



¿TUTELA O CURATELA? COMENTARIO A LA SENTENCIA 118/2020, DE 19 DE FEBRERO

Cristina Guilarte Martín-Calero
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Fecha de publicación: 12 de marzo de 2020

La lectura de esta sentencia del Tribunal Supremo, y de los correspondientes fallos dictados por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Manzanares y por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, pone de manifiesto la necesidad de adecuar nuestra regulación a los postulados de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. No basta que el Tribunal Supremo reinterprete el texto vigente a la luz del citado texto internacional si los jueces de instancia no conocen esta línea jurisprudencial, no basta que el Ministerio Fiscal redacte su demanda apegado al nuevo modelo de apoyos propugnado por la Convención si la respuesta es la declaración de la *incapacidad absoluta* y el sometimiento a tutela; es inaplazable, pues, una reforma del Código civil en esta materia que ponga fin a los contrastes y discordancias existentes en los distintos fallos judiciales, de los que son buena muestra los recaídos en este asunto, y, entre tanto, fíjense unas líneas rojas que no deban traspasar las sentencias que declaren la modificación judicial de la capacidad de una persona, a fin de garantizar el respeto del artículo 12 de la Convención de Nueva York.

La primera y principal es la respuesta al interrogante planteado como título de este comentario, ¿tutela o curatela? Como es bien sabido, la Convención de Nueva York, en su artículo 12, impone a los Estados Parte la obligación de proporcionar los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas; lo que significa, desde el punto de vista técnico, la posibilidad de concluir actos y negocios jurídicos válidos en Derecho. Asimismo los Estados Parte deben establecer las garantías necesarias para asegurar que las medidas establecidas son proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, sometidas a plazo y a un control periódico independiente e imparcial; también deberán asegurarse de que no exista conflicto de intereses ni influencia indebida.



Pues bien, esta referencia a los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica ha puesto en tela de juicio, en España y en los países de nuestro entorno, la idoneidad y adecuación de los regímenes que implican sustitución, como es el caso de la tutela, a los postulados de la Convención. Esta polémica está, sin duda, alimentada por las Observaciones Finales formuladas a los Estados Parte por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad que, de forma constante, manifiestan la preocupación de éste por la existencia de regímenes de sustitución en detrimento de la asistencia para la toma de decisiones y recomiendan ésta como modalidad excluyente. También de forma terminante y un tanto extrema, afirma el Comité, en la Observación General nº1 (2014), que no basta para cumplir con el mandato del artículo 12 adoptar sistemas de apoyo a la toma de decisiones si paralelamente se mantienen los regímenes basados en la sustitución; el artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica, sino que exige, como regla, que se proporcione apoyo en su ejercicio.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha realizado una encomiable labor de adaptación de su jurisprudencia a la Convención de Nueva York y, concretamente en este punto, el Alto Tribunal marca la representación como medida excepcional y se inclina por la curatela como sistema de protección principal, en línea con las propuestas de reforma del Derecho español elaboradas en el seno de la Asociación de Profesores de Derecho civil, que mantiene una tutela de carácter excepcional, y en la Comisión de Codificación, que suprime la tutela y acoge una curatela que, también excepcionalmente, puede comportar una esfera de representación.

Las sentencias en las que se aprecia claramente esta evolución son fundamentalmente tres:

- a) La Sentencia de 1 de julio de 2014 establece que para distinguir cuándo procede una institución tutelar u otra, hay que atender a si la sentencia de incapacitación *atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es ésta la característica fundamental entre la tutela y la curatela. En el primer caso, aunque la representación tan sólo sea patrimonial, debe constituirse la tutela, aunque sus funciones serán las que se correspondan con la extensión de la incapacidad; mientras que en el segundo caso en que no se atribuye representación, procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado.*
- b) La Sentencia de 16 de mayo de 2017, incorporando plenamente la filosofía y el lenguaje de la Convención, sostiene que *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... 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...

- c) La sentencia de 8 de noviembre de 2017 (nº516) concluye: *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.*

Además, el Tribunal Supremo ha fijado la procedencia de la curatela como sistema más adecuado para el acompañamiento de la persona en la esfera médica. Aunque esta curatela de la salud es de difícil articulación práctica, pues piénsese que el curador se limita a realizar una función de fiscalización y control que de poco o nada sirve si no hay voluntad de perseverar en el tratamiento o no se atienden adecuadamente las pautas médicas por parte de la persona con discapacidad, resulta de gran interés al otorgar al curador el acceso al historial y a la evolución clínica, por lo tanto, a la información necesaria para saber si la evolución es favorable o si es conveniente, por el contrario, una revisión de las medidas inicialmente adoptadas.

Son varias las sentencias que han constituido una curatela de la salud: así por ejemplo, la STS de 24 de junio de 2013 determina que *en la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial*; la sentencia de 11 de octubre de 2017, en la que expresamente se afirma que *el*



principal apoyo que precisa Frida y al que debe responder la modificación de la capacidad es la atribución a un guardador legal, tutor o curador, de las facultades necesarias, y justo las imprescindibles, para que la paciente siga el tratamiento prescrito por el médico que la atiende. Estas facultades relacionadas con la salud de Frida presuponen la interlocución con los facultativos que atienden a la paciente, con el consiguiente derecho de información y también la posibilidad de prestar el consentimiento informado por representación, en los términos previstos en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esto es: el guardador legal puede y debe conocer el estado de la atención médica de Frida, hablar con los facultativos sobre la paciente, acompañarla o hacerla acompañar al médico, está legitimado para interesar cuando sea preciso su internamiento y recabar para ello la autorización judicial pertinente, si no existe consentimiento de la paciente. Y la sentencia de 8 de noviembre de 2017 que declara la modificación parcial de la capacidad de obrar limitada 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.

Son numerosas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha estimado el recurso de casación y determinado como sistema de protección la curatela frente a la tutela constituida en la instancia (SSTS de 24 de junio de 2013, de 30 de junio de 2014, de 14 y 20 de octubre de 2015, de 4 de noviembre de 2015, de 27 de noviembre de 2014, de 3 de junio de 2016, de 16 de mayo de 2017, de 27 de septiembre de 2017, de 8 de noviembre de 2017 (nº516), de 7 de febrero de 2018, 6 de marzo de 2018, de 7 de marzo de 2018 y 15 de junio de 2018), al igual que en la sentencia objeto de este comentario.

En este caso, el Ministerio Fiscal interpuso una demanda de modificación de la capacidad en la que solicitaba la determinación de la extensión de la capacidad jurídica de la demandada, en atención a las habilidades conservadas por la misma, estableciendo los medios de apoyo más idóneos para la conservación de la capacidad jurídica. La demandada, según consta probado, es una mujer de 45 años que padece un trastorno esquizoafectivo, presenta un nivel de autonomía razonable, convive en el domicilio familiar con su marido y su hijo de 18 años, es capaz de realizar las actividades más esenciales de la vida, vestirse, organizar las tareas habituales del hogar, gestionar las compras diarias, cocinar... ahora bien precisa una supervisión o seguimiento por terceras personas, en el sometimiento a tratamiento médico y cumplimiento de las prescripciones facultativas y toma de la medicación, no es consciente de su enfermedad. El médico forense la considera incapaz de gobernarse por sí misma tanto su persona como sus bienes.



El Juzgado de Primera instancia estima la demanda formulada por el Ministerio Fiscal y declara la incapacidad absoluta de la demandada quedando sometida al régimen de tutela, con los efectos de privación de la facultad de testar y realización de actos de administración económica complejos, derecho de tenencia y porte de armas y derecho de conducir vehículos a motor. La sentencia de la Audiencia Provincial, aunque en principio parece descartar “la incapacitación total” de la apelante, amplía la incapacidad determinada en la instancia, con una redacción farragosa que más hace pensar en una curatela que en una tutela: *a) Quedando relativamente impedida para regir el ámbito patrimonial de su actividad que precisará pues el consentimiento del tutor para todos los actos de contenido patrimonial, que excedan de la administración del peculio para sus gastos cotidianos que fijará el tutor y gestiones administrativas, en especial, para actos de disposición patrimonial, para contratar préstamos y créditos y donaciones. Todo ello con la particularidad de que será el tutor es (sic) el que gestionará los ingresos de la incapacitada, en representación del mismo, incluido en su caso, la pensión que pueda recibir y también será quien le facilitará y fijará pequeñas cantidades para sus gastos cotidianos. Queda inhabilitada para el uso y tenencia de armas e inhabilitada para conducir vehículos a motor y ciclomotores. b) En lo concerniente al ámbito personal, atañe además la función de control para que la afectada deba someterse a las pertinentes revisiones médicas y al tratamiento prescrito para su enfermedad, otorgándose la facultad de gestionar dicha cuestión, y para el caso de incumplir sus indicaciones, solicitando el auxilio necesario de las autoridades.*

Esta sentencia es recurrida en casación por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y es naturalmente estimado al ser claramente contraria a las líneas establecidas por el Tribunal Supremo y que se han explicado más arriba: la procedencia de la curatela como regla general y de la curatela de la salud en particular. Basta verificar los hechos probados, las capacidades conservadas y las necesidades de apoyo detectadas para concluir que es la curatela el régimen más adecuado y que la tutela, con su función de representación y administración del patrimonio, resulta discriminatoria y excesiva. El Tribunal Supremo, con cita de la sentencia de 16 de mayo de 2016, se limita a declarar *que la institución que mejor garantiza la autonomía y protección de D^a Ramona es la curatela (arts.287 y 289), dado que posee un margen de autonomía que le permite un espacio de desarrollo personal que no es digno de un control exhaustivo, sin perjuicio de la necesaria asistencia del curador a aquellos actos ya declarados en la sentencia de la Audiencia Provincial, con los que la recurrente y el Ministerio Fiscal están conformes. En conclusión, procede estimar el recurso y someter a la demandante al sistema de curatela, confirmando en los demás aspectos la sentencia recurrida, al ser una medida proporcional con su situación médica y personal constituyendo una salvaguarda adecuada y efectiva, que respeta su autonomía e independencia individual, sin menoscabo de la protección de sus intereses.*



Pues bien, la remisión a los actos enumerados en la sentencia recurrida me permite hacer una rápida alusión a la segunda línea roja que me parece imprescindible no traspasar para respetar los postulados de la Convención de Nueva York: la sentencia de modificación de la capacidad no debe incluir la prohibición de derechos, tales como contraer matrimonio y testar (ya se pronunció al respecto el TS en sentencia de 8 de noviembre de 2017), votar (antiguo artículo 3 LOREG), uso y porte de armas, conducción de vehículos a motor... El objeto del procedimiento es la provisión de los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica en las mismas condiciones que los demás y en ningún caso debe consistir en la privación o prohibición de derechos; así lo ha mantenido el Comité de los derechos de las personas con discapacidad en su Observación General nº1 (nº15) y así ha sido acogido por el texto de reforma elaborado por la Comisión de Codificación (artículo 267 in fine Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018).

Puede concluirse, por tanto, que, a través de la curatela se protege a quienes necesitan ser aconsejados, controlados, vigilados, acompañados o apoyados en el ejercicio de su capacidad jurídica. El Derecho ampara y protege, pero adecuando el apoyo a la constatada necesidad de protección. Se respeta la autonomía personal de la persona con discapacidad, porque en ella permanece la iniciativa para la conclusión del acto, pero se la protege al imponer la intervención de una tercera persona que, teniendo siempre presente su interés, le asiste en la conclusión del acto de que se trate o, en su caso, ejercita la acción de anulación del acto que, concluido sin su asistencia, es perjudicial y contrario al interés de la persona con discapacidad (conflicto de intereses o influencia indebida). Por tanto, puede afirmarse que la curatela, tanto en la versión del Código como en la reinterpretada a la luz de la Convención, exige que la persona con discapacidad esté en condiciones de asumir la iniciativa contractual del acto de que se trate y sólo cuando ésta falte deberá acudir a la representación legal.

Dicho de otro modo, y para terminar este breve comentario, sólo si la curatela no responde a la necesidad de protección de la persona con discapacidad, podrá articularse un régimen de representación legal, a día de hoy, encarnado en la tutela.