



Roj: **STS 3923/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3923**

Id Cendoj: **28079110012017100566**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2017**

Nº de Recurso: **516/2017**

Nº de Resolución: **597/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 8 de noviembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Elsa , representada por el procurador D. Carlos Alberto de Grado Viejo bajo la dirección letrada de D. Juan Ignacio Macías Pérez, ambos designados por el turno de oficio, contra la sentencia dictada el 7 de diciembre de 2016 por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia en el recurso de apelación n.º 89/2016 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1529/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Bilbao, sobre juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias, adecuados y efectivos para su ejercicio. Ha sido parte recurrida El Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- El Fiscal, a instancia de D. Anselmo , vecino de la demandada, interpuso demanda de juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias adecuados y efectivos para el ejercicio de D.^a Elsa en la que solicitaba:

«Uno:

»Se proceda a la fijación de:

»a) La capacidad jurídica.

»b) Los medios de apoyo: Tutela, Curatela, Defensor Judicial, Régimen de Guarda, o cualquier otro medio de apoyo adecuado.

»c) Las salvaguardias para su ejercicio que sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias personales..

»Dos:

»Que previos los trámites procedentes, dicte sentencia determinando los extremos objeto de este procedimiento arriba indicados, lo que comportará, teniendo como base la concreción de las habilidades conservadas:

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

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

»3. Los actos a los que se refiera su intervención, cuando así proceda; debiéndose nombrar la persona que haya de asistirle o representarle y velar por él, conforme a lo dispuesto en el art. 12 de la Convención sobre los



derechos de las Personas con Discapacidad, el art. 759.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo establecido en el Libro Primero, Título X, Capítulo I, II, III, IV y V del CC, relativos a la Tutela, Curatela Defensor judicial y Guardador de hecho.

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

2.- La demanda fue presentada el 17 de julio de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Bilbao y fue registrada con el n.º 1529/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El Instituto Tutelar de Bizkaia que asumió la defensa judicial en el presente proceso de incapacidad contra D.ª Elsa, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«...se dicte sentencia por al que se declare la incapacidad de doña Elsa así quedase acreditado en la prueba que se practique en el acto de la vista, estableciéndose los límites y extensión de la tutela o curatela, designando bien tutor o curador en la misma sentencia de conformidad con lo solicitado en el cuerpo del presente escrito».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Bilbao dictó sentencia n.º 374/2015 de fecha 3 de julio de 2015, con el siguiente fallo:

«Que estimando la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal frente a D.ª Elsa, DNI: NUM000, debo declarar y declaro plenamente modificada la capacidad de D.ª Elsa, en las esferas personal y patrimonial de su vida y en concreto para los siguientes actos:

»Para celebrar contratos y negocios jurídicos de cualquier tipo, para la gestión administración y disposición de sus bienes y patrimonio, con exclusión de la administración de pequeñas cantidades de dinero, para lo cual el tutor deberá asignarle (semanal o mensualmente) una suma periódica razonable para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo); para comparecer en público y otorgar poderes, para decidir sobre su lugar de residencia o cuestiones de carácter médico tales como el ingreso en centro adecuado que podrá decidir el tutor (necesidad de ingresos, seguimiento del tratamiento, acudir a las citas médicas y controlar su medicación), para portar armas; para contraer matrimonio y otorgar testamento.

»Se designa como Tutor de D.ª Elsa al Instituto Tutelar de Bizkaia, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, debiéndosele dar posesión en legal forma del cargo de tutor, para lo que deberá comparecer, en este Juzgado, a tal fin. Del mismo modo, deberá hacer inventario de los bienes de la tutelada en el plazo de sesenta días desde su posesión del cargo, informando anualmente al juzgado de la situación de la incapaz y del rendimiento de cuentas de su administración.

»Una vez firme, líbrese testimonio de esta resolución al Registro Civil y a la Oficina del Censo Electoral que corresponda.

»Sin expreso pronunciamiento en costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Elsa.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que lo tramitó con el número de rollo 89/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 7 de diciembre de 2016, cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por doña Elsa, representada por la procuradora Dña. Begoña Martín Gutiérrez, contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de los de Bilbao, en los autos de procedimiento de modificación de capacidad n.º 1529/14, debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de que Dña. Elsa tiene modificada su capacidad tanto en el aspecto personal como patrimonial.

»a) En la esfera personal, requerirá la intervención del tutor designado en el ámbito médico-sanitario, en todo lo relativo a la necesidad de ingresos hospitalarios, seguimiento de tratamiento, asistencia a las citas médicas y control de su medicación.

»b) En lo que se refiere a su patrimonio y economía, precisará de la supervisión y apoyo del tutor designado para la administración, gestión y disposición de aquellos actos de especial trascendencia (actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, manejo de cantidades de dinero mayores de las habituales...),



manteniendo el pronunciamiento sobre la plena modificación de su capacidad para comparecer en juicio y otorgar poderes, para portar armas, para contraer matrimonio y otorgar testamento.

»Todo ello sin efectuar pronunciamiento alguno en materia de costas procesales causadas en esta alzada».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Carlos A. de Grado Viejo, en representación de D.^a Elsa , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del art. 757 (apartados 1 , 2 y 3) de la LEC , por no consideración de falta de correspondiente capacidad-legitimación activa en el proceso del que trae causa el presente recurso, y en ese sentido infracción (según se ha de exponer ex art. 477.2.3 .º y 477.3 LEC) de jurisprudencia o doctrina en Tribunal Supremo que entiende limitada o restringida dicha legitimación activa en procesos de incapacidad como el de autos, citándose y acompañándose al respecto, v.gr., las sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de fecha 24.5.1991 (Edj 1991/5460) y 7.07.2004 (Doc. n.º 2 del presente).

»Segundo.- Infracción de los arts. 751 y 758 de la LEC en relación con los arts. 234 , 235 , 299 , 300 y 301 del CC , por incorrecta o indebida aplicación de la ley en cuanto al nombramiento y actuación de defensor judicial, y en cuanto al nombramiento de cargo tutelar en la misma persona-institución designada y actuante como defensor judicial (Instituto Tutelar de Bizkaia); con oposición a doctrina o jurisprudencia del Tribunal Supremo (se citan y acompañan al respecto, entre otras posibles, STS-1.^a de 4.03.2000 -Doc. n.º 3 -, de 20.03.1991 - Doc. n.º 4-, de 12.06.1989 - Doc. n.º 5- y de 20.02.1989 -Doc. n.º 6-).

»Tercero.- Infracción por aplicación indebida de los arts. 200 y 215 del Código Civil y 752 y 759 de la LEC , y en ese sentido de doctrina jurisprudencial señalada, v.gra., en sentencias de la Sala I del Tribunal Supremo como las ya acompañadas en/con ocasión del anterior motivo.

»Cuarto.- Infracción, en cualquier caso, del art. 760 LEC y de los arts. 267 y 287 del Código Civil , así como de los relacionados arts. 10 , 17 , 23 , 24 y 49 de la CE y arts. 12 y 14 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, y en ese sentido, de la doctrina jurisprudencial señalada, entre otras, en las acompañadas sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 24.06.2013 (Doc. n.º 7), de 30.06.2004 (Doc. n.º 8), de 31.12.1991 (Doc. n.º 9) y de 16.03.2001 (Doc. n.º 10)».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personada ante la misma la parte recurrente y el Ministerio Fiscal, -el Instituto Tutelar de Bilbao no se ha personado- se dictó auto de fecha 21 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«La sala acuerda:

»1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por doña Elsa contra la sentencia dictada con fecha 7 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4.^a), en el rollo de apelación n.º 89/2016 , dimanante de juicio de modificación de la capacidad n.º 1529/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Bilbao».

3.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 15 de septiembre de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 17 de octubre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la limitación de la capacidad de obrar y sometimiento a tutela de D.^a Elsa , nacida en 1977 y diagnosticada de esquizofrenia paranoide en 2006.

Los antecedentes más relevantes son los siguientes:

1.- El 15 de julio de 2014, el Ministerio fiscal interpone demanda sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias adecuadas y efectivas para su ejercicio. Dada la falta de comparecencia de D.^a Elsa , de acuerdo con lo dispuesto en el art. 758 LEC , se nombra defensor judicial al Instituto Tutelar de Bizkaia.



En la vista, el Ministerio fiscal interesó la limitación de la capacidad total para la administración y disposición de bienes, el seguimiento del tratamiento y cuestiones médicas y las actividades básicas del gobierno de su persona, dejando a salvo el ejercicio del derecho de sufragio así como el nombramiento del Instituto Tutelar de Bizkaia como tutor. Por su parte, el Instituto Tutelar de Bizkaia interesó la limitación total de la capacidad de D.^a Elsa , dejando a salvo su capacidad de testar y ejercicio de derecho de sufragio.

A la vista del dictamen médico forense, de la audiencia de familiares y del examen personal de D.^a Elsa , la sentencia de primera instancia declaró «plenamente modificada la capacidad de D.^a Elsa , en las esferas personal y patrimonial de su vida y en concreto para los siguientes actos: Para celebrar contratos y negocios jurídicos de cualquier tipo, para la gestión, administración y disposición de sus bienes y patrimonio, con exclusión de la administración de pequeñas cantidades de dinero , para lo cual el tutor deberá asignarle (semanal o mensualmente) una suma periódica razonable para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo); para comparecer en juicio y otorgar poderes, para decidir sobre su lugar de residencia o cuestiones de carácter médico tales como el ingreso en centro adecuado que podrá decidir el tutor (necesidad de ingresos, seguimiento del tratamiento, acudir a las citas médicas y controlar su medicación), para portar armas; para contraer matrimonio y otorgar testamento».

La misma sentencia designó como tutor al Instituto Tutelar de Bizkaia, bajo la vigilancia del Ministerio fiscal.

2.- D.^a Elsa interpone recurso de apelación. Alega, en primer lugar, infracción de normas y garantías procesales de conformidad con el art. 459 LEC : (a) Vulneración del art. 757 LEC y concordantes por falta de legitimación activa; (b) Infracción de los arts. 751 y 758 LEC y art. 234 y 299 ss. CC por indebido nombramiento y actuaciones del defensor judicial y nombramiento del cargo tutelar en la misma institución designada-actuante como defensor judicial; (c) Infracción de normas y garantías procesales por error en la apreciación de la prueba, con vulneración de los arts. 752 y 759 LEC ; (d) Infracción de la sentencia recurrida del art. 760 LEC , al faltar la determinación de la extensión y límites de la incapacidad e indebida aplicación de la facultad de modulación establecida en los arts. 267 y 287 y concordantes del CC e infracción de los arts. 10 , 17 , 23 , 24 y 49 CE y arts. 12 y 14 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. En cuanto al fondo, alega infracción legal del art. 200 del Código Civil y error en la apreciación de la prueba practicada en la instancia, al defender su capacidad plena como lo demuestra que lleva viviendo de forma independiente y autónoma desde hace años y es consciente de su diagnóstico de esquizofrenia, tomando la medicación y acudiendo al centro médico correspondiente.

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 759.3 LEC la Audiencia ordenó las pruebas preceptivas a que se refiere la ley (audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz, examen a éste por sí mismo y dictámenes periciales médicos) y dictó sentencia por la que estimó parcialmente el recurso, en el sentido de declarar que D.^a Elsa :

«[T]iene modificada su capacidad tanto en el aspecto personal como patrimonial.

»a).- En la esfera personal, requerirá la intervención del tutor designado en el ámbito médico-sanitario, en todo lo relativo a la necesidad de ingresos hospitalarios, seguimiento de tratamiento, asistencia a las citas médicas y control de su medicación.

»b).- En lo que se refiere a su patrimonio y economía, precisará de la supervisión y apoyo del tutor designado para la administración, gestión y disposición de aquellos actos de especial trascendencia (actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, manejo de cantidades de dinero mayores de las habituales...), manteniendo el pronunciamiento sobre la plena modificación de su capacidad para comparecer en juicio y otorgar poderes, para portar armas, para contraer matrimonio y otorgar testamento».

El razonamiento de la sentencia de la Audiencia es que:

«En el supuesto examinado, debemos partir de las manifestaciones de la apelante en el acto de la vista, destacando de las mismas que Dña. Elsa lleva vida independiente y autónoma desde hace años, teniendo alquilada una vivienda y percibiendo RGI de 869,29 euros. Pero, sobre todo, del informe del médico forense elaborado el 6 de julio de 2016 en esta segunda instancia, en que se ha recabado previamente informes médicos al CSM de Ajuriaguerra, emitido con fecha 20/5/2016, destacando varios ingresos psiquiátricos en el servicio de psiquiatría del hospital de Basurto, hospital de Zamudio y de media estancia en Zaldívar, siendo el último ingreso desde el 23/1/14 al 10/3/2014, y estando diagnosticada desde 2006 de esquizofrenia paranoide, con carácter irreversible y curso progresivo, que limita las capacidades de querer, entender y libre determinarse de la peritada. Destaca que tiene nula conciencia de sus enfermedades, no es consciente de sus problemas médicos, ni de sus tratamientos, precisando que se le controle sus medicaciones y tratamientos. Es autónoma para las tareas básicas de la vida diaria y tareas instrumentales cotidianas, pero tiene limitación en todas aquellas actividades en las que se requiere una cierta elaboración intelectual como pueden ser todas las



relaciones con el proyecto vital del paciente (plan de trabajo, integración social independiente etc.) así como las que precisan de una elaboración más avanzada referida al manejo de su patrimonio y todas las actividades derivadas del mismo (testar, hipotecar, compra-venta, contratos...). La Médico Forense en las explicaciones vertidas a este Tribunal afirmó que D.^a Elsa sí tiene capacidad para la realización de actividades instrumentales y ordinarias de la vida, tiene muy limitada su capacidad para realizar actividades que precisen de elaboración, y tiene anulada su capacidad para los temas relaciones (sic) con su salud».

La Audiencia Provincial concluye que D.^a Elsa «padece limitaciones de capacidad en su esfera personal y patrimonial, precisado (sic) que tiene plenamente modificada su capacidad en todo relativo a los temas de su salud, limitada su capacidad en los actos y actuaciones de trascendencia y elaboración intelectual, por lo que precisa de medidas de supervisión y apoyo, tiene plena capacidad para la realización de actividades instrumentales y cotidianas de la vida».

SEGUNDO.- D.^a Elsa interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional.

1.- El recurso se funda en cuatro motivos.

A) El primer motivo denuncia «infracción del art. 757 LEC por no apreciar la falta de legitimación activa, en el presente procedimiento, por cuanto éste se habría promovido por el Ministerio fiscal, pero a instancia de un tercero, vecino de la parte». Cita en su apoyo las sentencias 24.05.1991 y 7.07.2004 .

B) El segundo motivo denuncia «infracción de los arts. 751 y 758 LEC en relación con los arts. 234 , 235 , 299 , 300 y 301 del CC , por incorrecta o indebida aplicación de la ley en cuanto al nombramiento y actuación de defensor judicial, en cuanto al nombramiento de cargo tutelar en la misma persona-institución designada y actuante como defensor judicial (Instituto Tutelar de Bizkaia)». Cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 4.03.2000 , 20.03.1991 , 12.06.1989 y 20.02.1989 .

C) El tercer motivo denuncia, «infracción por aplicación indebida de los arts. 200 y 215 del Código Civil y 752 y 759 de la LEC ». Cita la misma doctrina jurisprudencial recogida en el anterior motivo.

D) En el cuarto motivo denuncia «infracción, en cualquier caso, del art. 760 LEC y de los arts. 267 y 287 CC , así como de los relacionados arts. 10 , 17 , 23 , 24 y 49 de la CE y arts. 12 y 14 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006». Cita la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias 24.06.2013 , 30.06.2004 , 31.12.1991 y 16.03.2001 .

2. - El Ministerio fiscal impugna conjuntamente los tres primeros motivos por entender que se refieren a aspectos que no tienen carácter sustantivo sino procesal, por lo que debieron plantearse en un recurso de infracción procesal y no como motivos del recurso de casación.

Apoya en cambio la estimación del cuarto motivo por considerar que en el caso, a la vista de los hechos considerados probados por la sentencia, procede adoptar un sistema de apoyos, conforme a los arts. 12.3 y 12.4 de la Convención de Nueva York, pero que la institución de apoyo que debe adoptarse es la curatela regulada en nuestro Derecho interno, reinterpretada a la luz de la citada Convención.

3. - Esta sala ha declarado en reiteradas ocasiones que el recurso de casación está limitado a una estricta función revisora de la aplicación de las normas sustantivas a las pretensiones materiales deducidas por las partes, correspondiéndole al recurso extraordinario por infracción procesal controlar las «cuestiones procesales, entendidas en sentido amplio» (entre otras muchas, sentencias 115/2016, de 1 de marzo , 182/2014, de 26 de marzo , 78/2013, de 26 de febrero , 715/2012, de 29 de noviembre).

Sucede, sin embargo, que la exigencia del principio de protección de la persona con discapacidad exige dar respuesta a las denuncias alegadas, a pesar de que se pudiera reprochar la incorrecta formulación del recurso, por si pudiera haberse producido una vulneración de los derechos fundamentales de D.^a Elsa por falta de cumplimiento de las garantías impuestas en la ley, de alcance constitucional en cuanto pueden afectar al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución) y se encuentran estrechamente vinculadas a la regulación sustantiva de una eventual limitación de la capacidad.

TERCERO.- *Primer motivo*

1.- En el primer motivo, referido a la falta de legitimación, se alega la mala relación entre la recurrente y el «vecino» (en realidad, compañero de piso) que puso los hechos en conocimiento del fiscal, situación de enfrentamiento que queda acreditada en los autos por la existencia de denuncias mutuas y juicios de faltas. Argumenta también que la familia de la recurrente no ha promovido la incapacitación en este momento y considera significativo que ni el padre ni ninguno de los hermanos, que intervinieron activamente en un proceso anterior de incapacitación frente a ella seguido en el año 2006 y que acabó en archivo sin declaración de incapacitación alguna, hayan promovido ahora ni requerido ninguna actuación en torno a la modificación de



la capacidad que ahora se ha planteado. Hasta el punto de que el padre ni siquiera ha comparecido y los dos únicos hermanos que han sido oídos han puesto de manifiesto que consideran totalmente capaz a D.^a Elsa .

2.- El motivo se desestima por las siguientes razones:

1.^a) El art. 757.1 LEC delimita la legitimación activa para promover la declaración de incapacitación. En particular: «La declaración de incapacidad pueden promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz». Fuera del círculo delimitado en el art. 757.1, las demás personas que crean conocer hechos determinantes de la incapacitación podrán ponerlos en conocimiento del Ministerio fiscal, que también está legitimado para promover la declaración de incapacitación (art. 757.2 LEC).

De acuerdo con lo dispuesto en estos preceptos, por tanto, el Ministerio fiscal está legitimado siempre para promover la declaración: no sólo en caso de inexistencia de esos familiares a que se refiere el art. 757.1 LEC , sino también en el caso de que «no lo hubieran solicitado» (tal y como con anterioridad establecía también el art. 203 CC desde la reforma de la Ley 13/1983, de 24 de octubre).

2.^a) De manera razonable, tanto por la naturaleza delicada de la materia como por su privacidad, la ley restringe la posibilidad de promover la limitación de la capacidad a un círculo de próximos a la persona con discapacidad, pero también admite que «cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación» (art. 753 LEC), tal y como con anterioridad hacía el art. 204 CC desde la reforma de la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

Pero la legitimación corresponde al Ministerio fiscal, y no a cualquier persona, con lo que se evitan iniciativas temerarias y aun maliciosas por razón de enemistad o conveniencia contra personas en las que no concurre causa de limitación de la capacidad, y que con el criterio restrictivo del art. 757 LEC quedan excluidas.

3.^a) En el presente caso fue el Ministerio fiscal quien interpuso, el 15 de julio de 2014, demanda sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias adecuadas y efectivas para su ejercicio.

Cierto que el Ministerio fiscal tuvo conocimiento de la situación de D.^a Elsa a través de un «vecino» con el que tenía malas relaciones, pero la posibilidad de que cualquier persona ponga en conocimiento del Ministerio fiscal los hechos determinantes de la incapacitación no solo está amparada por la ley sino que precisamente este cauce, unido al deber que el mismo precepto impone a autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de limitación de la capacidad de una persona, es una de las vías que permite al Ministerio fiscal tener conocimiento de los hechos que le permiten cumplir la función que le encomienda su estatuto orgánico para la defensa de los intereses de personas incapaces.

Nada tiene que ver lo sucedido en este proceso con los de las sentencias citadas por la recurrente: la sentencia 388/1991, de 24 de mayo , niega la legitimación del Ayuntamiento para promover e intervenir en el procedimiento de incapacitación de un funcionario y la sentencia 681/2004, de 7 de julio , niega la legitimación de una sobrina, hija de una hermana fallecida de las presuntas incapaces. En ambos casos, por tanto, se negó la legitimación de quien no está legitimado conforme a la ley, no la del Ministerio fiscal.

CUARTO.- Segundo motivo

1.- En el segundo motivo la recurrente alega que a instancias del Ministerio fiscal se nombró defensor judicial a la misma persona que se propuso y fue nombrada como tutora, por lo que existía un conflicto de intereses, lo que explica que la persona que actuó como defensora judicial no lo hiciera en su defensa. Añade que, además, no fue nombrada en procedimiento de jurisdicción voluntaria.

2.- El motivo se desestima por las siguientes razones:

1.^a) De acuerdo con lo dispuesto en el art. 757.1 LEC , el presunto incapaz puede promover la limitación de su capacidad de obrar. En los demás casos, la demanda se dirige contra él. El art. 758.I LEC establece que «el presunto incapaz... puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación», porque mientras no se haya declarado la incapacitación conforme al art. 199 CC el demandado se encuentra en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 7.1 LEC) y hay que darle por tanto la posibilidad de que pueda personarse y actuar como parte.

2.^a) Si no lo hace, el presunto incapaz será defendido «por el Ministerio fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado» (art. 758.II LEC).



La finalidad perseguida por el art. 758 no es otra que la de evitar que se incapacite a una persona sin su presencia en el proceso, atendiendo a que su no personación puede deberse a razones independientes de su voluntad.

3.ª) Formalmente, el presunto incapaz asume siempre la posición de parte, pero como es posible, sin embargo, que no tenga capacidad natural o de hecho (no esté en condiciones psíquicas) para comparecer con su propia defensa y representación, se prevé que estas funciones sean asumidas por el Ministerio fiscal o por un defensor judicial.

Aunque el promotor del procedimiento sea el Ministerio fiscal, el nombramiento de un defensor judicial no debe excluir la comparecencia del presunto incapaz con su propio abogado cuando esa sea su voluntad, pues en otro caso se vulnera su derecho de defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), según ha declarado la STC 7/2011, de 14 de febrero .

4.ª) El nombramiento del defensor judicial se produce en el presente caso en un supuesto que está previsto en la ley como garantía para los casos en que promueve el proceso el Ministerio fiscal y el presunto incapaz no comparece con su propia defensa y representación. No puede decirse que fuera improcedente el nombramiento del Instituto Tutelar de Bizkaia, ni que se desentendiera de su función, ni tampoco que, por el hecho de ser designado tutor con posterioridad existiera un conflicto de intereses entre el Instituto y D.ª Elsa .

Debe tenerse en cuenta:

a) Tras varios emplazamientos infructuosos por haberse realizado en lo que ya no era su domicilio, D.ª Elsa fue citada el 11 de diciembre de 2014, pero no compareció con su propia defensa y representación, por lo que transcurrido el plazo para contestar a la demanda se dictó providencia con fecha 19 de enero de 2015, designando defensor judicial al Instituto Tutelar de Bizkaia, que se personó en los autos, contestó a la demanda formulada por el Ministerio fiscal en los términos que constan en autos (folios 84, 87 y 91 a 94) e intervino en la vista en primera instancia. Con posterioridad, la sentencia de primera instancia lo designó tutor y luego se personó en la apelación e intervino nuevamente en la vista celebrada en segunda instancia.

D.ª Elsa compareció en el Juzgado el 10 de junio de 2015 solicitando abogado y procurador del turno de oficio y suspensión del procedimiento, lo que no se concedió. Comunicado al Juzgado la designación de abogado de oficio el 11 de septiembre de 2015, fue ella la que interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con fecha 17 de noviembre de 2015 .

b) Para el cargo de defensor judicial el art. 300 CC y el art. 30.2 LJV atribuyen al juez gran libertad a la hora de escoger a la persona que va a desempeñar el cargo de defensor judicial. No se establece un orden de prelación, ni hay remisión a las normas que lo establecen para el nombramiento de tutor. Tampoco se exige motivación alguna aunque, naturalmente, para valorar la idoneidad el juez debe atender al beneficio del menor o incapaz, lo que dependerá del motivo que ocasione su nombramiento. En cada caso, el juez deberá escoger atendiendo a las circunstancias, a la amplitud y disponibilidad del círculo de personas cercanas al menor o incapacitado, pero también del asunto en cuya intervención esté requerida la actuación del defensor judicial.

No existe inconveniente alguno en el nombramiento de un defensor judicial que sea una persona jurídica que no tenga finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados (art. 242 CC). En caso de ausencia de personas próximas a las que acudir para el nombramiento, lo razonable es precisamente acudir a una institución dedicada a promover la protección y defensa de personas con discapacidad.

En el caso, consta que el Instituto tiene como funciones principales el ejercicio de la tutela y curatela de los mayores de edad incapacitados legalmente, residentes en el Territorio Histórico de Bizkaia, cuando así lo determine la autoridad judicial competente, así como la defensa judicial de quienes estén sometidos a un proceso de incapacitación o el ejercicio de cuantas otras funciones determine la autoridad judicial en defensa de presuntos incapaces en situación de desamparo

c) No se aprecia conflicto de intereses entre la intervención del Instituto como defensor judicial y el posterior nombramiento judicial como tutor pues el conflicto, para ser tal, debe ser real en atención a las circunstancias concretas, de modo que exista un riesgo de que la actuación del representante en beneficio propio, ponga en peligro los intereses del representado.

Inicialmente, se nombra defensor judicial al Instituto, lo que es conforme con la ley y adecuado al caso, según se ha dicho ya, ante la no comparecencia de D.ª Elsa con su propia defensa y representación. El Instituto contesta a la demanda del Fiscal remitiéndose de forma razonable a las pruebas que se practiquen en el juicio.

Es con posterioridad a esa actuación cuando, una vez producida la incapacitación, ante la falta de alguna de las personas mencionadas en el art. 234 CC , se nombra al Instituto como tutor y se hace así precisamente



porque en el acto del juicio el juez de primera instancia pudo comprobar que ni el padre ni la hermana que comparecieron podían asumir el cargo.

Una vez recaído el nombramiento de tutor en el Instituto, D.^a Elsa compareció ya con su propia defensa y representación en la segunda instancia, al recurrir ella misma en apelación, donde pudo mantener una postura diferente a la que hasta entonces había considerado el Instituto como representante suyo. Producida la apelación, el Ministerio fiscal se opuso y el Instituto, que se personó para mostrarse parte como apelante, intervino en el juicio formulando preguntas y manifestando su disposición, en su caso, a asumir el cargo tutela. Todo ello permite concluir que los intereses de D.^a Elsa se han visto defendidos sin que mediara riesgo de un mal empleo de las facultades encomendadas por el Juez al Instituto, desempeñadas por lo demás dentro del proceso judicial, con la presencia del Ministerio fiscal y la propia supervisión judicial.

5.ª) Finalmente, por lo que se refiere al procedimiento para nombrar defensor judicial, no puede prosperar el reproche de no haberse hecho en «procedimiento de jurisdicción voluntaria», pues el nombramiento del Instituto como defensor judicial se hizo conforme a la legislación aplicable.

El art. 300 CC, antes de la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, permitía con carácter general que el juez nombrara defensor judicial en procedimiento de jurisdicción voluntaria (el precepto se refiere ahora al «expediente de jurisdicción voluntaria», por ser esa la denominación usual de la citada Ley). Puesto que en la regulación entonces vigente de la jurisdicción voluntaria, contenida en la LEC 1881, anterior a la reforma del Código en la que se introdujo la figura de defensor judicial, no existía un procedimiento sobre el nombramiento de defensor judicial, procedía sin duda aplicar las reglas generales de la jurisdicción voluntaria en los casos de nombramiento de defensor previstos en el art. 299 CC (conflicto de intereses con el representante, no desempeño del cargo por el tutor). Pero para el caso en que el defensor judicial debía ser nombrado dentro de un proceso de modificación de la capacidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 758 LEC, cauce adecuado para respetar el derecho del presunto incapaz a la tutela judicial efectiva era, conforme al art. 8 LEC, que el juez lo nombrara mediante providencia, tal y como sucedió en el caso, en que el magistrado del Juzgado de primera instancia nº. 14 de Familia, por providencia de 19 de enero de 2015, acordó nombrar para el cargo al Instituto Tutelar de Bizkaia.

Con posterioridad, tras la promulgación de la Ley 15/2015, de 2 de julio (en vigor desde el 23 de julio de 2015), los arts. 8 y 758 LEC encomiendan el nombramiento de defensor al Letrado de la Administración de Justicia y no al Juez o Tribunal y el art. 27.3 de la Ley 15/2015 contempla el nombramiento de defensor judicial sin necesidad de habilitación previa, para litigar contra sus progenitores, tutor o curador, o para instar expedientes de jurisdicción voluntaria, cuando se hallare legitimado para ello o para representarle cuando se inste por el Ministerio Fiscal el procedimiento para modificar judicialmente su capacidad.

QUINTO.- Tercer motivo

1.- En el desarrollo del motivo con denuncia de infracción de los arts. 200 y 215 CC y 752 y 759 LEC, la parte actora alega que en el supuesto de autos no se cumplirían con los requisitos de prueba suficientes para poder concluir la restricción de la capacidad de la demandada. Fundamentalmente, argumenta, porque la prueba documental médica en que se apoya la demanda es de hace años, la audiencia o reconocimiento judicial de D.^a Elsa se realizó de forma insuficiente y meramente protocolaria, solo se oyó a algunos parientes pero no a todos los hermanos y es deficiente el informe médico forense. Sustancialmente sostiene que, con la medicación y el tratamiento que sigue en la actualidad, D.^a Elsa tiene su enfermedad controlada (como muestra que desde 2014 no haya sufrido ninguna crisis que requiriera su internamiento) y no debe ver limitada su capacidad.

2.- Por las razones que se exponen a continuación el motivo se desestima.

1.ª) Como recordamos en la sentencia 298/2017, de 16 de mayo, sintetizando la doctrina de la sala, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3).

Se trata, como declara el art. 1 de la Convención, 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 y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad 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. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención).

Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de enjuiciamiento civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias.

2.ª) Con este fin la ley establece dentro del proceso de modificación de la capacidad las garantías precisas en orden a que la decisión que se adopte se adapte a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, con el conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona.

Para dotar al proceso de las máximas garantías el art. 759.1 LEC (con anterioridad, art. 208 CC) impone al Juez la práctica de tres medios de prueba: oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinar a éste por sí mismo y acordar los dictámenes necesarios en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. De manera imperativa se establece que «nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal». Recogiendo el criterio mantenido por la jurisprudencia, el art. 759.3 LEC dice ahora que: «Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo», lo que así se hizo en el presente caso, como declara la sentencia de la Audiencia y consta en los autos.

3.ª) Como bien advirtió la sentencia 244/2015, de 13 de mayo :

«La prueba en los procesos de incapacitación está sujeta a unas reglas especiales, recogidas en los capítulos primero y segundo, del Título Primero, del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que deben ser interpretadas de conformidad con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006.

»El juicio de incapacitación no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica.

»En estos procedimientos no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art. 752.2º último inciso LEC). El juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada. Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia, en la que habrá de exponer como ha llegado a aquella determinada convicción psicológica».

4.ª) Es este el contexto, en el que impera la discrecionalidad del tribunal de instancia, en el que debemos valorar la infracción imputada al tribunal de instancia, que ha motivado en su sentencia la valoración de la prueba y cómo ha llegado a la convicción de que D.ª Itaxo «padece limitaciones de capacidad».

a) El tribunal de instancia ha cumplido con la prueba preceptiva establecida en el art. 759 LEC , pues tanto el juez de primera instancia como la Audiencia han examinado por sí mismos a D.ª Elsa , han oído a los parientes más próximos (el padre y una hermana en primera instancia, la hermana y otro hermano en la segunda instancia) y ha recabado los informes médicos pertinentes (en este caso los del médico forense de cada una de las dos instancias, de fechas 6 de febrero de 2015 y 6 de julio de 2016, junto con el informe de 20 de mayo de 2016 del Dr. Obdulio , psiquiatra del C.S.M. Ajuriaguerra que hace el seguimiento de D.ª Elsa).

b) No es cierto, por tanto, que se hayan tenido en cuenta los informes psiquiátricos antiguos, en particular el de 2006 en el que el psiquiatra aconsejaba una incapacitación (y aun entonces meramente parcial, dirigida a controlar la medicación que debe tomar D.ª Elsa por razón de su enfermedad). En su razonamiento, la sentencia de la Audiencia tiene en cuenta tanto la valoración del informe forense y la defensa realizada en la vista por el mismo (y que coincidía sustancialmente con el elaborado en primera instancia) y menciona también el informe del Dr. Obdulio , que consta en autos y de cuya lectura resulta que refiere tanto las percepciones de la propia paciente (sobre que se encuentra bien, pero nula conciencia de la enfermedad, quejas de cansancio y molestias que achaca a la medicación, irritabilidad al contrariarle, prácticamente sin relaciones sociales, ausencia de contacto con la familia y realización de un curso de administración y finanzas, desacuerdos con los profesionales que la han tratado) como la valoración médica (pobreza de juicio, reiterativa y posicionada en el tema de la medicación).



c) La actora reprocha a la instancia especialmente que no prestara la debida atención a la audiencia de D.^a Elsa y que se asumiera sin más el informe del médico forense.

En efecto, la ley exige varias pruebas precisamente porque, como dice la sentencia 72/1986, de 10 de febrero, el juez no estaría vinculado por los criterios médicos, «pues la incapacidad, a efectos civiles, no emana de lo que merezca tal consideración en el aspecto estrictamente médico de índole psiquiátrica, sino simplemente de las circunstancias que el mencionado precepto establece (el art. 200 CC), de que exista en una persona, ... una enfermedad que le impida gobernarse por sí misma». Ciertamente, entre las pruebas legales previstas, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia (art. 759.1 LEC, antes art. 208 CC). Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona (sentencia 341/2014, de 1 de julio). La exploración judicial, como dijo la sentencia 145/1989, de 20 de febrero, «constituye no solamente un valioso dato probatorio, sino una garantía, en prevención de abusos y maquinaciones, por una parte, y por otra, de una meditada decisión constitutiva de una situación en una materia no absolutamente perteneciente a la medicina o a la psiquiatría, sino que, científicamente, es un problema multidisciplinario y humanamente inserto en criterios sociales carentes de rigurosa fijación. Por ello, se busca que el Juez o Tribunal no describan hechos, como en las pruebas de reconocimiento judicial o inspección ocular, sino que emitan una opinión con el valor que la opinión del juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen, prudentemente, de definir».

En el caso, D.^a Elsa fue examinada por el juez de primera instancia y en la segunda instancia, donde se le preguntó por su situación actual, por el conocimiento de su enfermedad, sus relaciones sociales y posibles conflictos, su actividad, el contacto con su familia. No se trataba, contra lo que dice la parte recurrente, de preguntas estereotipadas sino que conectaban con la situación real de D.^a Elsa con el fin de representarse en qué medida podía cuidarse por sí sola o necesitaba alguna ayuda.

d) Tampoco responde a la verdad que el tribunal de instancia haya prescindido de la opinión de los parientes, exigencia que, como dijo la STC 174/2002, de 9 octubre, es una garantía legal de la persona con discapacidad, en la medida en que puede permitir conocer la situación real y los apoyos con los que en su caso cuenta la persona en su propio entorno.

Cierto que la sentencia no hace ninguna mención en su razonamiento a las declaraciones vertidas en el juicio por el padre y los hermanos de D.^a Elsa, en particular a las realizadas por estos últimos en el sentido de que la incapacitación les parecía excesiva y que su hermana, pese a su enfermedad, nunca les había dado problemas y había tenido vida independiente, pero ello, sin duda encuentra explicación en que la Audiencia concedió más crédito, en su valoración conjunta, al informe del médico forense que a la declaración de unos hermanos que igualmente declararon que habían perdido la relación con D.^a Elsa.

En consecuencia, el motivo tercero se desestima, sin perjuicio de la revisión que haga esta sala al analizar el cuarto motivo del recurso de la valoración que hace la sentencia recurrida a la hora de establecer el sistema de apoyos para la protección de D.^a Elsa según sus necesidades de protección, de acuerdo con la doctrina de esta sala elaborada en la interpretación y aplicación del Convenio de Naciones Unidas sobre protección de las personas con discapacidad.

SEXTO.- Cuarto motivo

1.- En el desarrollo del motivo, con remisión a lo expuesto en el motivo anterior respecto de la falta de prueba de las circunstancias que permiten limitar la capacidad y, en su caso, la desproporción del ámbito de la limitación establecida, sostiene la recurrente que, en su caso, solo debiera referirse a la supervisión y apoyo para el tratamiento médico mediante el nombramiento de un curador. Se reprocha que se ha hecho una incapacitación «in genere», sin valorar el grado de discernimiento de D.^a Elsa y extendida a actos sobre los que no solo no había petición sino que además son personalísimos, como la celebración de matrimonio o el otorgamiento de testamento.

2.- El motivo se estima por las razones que exponemos a continuación.

1.^a) La sentencia de primera instancia limitó totalmente la capacidad de D.^a Elsa para los actos que enumeró y nombró tutora a la Institución Tutelar. La Audiencia, por su parte, revoca parcialmente esa sentencia manteniendo el nombramiento de tutor y enumerando de manera separada una serie de actos en el ámbito médico sanitario (centrados en el control de su enfermedad) y para los que la sentencia «requiere» la intervención del tutor y otros en la esfera patrimonial («para la administración, gestión y disposición de aquellos actos de especial trascendencia») para los que D.^a Elsa precisa, dice la sentencia, «la supervisión y apoyo del tutor».



Del tenor del fallo parece deducirse que para los actos que se refieren con anterioridad, aunque se hable de tutor en todo caso, la función sería de representación para el ámbito sanitario y de asistencia en al ámbito patrimonial.

Se añade que se mantiene el pronunciamiento de plena modificación de la capacidad para comparecer en juicio y otorgar poderes, portar armas, contraer matrimonio y otorgar testamento.

2.ª) Es verdad que lo que importa, por encima de la denominación de la institución de guarda, es la delimitación adecuada de los ámbitos en los que la persona puede actuar por sí#, de los actos para los que necesita un apoyo y de aquellos en los que es necesaria la decisión por otro. También es cierto que precisamente la necesidad de atender a las circunstancias personales del incapacitado puede aconsejar que, limitada la capacidad de una persona, necesite la función de asistencia para determinados actos que pueda hacer por sí#, pero no solo, y la función de representación para otros. La doctrina del Código civil admite una curatela con funciones de representación y expresamente se reconoce esta posibilidad en otros Derechos civiles españoles, como el catalán (arts. 223-4 y 223-6 de su Código) y el aragonés (art. 150.1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón). Lo que importa, en esencia, es dotar al incapacitado de un sistema de guarda flexible adoptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros, con independencia del nombre que se asigne al cargo, a la institución tutelar, en sentido amplio.

Sin embargo, sucede en el caso que, si nos atenemos a las valoraciones realizadas por la sentencia sobre la limitaciones de D.ª Elsa apreciamos que tales limitaciones no justifican el nombramiento de un tutor y, en este sentido, como señala en su informe el Ministerio fiscal, la sentencia recurrida es contraria a la doctrina de esta sala, conforme a la cual el sistema de apoyos debe adaptarse a las necesidades concretas de la recurrente.

3.ª) Dijimos en la sentencia 298/2017, de 16 de mayo , sintetizando la doctrina de esta sala, que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio y más recientemente en sentencia 530/2017, de 27 de septiembre).

La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287 , 288 y 289 CC).

4.ª) En el presente caso, la conclusión alcanzada por el tribunal parece contradictoria con las pruebas practicadas, en concreto, con la exploración de D.ª Elsa , tal y como la recoge la propia Audiencia (y que es conforme con la documental aportada que consta en autos), de la que resulta que lleva una vida independiente y autónoma, cobra un subsidio de 869 euros, vive en un piso que alquiló ella misma y está finalizando los estudios que dejó a medias cuando se puso a trabajar; también que por su actitud y relativa estabilidad el psiquiatra que la trata ha establecido una disminución progresiva de la dosis del medicamento que toma y que no ha tenido crisis de su enfermedad ni ingresos desde enero a marzo de 2014.

Esta vida autónoma, el gestionarse el cobro de la pensión después de una cierta vida laboral autónoma, el matricularse para terminar sus estudios o el alquiler del piso en el que vive sola son datos incompatibles con una limitación de su capacidad que se extienda a la gestión de su patrimonio y, por el contrario, permiten compartir la tesis de la recurrente vertida en el último motivo del recurso en el sentido de que sus limitaciones estarían centradas en la necesidad de supervisión y apoyo en el seguimiento de su tratamiento médico, a fin de evitar que lo abandonara.

5.ª) La sentencia recurrida incapacita totalmente y priva a D.ª Elsa de la capacidad para comparecer en juicio y otorgar poderes. Estas limitaciones solo se justificarían en función de la exclusión de la capacidad de D.ª Elsa para gestionar sus asuntos totalmente, por lo que de forma coherente con lo ya expuesto no pueden mantenerse.



6.ª) La inhabilidad de D.ª Elsa se extiende en la sentencia recurrida a la tenencia y uso de armas, ámbito en el que carece de sentido la actuación por representación pero también con asistencia del curador, por lo que se mantiene la sentencia.

7.ª) La sentencia recurrida mantuvo la limitación de la capacidad de D. Elsa fijada en la primera instancia para contraer matrimonio y para otorgar testamento. Estas limitaciones no pueden ser mantenidas, pues no solo no se motiva qué circunstancias concurren en D.ª Elsa para adoptarlas sino que, adoptadas genéricamente, son contrarias a los principios que rigen la protección de las personas con discapacidad.

a) Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el art. 665 CC, conforme al cual el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.

b) Para el matrimonio, hay que tener en cuenta que nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no contempla la privación de la capacidad para contraerlo ni en consecuencia prevé que la persona con capacidad limitada requiera autorización judicial para que compruebe su capacidad (art. 145 *Code civil* belga; en el Derecho francés, según los casos, el art. 460 del *Code* exige la autorización del juez, del curador o la del consejo de familia).

En ausencia de norma expresa que permita privar «in genere» de la capacidad para contraer matrimonio, debe considerarse que las personas con enfermedades mentales o deficiencias sí pueden contraerlo cuando puedan prestar válido consentimiento matrimonial, cuando posean la capacidad natural de entender y querer la unión matrimonial, lo que es posible tanto si la persona está incapacitada (lo confirma el art. 171.4.º CC) como cuando, sin estarlo, adolezca de alguna deficiencia psíquica. Así resulta del tenor del art. 56 CC vigente que exige que quienes deseen contraer matrimonio acrediten previamente que reúnen los requisitos de capacidad exigidos y, si alguno de los contrayentes está afectado por anomalías psíquicas, se exige dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento.

En la redacción del art. 56 CC dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio (y que todavía no está en vigor) se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. De esta forma, se refuerza el desarrollo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo art. 23 establece la obligación de los Estados parte de evitar la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio y la familia y, con este fin, reconocer «el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges».

En el mismo sentido, la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil en el año 2017, que recoge las opiniones de los expertos sobre la materia, en su 212-6.1, tras declarar que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, añade que «si alguno de los contrayentes, tenga o no su capacidad modificada, está afectado por trastornos o deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales que pueden afectar a su capacidad de entender y querer, el instructor del expediente matrimonial se asegurará de su aptitud para prestar el consentimiento mediante las pruebas que considere oportunas, tales como la entrevista personal, la audiencia del entorno más próximo, el informe social y el dictamen médico».

SEPTIMO.- A la vista de los hechos probados y, aplicando la doctrina de esta sala, procede estimar el motivo tercero del recurso y declarar que D.ª Elsa, como consecuencia de su enfermedad, precisa en el ámbito personal un apoyo que complementa su capacidad en el ámbito médico-sanitario, en todo lo relativo a la necesidad de ingresos hospitalarios, seguimiento de tratamiento, asistencia a las citas médicas y control de su medicación.

Ello, naturalmente, sin perjuicio de la aplicación cuando proceda de lo dispuesto en el art. 9.2.b) y en el art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente. El primero legitima a los facultativos para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Conforme al segundo, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. En todo caso, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, en los términos del art. 9.6 de la misma Ley.



A la vista de los informes médicos, la inhabilidad de D.^a Elsa se extiende en la sentencia de primera instancia, confirmada por la sentencia recurrida, a la tenencia y uso de armas, ámbitos en los que carece de sentido la actuación por representación pero también con asistencia del curador, por lo que se mantiene la sentencia.

Conserva el derecho de sufragio activo y pasivo.

Se mantiene la designación del Instituto Tutelar de Bizkaia realizada por la sentencia de primera instancia, mantenida por la Audiencia y no impugnada en este recurso pero, por lo dicho, en funciones de curador y para el ámbito médico-sanitario.

OCTAVO.- No se hace especial declaración en cuanto a las costas causadas por el recurso, conforme a lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398. LEC . No se hace especial declaración en cuanto a las costas de las instancias.

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 D.^a Elsa contra la sentencia dictada con fecha de 7 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4.^a), en el rollo de apelación n.º 89/2016 , dimanante de juicio de modificación de la capacidad n.º 1529/2014 del Juzgado de Primera instancia n.º 14 de Bilbao. **2.º-** Declarar la modificación parcial de la capacidad de obrar de D.^a Elsa , que se limita en la esfera personal al ámbito médico-sanitario, en todo lo relativo a la necesidad de ingresos hospitalarios, seguimiento de tratamiento, asistencia a las citas médicas y control de su medicación. Para complementar su capacidad necesita la asistencia de un curador, que será el Instituto Tutelar de Bizkaia. **3.º-** Queda inhabilitada para el uso y tenencia de armas. **4.º-** Conserva el derecho de sufragio activo y pasivo. **5.º-** No se imponen las costas del recurso de casación. No se hace especial declaración en cuanto a las costas de las instancias. 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.