedad incide directamente en la desatención al tratamiento, lo que agrava su situación. El principal apoyo del que precisa Frida y al que debe responder la modificación de la capacidad es la atribución a un guardador legal, tutor o curador, de las facultades necesarias, y justo las imprescindibles, para que la paciente siga el tratamiento prescrito por el médico que la atiende. Estas facultades relacionadas con la salud de Frida presuponen la interlocución con los facultativos que atiendan a la paciente, con el consiguiente derecho de información y también la posibilidad de prestar el consentimiento informado por representación, en los términos previstos en el art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esto es: el guardador legal puede y debe conocer el estado de la atención médica de Frida , hablar con los facultativos sobre la paciente, acompañarla o hacerla acompañar al médico, está legitimado para interesar cuando sea preciso su internamiento y recabar para ello la autorización judicial pertinente, si no existe consentimiento de la paciente.

Es lógico que el trastorno afecte a las facultades patrimoniales, pero sin que se justifique su completa privación. De hecho, la propia sentencia recurrida admite que Frida siga disponiendo de unas sumas mensuales sin necesidad de autorización, y confirma la actualización realizada por el juzgado, que la cifra en 1.800 euros. En cuanto a su capacidad de contratación, no tiene tanto sentido privarle totalmente de esta facultad, como someterla al complemento de capacidad del guardador legal. Con ello no sólo se asegura contar con la persona afectada por la discapacidad para cualquier acto de disposición patrimonial, sino que se le mantiene la iniciativa en el ámbito patrimonial con la garantía que otorga la necesidad de autorización o confirmación del guardador legal.

5. La Convención de Nueva York de 2006 trata de preservar al máximo que la persona afectada por una discapacidad pueda ejercitar por sí sus derechos, que pueda desarrollar al máximo sus posibilidades de autogobierno. El juez, al resolver sobre el grado de capacidad y autogobierno de esa persona, y constituir los apoyos necesarios mediante un apropiado régimen de guarda legal, debe afinar y ajustarse a aquellos ámbitos en que estrictamente se requieren los apoyos.



En este caso, la incapacitación total resulta excesiva y desproporcionada, pues priva innecesariamente a Frida de capacidad para actuar por sí misma en ámbitos que van más allá de su atención médica.

Por eso, sobre la base de la previa incapacitación parcial que afectaba únicamente a «los actos de disposición de bienes inmuebles o de muebles de especial valor, así como de sumas de dinero que tenga en entidades bancarias en suma superior a 200.000 pesetas, para los cuales precisará autorización del curador», la modificación de capacidad solicitada tan sólo está justificada respecto de la atención médica de Frida, en los términos expuestos en el apartado 4 de este fundamento jurídico tercero. A la vez que se entiende conveniente la actualización de las sumas de dinero de que puede disponer Frida sin necesidad de autorización, que con buen criterio el tribunal de instancia cifra en 1.800 euros.

6. Régimen tutelar: curatela. Tan flexible como el juicio de incapacitación es la constitución de la guarda legal. Su contenido está en función del alcance de la modificación de la capacidad acordada y, en concreto, de los ámbitos para los cuales se haya previsto la protección y su contenido (representación, supervisión, asistencia, cuidado...).

En este caso, en cuanto que la privación de capacidad no afecta esencialmente a la representación personal y patrimonial de la persona discapacitada, la guarda legal consiguiente puede ajustarse a la curatela. Lo anterior se enmarca en la distinción que respecto de la procedencia de la tutela y la curatela hicimos en la sentencia 341/2014, de 1 de julio :

«La curatela de los incapacitados se concibe en términos más flexibles, desde el momento en que el art. 289 CC declara que "tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido". Está pensando en incapacitaciones parciales, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacidad, y consecuentemente determina la competencia del órgano tutelar. Sólo en el caso en que "la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según el Código, autorización judicial" (art. 290 CC), enumerados en el art. 272 CC. En el código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el art. 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad (...).

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

De este modo, de acuerdo con la modificación de capacidad declarada, le corresponderá al curador, además de desarrollar las funciones que ya tenía encomendadas respecto del complemento de capacidad en el ámbito patrimonial, con la actualización de la suma de la que puede disponerse sin autorización (1.800 euros), las facultades asistenciales relativas a la atención médica de Frida, que hemos tratado de ilustrar en el apartado 4 con cierta flexibilidad.

CUARTO. Designación del guardador legal

1. El motivo, respecto de la designación de Ruperto para el cargo tutelar, denuncia la infracción de los apartados 2 y 4 del art. 244 CC .

En la actualidad, Ruperto y sus hermanos, hijos de Frida, son los más próximos en el orden legal de prelación de personas llamadas a asumir la tutela de un incapacitado, conforme al art. 234 CC . Ruperto es quien sucedió a su padre en el cargo de curador de Frida, y es, de los siete hermanos, el único que consta haya manifestado voluntad de asumir la guarda legal de su madre. De los otros seis hermanos, los cinco que viven en Vitoria están de acuerdo en que sea Ruperto, y la única que discrepa es la otra hermana que vive en el extranjero, Graciela .

En la sentencia 341/2014, de 1 de julio, expusimos cómo vincula al juez que debe designar el tutor o curador este orden legal de llamamientos:

«En principio, el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención



al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla.

»Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela».

La sentencia recurrida, a pesar de que la persona discapacitada había solicitado expresamente que no fuera nombrado tutor su hijo Ruperto , sino una fundación tutelar, ha confirmado en el cargo tutelar a Ruperto por entender que era mejor para Frida .

Las dos objeciones que podrían justificar la designación de una fundación tutelar, en vez de a su hijo Ruperto , son las mencionadas en el recurso al citar dos causas legales que inhabilitan para asumir un cargo tutelar: la enemistad con la persona incapacitada (art. 244.2º CC) y la existencia de conflicto de intereses (art. 244.4 CC).

Como muy bien razona la Audiencia, en un caso como este, no existe propiamente enemistad manifiesta entre Frida y su hijo Ruperto . La sintomatología propia del trastorno que padece Frida explica que tenga reticencias respecto de quien hasta ahora ha ejercido de curador. Lo lógico es que Frida , sin conciencia de enfermedad, dirija las ideaciones de persecución y de perjuicio sobre las personas que le rodean y sobre todo quien, de alguna forma, al ejercer la guarda legal, de hecho ha tenido que contenerla y, en beneficio e interés de ella, llevarle la contraria.

Estos sentimientos no pueden equipararse al supuesto legal de enemistad manifiesta, como tampoco revelan ningún conflicto de interés. Máxime cuando no se han aducido qué intereses concretos puede tener Ruperto que entren en conflicto con los de su madre Frida .

En consecuencia, procede confirmar la designación de Ruperto como guardador legal, en este caso curador con las funciones que resultan de la modificación de capacidad acordada.

QUINTO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.1 LEC).
2. Estimado en parte el recurso de apelación interpuesto por Frida , tampoco procede hacer expresa condena en costas (art. 398.1 LEC).
3. Estimadas en parte las pretensiones ejercitadas en la demanda, tampoco procede hacer expresa condena respecto de las costas generadas en primera instancia (art. 394 LEC).

FALLO

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

- 1.º- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por Frida contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (sección 1ª) de 21 de marzo de 2016 (rollo 655/2015), que modificamos en el siguiente sentido.
- 2.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Frida contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vitoria de 8 de junio de 2015 , cuya parte dispositiva se modifica en el siguiente sentido.
- 3.º- Estimar en parte la demanda interpuesta por Ruperto sobre modificación de la capacidad de Frida , en el siguiente sentido: - Se declara la falta de capacidad de Frida para todo lo que se refiere a su cuidado y asistencia médica, en relación con el trastorno psiquiátrico que padece. Se atribuye al curador la facultad de: conocer el estado de la atención médica de Frida , hablar con los facultativos sobre la paciente, acompañarla o hacerla acompañar al médico; interesar cuando sea preciso su internamiento y recabar para ello la autorización judicial pertinente, si no existe consentimiento de la paciente; y en general el ejercicio del derecho de información y también la posibilidad de prestar el consentimiento informado por representación, en los términos previstos en el art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre . - Se mantiene la limitación de las facultades de disposición patrimonial, en cuanto que necesitará de la autorización del curador para apoderar y contratar, y para realizar actos de disposición que excedan de 1.800 euros. - Se mantiene el régimen de curatela, con la ampliación de las funciones de cuidado y asistencia médica reseñados y la actualización del alcance de la limitación de facultades patrimoniales. - Se confirma en el cargo de curador a Ruperto .
- 4.º- No procede hacer expresa condena por las costas generadas en la primera y la segunda instancia, ni tampoco



por las de casación, con devolución del depósito constituido para recurrir. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ