



Roj: **STS 732/2018 - ECLI:ES:TS:2018:732**

Id Cendoj: **28079110012018100118**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2018**

Nº de Recurso: **4192/2016**

Nº de Resolución: **124/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 1903/2016,**
STS 732/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 124/2018

Fecha de sentencia: 07/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4192/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Bizcaia, sección 4ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4192/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 124/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller



D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 7 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia dictada con fecha de 13 de octubre de 2016 por la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4.^a), en el rollo de apelación n.º 178/2016, dimanante del juicio verbal sobre capacidad n.º 442/2015 del Juzgado de Primera instancia n.º 14 de Bilbao.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora D.^a Itziar Barandiaran Santamaría, en nombre y representación de D. Juan Pedro .

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida la procuradora del turno de justicia gratuita doña Aranzazu Fernández Pérez, en nombre y representación de don Juan Pedro .

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El Ministerio Fiscal, al amparo de lo dispuesto en los arts. 124-1º de la Constitución , 435-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, promovió demanda de juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias, adecuados y efectivos para su ejercicio, sobre D. Juan Pedro .

2.- Por Decreto de 11 de mayo de 2015, se admitió a trámite la demanda y se dio traslado a las partes para contestar.

3.- La procuradora de los tribunales D.^a Itziar Barandiarán Santamaría, en nombre y representación de D. Juan Pedro , contestó a la demanda y formuló oposición a la misma, suplicando al Juzgado:

«[...]se dicte sentencia por la que se desestime la demanda deducida de contrario, con expresa condena en costas.»

4.- El Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Familia de Bilbao, dictó sentencia el 9 de diciembre de 2015 , con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal frente a D. Juan Pedro , DNI NUM000 , debo declarar y declaro su capacidad parcialmente limitada en relación con la gestión de todo lo concerniente a la atención de su salud, en concreto, para decidir el ingreso en centro adecuado (necesidad de ingresos), seguimiento del tratamiento, acudir a las citas médicas, supervisión y control de la toma de su medicación; para el uso y porte de armas, manteniendo su capacidad para el ejercicio de derecho de sufragio.

»Se designa tutor de D. Juan Pedro al Instituto Tutelar de Bizkaia, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, debiéndosele dar posesión en legal forma del cargo de tutor, por lo que deberá comparecer, en este Juzgado, a tal fin. Deberá informar anualmente al Juzgado de la situación de incapaz.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de D. Juan Pedro , interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo dictar sentencia a la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao que dictó sentencia el 13 de octubre de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por DON Juan Pedro , representado por la Procuradora Dña. Itziar Barandiarán Santamaría, contra la sentencia dictada el 9 de diciembre de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de los de Bilbao , en los autos de Procedimiento sobre Modificación Judicial de la Capacidad nº 442/15, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma en cuanto a la adopción de medidas de protección y tutela en esfera personal referente a su salud y DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma en el sentido de adoptar medidas de protección a su patrimonio y economía, acordando que también precisa de la intervención del tutor para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, de aquellos actos de especial trascendencia (actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, testar, matrimonio, manejo de cantidades de dinero mayores de las habituales...), y supervisión y apoyo para



la administración de las pensiones que perciba, además de mantener la falta de capacidad para la obtención de licencia de armas y para la conducción de vehículos.

»Todo ello sin pronunciamiento de las costas procesales causadas.»

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1.- La representación procesal de D. Juan Pedro , interpuso recurso por infracción procesal y de casación, con base en los siguientes motivos:

Recurso extraordinario por infracción procesal:

Primero.- por infracción del art. 465.5 LEC , en concepto de la prohibición de la *reformatio in peius*.

Segundo.- por infracción del art. 465.5 LEC por incongruencia *extra petita*, al pronunciarse sobre cuestiones que no estaban planteadas en el recurso de apelación.

El recurso de casación se funda en un único motivo por vulneración del art. 215 CC .

2.- La sala dictó auto el 11 de octubre de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

«1.º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por don Juan Pedro contra la sentencia dictada con fecha de 13 de octubre de 2016 por la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 178/2016 , dimanante del juicio verbal sobre capacidad n.º 442/2015 del Juzgado de Primera instancia n.º 14 de Bilbao.

»2.º) Y entréguese copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, al Ministerio Fiscal.»

3.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal, emitió informe el 7 de diciembre de 2017, manifestó su oposición al recurso extraordinario por infracción procesal, interesando la estimación del recurso de casación.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 14 de febrero de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes para la decisión de los recursos los que se exponen a continuación.

1.- Los presentes recursos traen causa de la demanda promovida por el Ministerio Fiscal en la que se solicitaba la modificación judicial de la capacidad de D. Juan Pedro , por considerar que padecía un trastorno mental grave con ideación delirante de perjuicio.

Se instaba la adopción de los medios de apoyo (tutelar, curatela, defensor judicial, guarda u otro régimen que se considerara adecuado).

2.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró que D. Juan Pedro tenía su capacidad parcialmente limitada en relación con la gestión de todo lo concerniente a la atención de su salud, en concreto, para decidir el ingreso en centro adecuado (necesidad de ingresos, seguimiento de tratamiento, acudir a las citas médicas, supervisión y control de la toma de su medicación.

A ello añadía su limitación para el uso y porte de armas y le designaba tutor.

3.- La citada sentencia considera que existe esa incapacidad parcial a la vista del informe médico forense obrante en autos, de la exploración del demandado y demás pruebas venidas al pleito.

En concreto, el informe del médico forense concluye que el Sr. Juan Pedro presenta una patología mental, trastorno de ideas delirantes, que cercena su capacidad para conducirse según su libre voluntad en todo lo relacionado con su delirio pero con conductas normales respecto a lo demás, y precisa control médico psiquiátrico voluntario o involuntario, en su caso, para afinar el diagnóstico e instaurar un protocolo terapéutico eficaz al estar sin medicación.

Se estima, en lo ahora relevante, que en el «momento actual» es capaz para el gobierno de sus bienes.

4.- El demandado formuló recurso de apelación contra la anterior resolución defendiendo su plena capacidad en el orden personal y económico, no siendo necesario ningún medio de apoyo al mismo, en base a una errónea valoración de la prueba pericial forense y demás informes psicológicos que obran en autos e infracción del art. 200 del Código Civil . Su recurso de apelación contiene el relato de que el recurrente nada le impide gobernarse



por sí mismo, ya que dice que vive de forma independiente, aunque por causa de la crisis reside en el Albergue Municipal de Elejabarri, añadiendo que acude a las consultas médicas que le fijan en el Módulo Asistencial Psicosocial de Rekaldeberri, es decir, sostiene que es capaz de gestionar de forma eficaz y razonable todo lo concerniente a la atención de su salud, no siendo procedente la modificación su capacidad ni siquiera de forma parcial para la atención de su enfermedad, puesto que acudo por propia voluntad a todas las consultas médicas.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación e interesó la confirmación de la resolución impugnada.

5.- Por la Audiencia Provincial se desestimó el recurso de apelación, confirmando la resolución impugnada en cuanto a la adopción de medidas de protección y tutela en esfera personal referente a su salud, aunque revocando la misma, no obstante, en el sentido de adoptar medidas de protección del patrimonio del demandado y su economía, acordando la intervención de su tutor para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, de aquellos actos de especial transcendencia (actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, testar, matrimonio, manejo de cantidades de dinero mayores de las habituales...), y supervisión y apoyo para la administración de las pensiones que perciba, además de mantener su falta de capacidad para la obtención de licencias de armas y para la conducción de vehículos.

Considera la Sala de apelación que de acuerdo con el informe médico forense emitido en primer instancia, como del emitido en segunda instancia, el demandado apelante, padecería de un trastorno de ideas delirantes de perjuicio, sin conciencia de enfermedad y con difícil adherencia terapéutica, de carácter crónico e irreversible, incapacitándolo para el cuidado de su salud, así como la adopción de medidas de protección de su patrimonio y economía.

Literalmente afirma la Audiencia que:

«Efectivamente el dictamen pericial-forense practicado en esta alzada concluye que el trastorno delirante que padece el apelante lo incapacita para las actividades económico-jurídico-administrativas y para las disposiciones contractuales, y precisa supervisión para el manejo de dinero de bolsillo, además de no conservar capacidad para la conducción de vehículos ni la obtención de licencia de armas. Se recoge que el Sr. Juan Pedro ha perdido las habilidades económico-jurídico-administrativas (otorgar poderes, testamento, contratos, hacer trámites administrativos etc.) en aquellas situaciones que de algún modo estén relacionadas con su delirio, ya que su pérdida de contacto con la realidad puede hacer que tome decisiones erróneas, lo que ha sido explicado por el Médico forense en el acto de la vista.»

6.- La representación procesal del demandado interpuso contra la anterior sentencia de apelación recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

7.- El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en dos motivos, al amparo del ordinal 2º del art. 461.1 , 2º LEC .

El primero por infracción del art. 465.5 LEC , en concreto de la prohibición de la *reformatio in peius* , en la que habría incurrido la sentencia de la audiencia a causa de haber recurrido el demandado la sentencia de la primera instancia, sin que por el Ministerio Fiscal se hubiera formulado impugnación al recurso, por lo que la sentencia de apelación empeora la situación del apelante.

El segundo, y por la misma causa, por infracción del art. 465.5 LEC por incongruencia *extra petita*, al pronunciarse sobre cuestiones que no estaban planteadas en el recurso de apelación.

Como corolario de ambos motivos, solicita que se anule la sentencia recurrida y se repongan las actuaciones al estado y momento anterior en que se cometió la infracción, para que la Audiencia se pronuncie solo sobre los términos en que fue planteado el recurso de apelación.

8.- El recurso de casación se funda en un único motivo por vulneración del art. 215 CC y doctrina jurisprudencial de la sala civil del Tribunal Supremo dictadas en las fechas de 16 de septiembre de 1999 y 20 de octubre de 2014 (S. 544/2014).

En el desarrollo del motivo se postula una doble pretensión:

Como principal la de que se considere al recurrente absolutamente capaz para decidir sobre sus bienes y su salud, siendo innecesario el régimen de tutela instituido en la sentencia.

Como subsidiaria que la sala acuerde el ámbito de operatividad de la curatela.

9.- La sala dictó auto el 11 de octubre de 2017 por el que admitió ambos recursos.



10.- El Ministerio Fiscal con cita de jurisprudencia de esta sala, solicitó la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la estimación del recurso de casación en el sentido de que los apoyos de la sentencia recurrida queden subsumidos en la institución de la curatela.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala.*

1.- Como la cuestión jurídica que subyace es similar, vamos a ofrecer una respuesta común a ambos motivos.

2.- La sala ha tenido ocasión de pronunciarse tanto sobre el vicio de incongruencia como de la *reformatio in peius*, en relación con el ámbito del recurso de apelación.

3.- Respecto de la relevancia constitucional del vicio de incongruencia hay que señalar que se produce por entrañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (STC de 18 de octubre de 2004). En esta línea el Tribunal Constitucional ha reiterado que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que sea imputable y que tenga su origen en actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que la indefensión sea causada por la actuación incorrecta del órgano jurisdiccional (STS de 25 de junio de 2015, Re. 2668/2013).

Al relacionar el anterior principio con el dispositivo, cabe afirmar que: «es retirada la jurisprudencia que señala que la Audiencia Provincial sólo puede revisar el pleito, asumiendo funciones de instancia tanto en cuestiones fácticas como jurídicas, si la controversia se reproduce o subsiste en esa segunda instancia (por todas, STS de 6 de julio 2006 Re. 3914/1999 , según cita la STS 610/2010. de 1 de octubre).

El tribunal de apelación no puede, pues, resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, pues, en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum* [sólo se defiere al Tribunal Superior aquello que se apela] (SSTS de 12 de mayo 2006 , Re. 2915/1999, de 1 de diciembre de 2006 , Re. 445/2000, de 21 de junio de 2007 , Re. 2768/2000), los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnada deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia, y así viene a confirmarlo la reciente sentencia 331/2016 de mayo.

La sentencia del Tribunal Constitucional 212/2000, de 18 de septiembre calificó con precisión la apelación en estos términos: «la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts. 862 y 863 LEC), como una *revisio prioris instantiae*, en la que el Tribunal superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius*, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*) (ATC 315/1994, de 21 de noviembre , y SSTC 3/1996, de 15 de enero , y 9/1 998 , de 13 de enero. (Sentencia 707/2016, de 25 de noviembre).

La sentencia 532/2013, de 19 de septiembre , sienta doctrina en la que se clarifica el ámbito del recurso de apelación a tales efectos.

La sentencia 481/2010, de 25 de noviembre razona sobre ambas cuestiones, tan estrechamente relacionadas entre sí, lo siguiente:

Esta Sala tiene reiteradamente declarado que el tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, pues, en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum* [solo se defiere al tribunal superior aquello que se apela] (SSTS de 12 de mayo de 2006, recurso n.º 2915/1999 , 1 de diciembre de 2006, recurso n.º 445/2000 , 21 de junio de 2007, recurso n.º 2768/2000), los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnatoria deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia so pena de incurrir en una *reformatio in peius* o reforma peyorativa que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia *extra petita* [más allá de lo pedido] (SSTS de 17 de abril de 2007, recurso n.º 1007/2000 . STS 24 de marzo de 2008, recurso n.º 100/2001).

4.- Sin embargo, en procedimientos como el presente no podemos olvidar su especial naturaleza, ya que la principal función que tienen en ellos los tribunales es velar por los derechos de las personas demandadas, de forma que solo se limiten, aquellos derechos en la medida que sea para su protección.

Consecuencia de lo anterior es que la ampliación de apoyos a la persona con discapacidad, si es para su mejor protección, no puede calificarse de perjudicial para ella, pues los tribunales que conocen del litigio, por vía del

recurso, deben tener como guía ese interés de protección del incapaz y revisar si, en ese orden, la resolución que se somete a su revisión se ha excedido, por innecesaria, en la protección, o en su caso, existen ámbitos no protegidos y que deben estarlo en beneficio del incapacitado parcialmente.

Así se desprende tanto legal como jurisprudencialmente.

La sentencia 244/2015, de 13 de mayo, citada por el Ministerio Fiscal, afirma que:

«El juicio de incapacidad 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.

»El art. 200 CC, que regula las causas de incapacitación (" *las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma* "), y el art. 760.1 LEC, que regula la incapacitación judicial, deben ser interpretados bajo la consideración de que la persona con discapacidad "sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección", en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona (Sentencias 282/2009, de 29 de abril, y 341/2014, de 1 de julio).

»La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. 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. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa 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. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. 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).

»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.»

Por tanto 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 LEC.

La sentencia 597/2017, de 8 de noviembre, afirma que:

«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.»

Se aprecia que, en aras al fin de protección que se persigue de la persona con discapacidad, se flexibiliza el procedimiento ordinario en relación con la doble instancia, pues (STS 373/2016, de 3 de junio) «para que



funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución».

Se trata de lo que la sala ha calificado de un traje o trajes a medida y «ello exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones»

5.- En atención a lo expuesto el recurso extraordinario por infracción procesal no se estima.

Se aprecia que lo que, en esencia, postula el Ministerio Fiscal en su demanda, es que se modifique la capacidad del demandado por padecer un trastorno mental grave con ideación delirante de perjuicio, pero en cuanto a la adopción de los medios de apoyo se somete al régimen que el tribunal considere adecuado, y de ahí que no recurriese.

El Tribunal de apelación decide por sentencia de 13 de octubre de 2016 sobre la sentencia de primera instancia de 9 de diciembre de 2015, esto es, diez meses después, con valoración de un nuevo informe del médico forense y una nueva exploración de la persona demandada, y en aras a la protección de ésta y actualización de su estado por el tiempo transcurrido, amplía los apoyos a la esfera patrimonial, en su beneficio.

Recurso de Casación.

TERCERO.- *Decisión de la Sala.*

1.- La primera pretensión del recurso de casación peca de quedarse en la formulación, sin rigor en el planteamiento de la discrepancia.

La inmediatez con la que se han practicado y valorado en la instancia las pruebas y audiencias preceptivas a que se refiere el art. 759 LEC, ha permitido a la sentencia recurrida considerar acreditada tanto la enfermedad como la situación actual de anormalidad en la vida diaria y de riesgo real e inminente para el recurrente.

La sentencia obtiene unas conclusiones fácticas del nuevo examen y valoración de la prueba practicada en el acto del juicio y de la repetición de las pruebas practicadas en la segunda instancia sin incurrir en error patente o en inferencias irracionales o arbitrarias. Como ha recordado la sala, en la valoración de la prueba practicada en los procesos de modificación judicial de la capacidad, el juez goza de una gran discrecionalidad que debe justificar en la motivación de la sentencia, en la que ha de exponer cómo ha llegado a determinada convicción psicológica (sentencias 244/2015, de 13 de mayo, 557/2015, de 20 de octubre, 216/2017, de 4 de abril).

Así ha obrado el Tribunal de apelación, según se ha recogido literalmente en el resumen de antecedentes.

2.- Por el contrario, y en sintonía con el Ministerio Fiscal, se ha de estimar el recurso de casación en el extremo de que es más favorable para la persona demandada, incapacitada parcialmente, la curatela en vez de la tutela.

La tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales (STS 1 de julio de 2014), si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por la curatela (SSTS de 20 octubre 2014 ; 11 de octubre de 2011 ; 30 de junio de 2014 ; 13 de mayo de 2015 , entre otras), en el entendimiento (STS 27 noviembre de 2014) que en el Código Civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que el amparo de lo previsto en el artículo 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad.

Si se atiende a los hechos que han quedado probados la institución que más se adecua a las limitaciones del recurrente es la curatela. 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).

Como ya decidió la Sala en supuesto extrapolable al presente, en sentencia de 24 de junio de 2013, Rc. 1220/2012 , los hechos que en síntesis se han expuesto, fruto de la valoración de la prueba practicada, conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SSTS 29 de abril y 11 de octubre de 2009).

Es lo que más se compadece con la distinción que respecto a la procedencia de la tutela o la curatela hicimos en la sentencia 341/2014 de 1 de julio .

3.- No se extenderá la curatela a los actos de disposición mortis causa, al ser el testamento un acto personalísimo y no especificase por la sentencia recurrida cual sería la intervención del tutor, ahora curador, ni tampoco a la autorización para que el incapaz contraiga matrimonio, según se ha pronunciado la sala en la sentencia 597/2017, de 8 de noviembre .

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC se impone al recurrentes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se imponen al mismo las costas del recurso de casación.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Juan Pedro contra la sentencia dictada con fecha de 13 de octubre de 2016 por la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 178/2016 , dimanante del juicio verbal sobre capacidad n.º 442/2015 del Juzgado de Primera instancia n.º 14 de Bilbao.

2.º- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Juan Pedro contra la mencionada sentencia.

3.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de quedar sujeto el demandado, parcialmente incapacitado, a la institución de la curatela, pero sin que la intervención del curador se extienda a los actos de disposición mortis causa, ni a la autorización para contraer matrimonio.

4.º- Se impone a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se le imponen las costas del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.