



Roj: **STS 1894/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1894**

Id Cendoj: **28079110012021100308**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/05/2021**

Nº de Recurso: **2235/2020**

Nº de Resolución: **269/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 269/2021

Fecha de sentencia: 06/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2235/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 24.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 2235/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 269/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

En Madrid, a 6 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.ª Justa , representada por el procurador D. Rodolfo González García, bajo la dirección letrada de D. Francisco Muñiz Reche, contra la sentencia n.º 770, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 37/2019, dimanante de



las actuaciones de juicio de incapacidad n.º 1981/2017, del Juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El Ministerio Fiscal promovió demanda de juicio especial sobre determinación de la capacidad de obrar, medios de apoyo y salvaguardias, adecuados y efectivos para su ejercicio, de D.ª Justa , en la que solicitaba al juzgado:

"[...] 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, NOMBRANDOSE DEFENSOR JUDICIAL A SU HERMANO DON Gregorio . 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. NOMBRAMIENTO QUE HABRÁ DE RECAER EN SU HERMANO DON Gregorio .

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 4 de diciembre de 2017, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid, se registró con el n.º 1981/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la demanda.

3.- El procurador D. Rodolfo González García, en representación de D.ª Justa , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte en su día sentencia desestimatoria de dicha demanda".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid dictó sentencia de fecha 25 de septiembre de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda presentada por el Ministerio Fiscal, procede efectuar los siguientes pronunciamientos:

1º.- Declarar al demandado D./Dña. Justa en estado civil de incapacidad parcial limitada:

. A los actos de disposición.

. A los actos de extraordinaria administración.

. Al manejo de medicamentos.

. Al ámbito de la salud mental y prestación de consentimiento informado.

2º.- Someter al demandado D./Dña. Justa a régimen de tutela designando tutor a su hermano D. Sergio .

Todo ello sin efectuar expresa condena en costas, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*



- 1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Justa .
- 2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 37/2019 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 5 de septiembre de 2019, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto Da Justa representada por el Procurador D. Rodolfo González García contra la sentencia de fecha 25 de septiembre de 2018, del Juzgado de 1^a Instancia no 65 de Madrid; en procedimiento de Incapacidad no 1981/2017; debemos REVOCAR Y REVOCAMOS en parte la expresada resolución, y en su virtud se acuerda nombrar tutora de la parte recurrente doña Justa , a la Agencia Madrileña para Tutela de Adultos.

Sin hacer expresa imposición a ninguna de las partes de las causadas en esta instancia".

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

- 1.- El procurador D. Rodolfo González García, en representación de D.^a Justa , interpuso recurso de casación. Los motivos del recurso de casación fueron:

"MOTIVO PRIMERO: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración, por aplicación indebida, de los artículos 199, 200, 215 y 222 del Código Civil y 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre esta materia que considera que el citado artículo 200 del Código Civil establece como causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico siempre que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la persona afectada por sí misma; infracción que vulnera, a su vez, los artículos 10 (respecto a la dignidad de la persona) y 14 (respecto a la igualdad ante la Ley) de la Constitución Española. Todo ello, en relación con el artículo 477.2.3º de la L.E.C. al presentar la resolución de este recurso interés casacional.

MOTIVO SEGUNDO: Subsidiariamente y únicamente para el caso de que no se estime el anterior Motivo, se alega al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 215, 287, 289, 290 y 291 del Código Civil; todo ello en relación con el artículo 477.2.3º de la L.E.C. al presentar la resolución del recurso interés casacional".

- 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 personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de noviembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por doña Justa contra la sentencia dictada con fecha de 5 de septiembre de 2019, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.^a), en el rollo de apelación n.º 37/2019 dimanante del procedimiento de modificación de capacidad de la capacidad de obrar n.º 1981/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid.

2.º) Y entréguense copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, al Ministerio Fiscal, a los efectos oportunos.

Contra esta resolución no cabe recurso".

- 3.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal que procedió a la presentación del correspondiente escrito.
- 4.- Por providencia de 5 de marzo de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 28 de abril del presente, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

1.- El objeto del proceso

Es objeto del proceso la demanda de modificación de capacidad, que es promovida por el Ministerio Fiscal, a los efectos de determinar la capacidad jurídica de la demandada, las concretas medidas de apoyo que, en su caso, fueran precisas para su conservación y ejercicio, así como se precisasen los concretos actos que requiriesen la intervención y auxilio de otra persona, ya sea a través del mecanismo jurídico de la tutela o de la curatela o por medio del nombramiento de un defensor judicial o guardador de hecho, postulando para tales cargos al hermano de la demandada D. Gregorio .



Durante la sustanciación del procedimiento en primera instancia se practicó informe médico forense de cuyas conclusiones resulta:

"(i) La demandada está diagnosticada de esquizofrenia paranoide,

(ii) Que éste es un estado crónico y persistente,

iii) Que precisa de la supervisión y ayuda de terceros en las siguientes áreas:

a) Habilidades de la vida independiente:

-Sí puede realizar las actividades básicas de la vida diaria (aseo, personal, etc).

-Sí puede realizar, las actividades instrumentales cotidianas.

b) Habilidades Económico-Jurídico-Administrativas:

- Sí reconoce su situación económica.

-PARCIALMENTE tiene capacidad para tomar decisiones de contenido económico: seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.

-Sí tiene capacidad para el manejo diario de dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor,

c) Habilidades sobre la salud:

- NO tiene capacidad para el manejo de medicamentos.

- Sí tiene capacidad para seguimiento de pautas alimenticias.

-Sí tiene capacidad para el autocuidado: cuidado de heridas, úlceras, etc.

-NO tiene capacidad para consentimiento de tratamiento, dado que en el momento actual no tiene conciencia plena de enfermedad.

d) Habilidades en relación con el propio procedimiento:

- PARCIALMENTE tiene conocimientos del objeto del procedimiento.

- PARCIALMENTE tiene conocimiento sobre sus consecuencias.

e) Capacidad contractual:

-PARCIALMENTE tiene conocimiento y comprensión suficiente de determinados actos, como préstamos, donaciones, cualesquiera actos de disposición patrimonial.

f) Sí posee actualmente las habilidades necesarias para ejercer el derecho de sufragio.

4. Que desde el punto de vista Médico-Forense, esta persona en el momento actual carece parcialmente de las habilidades necesarias para administrar sus propios bienes.

5. Que dada la cronicidad y las características de su patología, sería adecuado que una tercera persona se encargara de supervisar la correcta administración de la medicación, la asistencia a consultas y su seguimiento psiquiátrico en genera".

2.- La sentencia de primera instancia

Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, con oposición de la demandada, tras la práctica de las pruebas legalmente exigibles al respecto, consistentes en el informe médico, audiencia de los familiares más próximos y reconocimiento personal de la demandada, por el juzgado se dictó sentencia en la que se declaró:

i) Que la demandada se encuentra afecta al estado civil de incapacidad parcial limitada con respecto: a) a los actos de disposición; b) a los actos de extraordinaria administración; c) al manejo de medicamentos y d) al ámbito de la salud mental y prestación de consentimiento informado.

ii) Someter a la demandada al régimen de tutela, con designación de tutor a su hermano Sergio .

3.- La sentencia de segunda instancia

Contra dicha resolución se interpuso por la demandada el correspondiente recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid.

El recurso se fundamentó, en síntesis, en la existencia de un error en la valoración de la prueba, al entender la recurrente que se encontraba en el pleno goce de su capacidad, sin limitación justificada que requiriese la adopción de alguna medida de apoyo. Sostuvo que no sufría una enfermedad crónica, ni persistente, que



le impidiese gobernarse por sí misma, lo que además venía haciendo, con plena autonomía, tanto en la esfera personal como patrimonial. Y, subsidiariamente, que se atribuyese la condición de tutora a la Agencia Madrileña para la asistencia de Adultos, pues no guarda buena relación con sus hermanos.

La Audiencia Provincial, valorando *ex novo* la prueba practicada, así como la preceptivamente llevada a efecto ante el propio tribunal de apelación, dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el juzgado, al entender que había quedado debidamente acreditada la esquizofrenia paranoide, la cual era tributaria, según los dictámenes periciales, exploración llevada a efecto y audiencia de familiares, de unas medidas de apoyo para suplir su incapacidad parcial con respecto a las habilidades determinadas en primera instancia. No obstante, ante los problemas de relación existentes con sus hermanos, consideró oportuno que la tutela fuera asumida por la Agencia Madrileña para la asistencia de Adultos.

4.- Recurso de casación

Contra la precitada sentencia se interpuso por la demandada el presente recurso de casación, que compartió el Ministerio Fiscal, únicamente, por lo que respecta a que el mecanismo tuitivo de apoyo que requiere la asistencia que precisa de la recurrente, corresponde a la curatela y no al específico de la tutela determinado por los tribunales de instancia, lo que se justificó con la oportuna cita legal y jurisprudencial.

SEGUNDO.- Examen del primero de los motivos del recurso de casación interpuesto

1.- Interposición y desarrollo

El recurso se fundamenta en la existencia de interés casacional por vulneración de lo dispuesto en los arts. 199, 200, 215 y 222 del CC y 760 de la LEC, con cita de la correspondiente doctrina jurisprudencial, así como los arts. 10 de la CE (respecto de la dignidad de las personas) y 14 CE (igualdad ante la Ley).

En su desarrollo se sostiene, en síntesis, que la demandada goza de autonomía plena para regir su persona y bienes como lo viene haciendo hasta la actualidad. Afirma también la recurrente que observa las correspondientes pautas médicas con la oportuna ingesta de la medicación correspondiente. La demandada vive sola, se encarga de todas las tareas domésticas, es pensionista por incapacidad permanente absoluta, estuvo ingresada en distintas ocasiones en la Fundación Jiménez Díaz, Hospital Gregorio Marañón y Clínica López-Ibor de Madrid y sometida a tratamiento ambulatorio por razón de su enfermedad, pero colaborando siempre con el personal sanitario y siguiendo sus indicaciones.

En conclusión, argumenta que lleva y puede seguir llevando una vida autónoma, tomando sus propias decisiones y administrando su patrimonio, ya que presenta una aptitud suficiente para asumir todo tipo de responsabilidades en el control y autogobierno de su persona y de sus bienes. Realiza y puede seguir realizando una vida normal, no precisando cuidados especiales más allá de su medicación diaria, por lo que es plenamente capaz de gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, como ha hecho hasta ahora durante sus 55 años de vida, lo que implica que, en este caso, no está justificada la solicitud de modificación de su capacidad ni, en consecuencia, el nombramiento de tutor, por no resultar esa declaración, ni ese nombramiento en absoluto necesarios. Impugna los informes médicos forenses practicados que califica de erróneos.

La recurrente considera vulnerado el art. 200 del CC, puesto que para la declaración de una situación de modificación de la capacidad no basta un diagnóstico médico de una enfermedad o deficiencia psíquica, sino que lo importante son los efectos que tal patología produzca en la capacidad de autogobierno que, en este caso, no concurre negativamente. Se sostiene además que no padece una enfermedad crónica, ni persistente, pues con la ayuda de los especialistas realiza una vida satisfactoria y social adaptada. Sólo padece una enfermedad cíclica o transitoria que, incluso, en los momentos más críticos le ha permitido mantener incólumes sus capacidades y habilidades.

Se cita, también, la correspondiente jurisprudencia que sostiene el carácter restrictivo de la declaración de modificación de la capacidad y, especialmente, la doctrina de la sentencia 216/2017, de 4 de abril.

2.- Consideraciones previas, tratamiento jurídico dispensado a la discapacidad y el impacto del Convenio de Nueva York

A los efectos resolutorios del presente motivo de casación, hemos de partir de la base de que está absolutamente superado el tratamiento jurídico que se le venía dispensando a la discapacidad, basado en la adopción de decisiones maximalistas que optaban, de forma indiscriminada, por mecanismos de sustitución a través de la generalización de la tutela, como modelo de representación absoluta y permanente. Se partía entonces de la falaz consideración de que la sentencia de incapacitación total no perjudicaba a la persona declarada incapaz, pues tal mecanismo tuitivo tarde o temprano debería desplegar sus efectos, por lo que era mejor prevenir cuanto antes necesidades futuras. En definitiva, si simplemente se pretendía proteger cuanta más protección mejor, por lo que ningún daño colateral se podría causar.



Según esta concepción, durante mucho tiempo dominante, personas que adolecían de ciertas deficiencias en la esfera personal o patrimonial eran totalmente inhabilitadas para la vida social, con la correlativa anulación de sus capacidades de autodeterminación, equivalentes a su muerte civil. Situación que se producía dado que, los entonces denominados procesos de incapacitación, se dirimían bajo la dicotomía capaz/incapaz, blanco/negro, cuando las deficiencias de las personas con discapacidad se reconducen, en la mayoría de los casos, a distintos matices del gris. Se imponía una talla única, sin que, por lo tanto, la resolución judicial adoptada respondiese al paradigma del "traje a medida", mediante la determinación de los concretos apoyos necesarios para que la persona, proporcionalmente a sus deficiencias, pudiera ejercer su autonomía conservando su dignidad como ser humano.

En el modelo expuesto, se prescindía, de manera injustificada, del hecho notorio de que las personas con discapacidad no conforman un colectivo homogéneo sino dispar, y como tal tributario de una consideración individualizada. Se ignoraba indebidamente que todos somos diversos y que cada persona con discapacidad es diferente.

Este rechazable modelo de respuesta única, a través de la incapacitación total, ha sido refutado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias de 27 de marzo de 2008, asunto Chtoukatourov c/Rusia y de 22 de enero de 2013, asunto Lashin c/Rusia, remitiéndose a los principios relativos a la protección jurídica de los mayores formulados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación R (99), 4, de 23 de febrero de 1999, según los cuales la legislación debe prever una respuesta individualizada para cada caso concreto. En función de ello, se consideró que la circunstancia de que la ley rusa sólo conocía dos supuestos, la plena capacidad y la incapacitación total, sin contemplar situaciones intermedias, vulneraba el Convenio de 1950.

En el panorama expuesto, sería necio negar que existen determinadas deficiencias o enfermedades que, en sus últimas fases de evolución o por sus características propias, requieren la adopción de intensos y extensos mecanismos de protección, en atención a la necesidad de sustituir la decisión de quien no puede prestarla por sí mismo por medio de instrumentos de representación obligada como la tutela; pero de ahí, a consagrar normativa o jurisdiccionalmente decisiones maximalistas, a negar de forma indiscriminada los ámbitos de autonomía que conserva la persona en diferentes grados, media un abismo.

A esta pretensión tuitiva de la autonomía de las personas, enraizada con la dignidad que ostentamos los seres humanos, responde el preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, suscrito por España y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, cuando reconoce "que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye vulneración de la dignidad y el valor inherente del ser humano" y "reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones".

En efecto, es obvia manifestación de la dignidad humana la facultad de autodeterminación, de ser protagonista de la propia existencia, de adoptar las decisiones más trascendentes que marcan nuestro curso vital, de vivir conforme a nuestros deseos, sentimientos y aptitudes en la medida en que podamos satisfacerlos. En congruencia con ello, a las personas que sufren deficiencias físicas o psíquicas no se les puede privar injustificadamente de la facultad de adoptar decisiones propias, de ser seres autónomos, de elegir la forma en la que desean vivir en coherencia con sus creencias y valores.

En el contexto expuesto, se inserta el precitado Convenio de Nueva York, en cuyo artículo 12.1 se dispone que: "Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica". Y, en el apartado 2, de dicho precepto, se norma que: "Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida". En este sentido, la capacidad jurídica se identifica con la denominada capacidad de obrar.

Es mérito del Tratado reconocer a las personas, que presentan disfunciones, la misma capacidad jurídica de la que gozan las otras personas que no sufren deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo en los términos del art. 1.1 del Convenio, sin perjuicio de que, para el concreto ejercicio de los derechos, precisen un sistema de apoyos. Así se dispone, en el apartado 3 del tantas veces invocado art. 12, según el cual: "los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica", que no olvidemos ostentan en igualdad de condiciones con los demás. A tales efectos, se adoptarán los apoyos variables, flexibles y proporcionados, las denominadas salvaguardias, a las que se refiere el art. 12.4, en los términos siguientes:

"Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho



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

Con ello no se pretende, como se ha escrito, que las personas con discapacidad tengan derechos específicos por ser diferentes (proceso de especificación), sino simplemente de que disfruten de los mismos derechos que el resto de las personas en igualdad de condiciones (proceso de generalización), con las medidas de apoyo que, en su caso, sean necesarias a tales efectos.

La vigencia del Convenio de Nueva York, considerado como el gran tratado de derechos humanos del siglo XXI, determinó la necesidad del pronunciamiento de esta Sala sobre la compatibilidad del sistema tutelar español con la precitada Convención, lo que se llevó a efecto mediante sentencia de Pleno 282/2009, de 29 abril, en la que se descartó que nuestro procedimiento de modificación de la capacidad y de constitución de tutela o curatela sean discriminatorios y contrarios a los principios del tratado, que no resultaba, por consiguiente, derogado, y así declaramos que:

"El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: "1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada".

Dicha doctrina fue ratificada en sentencias posteriores como, por ejemplo, las 716/2015, de 15 de julio y 298/2017, de 16 de mayo, entre otras.

Finaliza el apartado 5 del precitado art. 12 del Convenio que:

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

3.- Principios jurisprudenciales derivados de la suscripción del Convenio

El nuevo panorama normativo, fruto además de la nueva concepción social sobre la discapacidad y la protección de los derechos fundamentales, que se encuentran bajo la tutela efectiva de esta Sala, motivó un sólido cuerpo jurisprudencial asentado en los principios que podemos sistematizar de la forma siguiente:

A) Principio de presunción de capacidad de las personas.

Conforme a tal regla a toda persona se le debe presumir capaz para autogobernarse, en tanto en cuanto no se demuestre, cumplidamente, que carece de las facultades para determinarse de forma autónoma (sentencias 421/2013, de 24 de junio; 235/2015, de 29 de abril; 557/2015, de 20 de octubre y 145/2018, de 15 de marzo).

En cualquier caso, hemos de partir de la indiscutible base de que una conducta extravagante, inusual o desviada no es sinónima de enajenación (STEDH dictada en el caso Winterwerp, de 24 de octubre de 1979).

B) Principio de flexibilidad.

El sistema de protección no ha de ser rígido, ni estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y, además, constituir una situación revisable (sentencia 282/2009, de 29 de abril). "Debe ser un traje a medida" (sentencias 341/2014, de 1 de julio y 244/2015, de 13 de mayo). Responder a una "valoración concreta y particularizada de cada persona" (sentencias 557/2015, de 20 de octubre y 373/2016, de 3 de junio). En definitiva, a situaciones diversas medidas individualizadas diferentes.

En este sentido, se expresa más recientemente la sentencia 458/2018, de 18 de julio, cuando señala:

"El juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las



personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta sala ha calificado como traje a medida (sentencias 341/2014, de 1 de julio; 552/2017, de 11 de octubre; 124/2018, de 7 de marzo; 118/2018, de 6 de marzo) que es a lo que debe conducir el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona".

C) Principio de aplicación restrictiva.

La incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta (sentencias 421/2013, de 24 de junio y 544/2014, de 20 de octubre). La privación de derechos sólo es factible como sistema de protección (sentencias 341/2014, 1 de julio y 716/2015, de 17 de diciembre). La pérdida del sufragio no es una consecuencia necesaria de la declaración de modificación de la capacidad (sentencias 421/2013, de 24 de junio; 181/2016, de 17 de marzo y 373/2016, de 3 de junio).

D) Principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales.

La modificación de la capacidad, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio (sentencias 617/2012, de 11 de octubre; 421/2013, de 24 de junio; 341/2014, 1 de julio, 544/2014, de 20 de octubre; 244/2015, de 13 de mayo; 216/2017, de 4 de abril y 118/2018, de 6 de marzo).

En el preámbulo de la Convención se hace referencia a que la misma se pacta "reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso"; y, en su art. 1.1, podemos leer que "el propósito de la presente Convención es 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".

E) Principio del interés superior de la persona con discapacidad.

El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros.

A dicho principio se refiere la sentencia 458/2018, de 18 de julio, cuando señala:

"El interés superior del discapacitado - sentencias 635/2015, 19 de noviembre 2015; 403/2018, de 27 de junio-, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapacitado en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado".

El juicio de modificación de la capacidad 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 con discapacidad mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica (sentencias 341/2014, de 1 de julio, 244/2015 de 13 mayo, 557/2015 de 20 octubre, 597/2017, de 8 de noviembre y 654/2020, de 3 de diciembre, entre otras).

F) Principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad.

No deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible, ha de ser respetado, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada. En cualquier caso, es necesario determinar que la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que se padece, fuente de la necesidad de apoyos.

La sentencia 487/2014, de 30 de septiembre, respeta la voluntad de la discapacitada sobre la elección de curador en la persona de su hijo, frente al nombramiento de la hija, acordado en la sentencia de la Audiencia Provincial, que se casa, tomando en consideración los arts. 223 y 234 CC, Real Decreto Ley 1/2013, y también



el art. 3 del Convenio, relativo a la necesidad de respetar "la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones".

Después de la Convención y en su mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, establece en su artículo 3. a) como principio de actuación "El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas".

G) Principio de fijación de apoyos.

Es resultado de la evolución del sistema de sustitución en la adopción de decisiones por otro basado en la determinación de apoyos para tomarlas, que puede abarcar todos los ámbitos de la vida tanto personales, económicos y patrimoniales, que recibe una consagración normativa en la Convención de Nueva York (sentencias 698/2014, de 27 de noviembre; 553/2015, de 14 de octubre y 373/2016, de 3 de junio).

En este sentido, la sentencia 298/2017, de 16 de mayo, cuya doctrina cita y reproduce la ulterior sentencia 597/2017, de 8 de noviembre, sintetizando la jurisprudencia de la sala, señala que 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).

La jurisprudencia se ha pronunciado también en el sentido de que el sistema de apoyos 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 (sentencias 298/2017, de 16 de mayo y 654/2020, de 3 de diciembre, entre otras), los cuales deben interpretarse además conforme a los principios de la Convención, según el grado de intensidad de la intervención, la entidad del apoyo o la necesidad de la sustitución se adoptará el mecanismo tuitivo correspondiente.

4. Desestimación del motivo del recurso de casación.

Se considera, por la recurrente, que no se ha aplicado la regla general de la presunción de la capacidad de las personas y que no importa la denominación de la enfermedad que se sufra sino la incidencia de la misma en la capacidad de autodeterminación. Se reputa en tal sentido vulnerado lo dispuesto en el art. 200 del CC, según el cual son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Este motivo de recurso no puede ser estimado. No cabe hacer supuesto de la cuestión, y de la prueba practicada, constituida por coincidentes informes periciales médicos forenses, rendidos en primera y segunda instancia, salvo la existencia de un mero error carente de consecuencias por una remisión indebida, consta como la demandada sufre y así se declara probado, desde que tenía 30 años de edad, de esquizofrenia paranoide, que es una enfermedad crónica y persistente, buena muestra de ello es que lleva a tratamiento continuo en los últimos 25 años, con medicación constante, y con brotes psicóticos, que responden a descompensaciones de su cuadro clínico, tributarias de ingresos psiquiátricos hasta alcanzar de nuevo la estabilización. A consecuencia de tal enfermedad, se halla afecta además a una declaración de incapacidad permanente absoluta, siendo perceptora de la correspondiente pensión del sistema público de la seguridad social.

Según el informe médico forense la demandada padece una patología permanente e irreversible, aunque puedan existir fases de mejoría en la que son escasamente apreciables los síntomas de la enfermedad, que contrastan con fases de agudización, de descompensación psicótica. La esquizofrenia paranoide es permanente, evoluciona por brotes.

No se puede considerar pues vulnerado el art. 200 del CC. La modificación de la capacidad jurídica declarada por la Audiencia se ha acordado mediante sentencia y por causa prevista en la ley, con respeto, por consiguiente, de los principios de jurisdiccionalidad y legalidad proclamados en el art. 199 del CC, que, en consecuencia, tampoco cabe considerarlo infringido. La infracción de los arts. 215 y 222 es propia del segundo motivo de casación.

Igualmente se alega como vulnerada la presunción de capacidad que, como hemos visto, corresponde a toda persona física. Se alega, en tal sentido, que no importa tanto la enfermedad que se sufra sino su repercusión en la capacidad de autogobierno.

En definitiva, lo que se debe dirimir bajo el juego de dicha presunción es si la persona cuenta con la capacidad suficiente para adoptar decisiones autónomas en los distintos ámbitos de la actividad humana, lo que conforma un proceso complejo modulado por las emociones y la motivación, que requiere disfrutar de habilidades cognitivas, tales como la atención y comprensión, contar con la información



autobiográfica, episódica y semántica almacenada en la memoria, poseer la capacidad necesaria para valorar las consecuencias de los actos asumidos, integrar toda la información mediante procesos de razonamiento abstracto y expresar la decisión finalmente adoptada de forma comprensible y tener la posibilidad de ejecutarla; o si, por el contrario, en función de las concretas deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo padecidas, precisa contar con los apoyos oportunos para ejercitar la autonomía que como persona le corresponde.

Una conducta plenamente autónoma es aquella que no está sometida a coerción externa, ni condicionada internamente por compulsiones anómalas provenientes de delirios, alucinaciones o graves episodios del ánimo. En cualquier caso, el principio de presunción de capacidad exige que contemos con los correspondientes informes acreditativos de que la persona se encuentra afectada a una discapacidad tributaria de la fijación de medidas de apoyo.

Pues bien, en tal sentido, se ha practicado la correspondiente prueba pericial, con base a la cual las sentencias del Juzgado y la Audiencia han declarado la modificación parcial de la capacidad de la demandada con respecto a determinadas habilidades personales y patrimoniales de autogobierno, así como la necesidad de contar con apoyos para preservar su capacidad jurídica. En efecto, constatada la falta de conciencia de la enfermedad, la existencia de apoyos en la esfera del manejo de medicamentos y de prestación de consentimiento para el tratamiento necesario a la patología sufrida, determina la bondad de tal medida fijada con una finalidad tuitiva y no restrictiva de derechos.

En la exploración llevada a efecto por el médico forense en segunda instancia, dictamen en el que se fundamenta la sentencia de la Audiencia consta: "Lenguaje acelerado, con frases muy largas y palabras adecuadas para expresarse. Pensamiento de un curso rápido y contenido con importantes alteraciones, saltos de pensamiento. Imposibilidad de seguir un contenido saltando de unos a otros aunque prevalecen las ideas autorreferenciales de perjuicio principalmente en su entorno familiar".

Igualmente consta que la capacidad de abstracción está claramente limitada. Con dificultad para entender y comprender cuestiones complejas que precisan de abstracción. Estas dificultades parciales en base a la capacidad de abstracción de algunas actividades complejas llevan a que precise de apoyo en este sentido, especialmente en relación a la gestión económica, precisando de ayuda. Las limitaciones en la inteligencia abstracta, le impiden comprender determinadas cuestiones de tipo económico, compraventa de inmuebles, o manejo de dinero más allá de las necesidades diarias básicas. Es coherente con tal limitación la fijación de apoyos en la esfera de las habilidades precisas para la realización de actos de disposición patrimonial y actos extraordinarios de administración, tal y como se recogen en las sentencias dictadas.

En definitiva, la presunción de capacidad se ha visto desvirtuada cumplidamente por la prueba pericial practicada de sendos médicos forenses, que llegan a las mismas conclusiones. Con ello no estamos privando a la demandada de su autonomía, sino asistiéndola con los apoyos precisos en aquellos ámbitos en los que cumplidamente los precisa.

TERCERO.- Examen del segundo de los motivos de casación

1.- Formulación y desarrollo

Este segundo motivo se formula, subsidiariamente, del anterior, también por interés casacional, al amparo del art. 477.2. 3º LEC, por vulneración de los arts. 215, 287, 289, 290 y 291 del CC. Se apoya el recurso con la oportuna cita jurisprudencial.

En su desarrollo, se sostiene que el mecanismo tuitivo a las limitaciones de la capacidad jurídica de la demandada no se concilia con la tutela establecida, que constituye un mecanismo previsto para supuestos de incapacidad total, sino que lo procedente es la constitución de una curatela pensada en términos más flexibles para supuestos de incapacidades parciales, institución por la que, además, se viene inclinando la jurisprudencia en aplicación del Convenio de Nueva York.

Este concreto motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal.

2.- Estimación del motivo

Corresponde a los tribunales determinar las concretas medidas que permitan el ejercicio de las facultades de autodeterminación que los sujetos con deficiencias posean o conserven.

El mecanismo representativo de protección viene constituido por la tutela, como forma de apoyo más intensa reservada para los supuestos en los que la persona afectada no pueda tomar autónomamente decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma, ni tampoco con el apoyo de otras personas. En tal sentido, el art. 267 CC norma 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. Ahora bien, cuando proceda la adopción de medidas de apoyo menos intensas, sin necesidad de acudir al mecanismo de la sustitución, pues la persona afectada conserva facultades de autodeterminación en distinto grado es suficiente el mecanismo de la curatela, concebido como asistencia o complemento de capacidad (arts. 287, 288 y 289 CC).

En el sentido expuesto, nos expresamos, entre otras, en las recientes sentencias 118/2020, de 19 de febrero y 654/2020, de 3 de diciembre.

De esta forma, la curatela se configura como una institución flexible, que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, susceptible de abarcar tanto el ámbito personal o patrimonial de la persona afectada o ambos a la vez (sentencias 995/1991, de 31 diciembre, 421/2013, de 24 de junio, 337/2014, de 30 de junio, 553/2015, de 14 de octubre, 557/2015, de 20 de octubre, 716/2015, de 17 de diciembre, 373/2016, de 3 de junio, 216/2017, de 4 de abril, 298/2017, de 16 de mayo; 118/2018, de 6 de marzo; 458/2018, de 18 de julio).

El curador "no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial" (sentencias del Tribunal Supremo 341/2014, de 1 de julio, y 698/2014, de 27 de noviembre).

En definitiva, 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, mientras que "la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse" (sentencias 298/2017, de 16 de mayo; 530/2017, de 27 de septiembre y 118/2018, de 6 de marzo).

Es por ello que, en atención a las concretas deficiencias que sufre la demandada y su grado de parcial de autonomía limitado el mecanismo más acorde para darle los apoyos precisos es el propio de la curatela, en tal sentido el recurso debe ser estimado.

3.- Asunción de la instancia

Procede, en consecuencia, casar la sentencia de la Audiencia, y recuperando la instancia, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto, declarar la sujeción de la demandada al mecanismo tuitivo asistencial propio de la curatela. Precisamente esta medida de apoyo es la acordada en casos similares, en los que la parte demandada padecía esquizofrenia paranoide, en sentencias tales como 421/2013, de 24 de junio y 716/2015, de 17 de diciembre.

CUARTO.- Costas y depósito

La estimación parcial de los recursos de casación y apelación determina no se haga especial condena en costas (arts. 394 y 398 LEC) y que proceda la devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

FALLO

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

- 1.º-** Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección vigésimo cuarta, de 5 de septiembre de 2019, dictada en el rollo de apelación 37/2019.
- 2.º-** Casar dicha sentencia, y estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandada modificar la sentencia de la Audiencia, en el único sentido de que la demandada queda sometida al régimen tuitivo de la curatela, que será ejercido por la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, que completará y asistirá a la demandada en los mismos actos a los que se refieren las sentencias de instancia .
- 3.º-** Todo ello sin hacer especial pronunciamiento de costas y con devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.