



Roj: **STS 5855/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:5855**

Id Cendoj: **28079119912011100010**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **21/09/2011**

Nº de Recurso: **1491/2008**

Nº de Resolución: **625/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ENCARNACION ROCA TRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VI 261/2008,**  
**STS 5855/2011**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**PLENO**

**Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

**SENTENCIA**

**Sentencia N°: 625/2011**

**Fecha Sentencia** : 21/09/2011

**CASACIÓN**

**Recurso N°** : 1491/2008

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimando

**Votación y Fallo:** 20/07/2011

**Ponente Excmo. Sra. D<sup>a</sup>.** : Encarnación Roca Trías

**Procedencia:** Audiencia Provincial de Vitoria, Sección 1<sup>a</sup>

**Secretaría de Sala** : Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

**Escrito por** : frg

**Nota:**

**Demanda de divorcio interpuesta por los tutores de una mujer incapacitada, en situación de coma vigil. Legitimación para su ejercicio. El interés de la persona sometida a tutela debe quedar demostrado para que el tutor pueda ejercer en su nombre la acción de divorcio.**

**CASACIÓN Num.:** 1491/2008

**Ponente Excmo. Sra. D<sup>a</sup>.**: Encarnación Roca Trías

**Votación y Fallo:** 20/07/2011

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**PLENO****SENTENCIA N°: 625/2011**

Excmos. Sres.:

**D. Juan Antonio Xiol Ríos****D. Xavier O' Callaghan Muñoz****D. Jesús Corbal Fernández****D. Francisco Marín Castán****D. José Ramón Ferrándiz Gabriel****D. José Antonio Seijas Quintana****D. Antonio Salas Carceller****D<sup>a</sup>. Encarnación Roca Trías****D. Francisco Javier Arroyo Fiestas****D. Román García Varela**

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Septiembre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Álava (sección 1<sup>a</sup>), por D. Maximino , representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Patricia Sánchez Sobrino, contra la Sentencia dictada, el día 5 de junio de 2008, en el rollo de apelación n° 31/08 , por la referida Audiencia y Sección, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vitoria , en los autos de juicio de divorcio contencioso n° 434/07. Ante esta Sala comparece la Procuradora D<sup>a</sup> Gema Fernández-Blanco San Miguel, en nombre y representación de D. Maximino , en calidad de parte recurrente; asimismo comparece la Procuradora D<sup>a</sup> María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de D. Luis Antonio y D<sup>a</sup> Elsa , como tutores de D<sup>a</sup> Pura , en calidad de parte recurrida. Es interviniente en el presente recurso el Ministerio Fiscal.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vitoria, interpusieron demanda de divorcio D. Luis Antonio y Dña. Elsa , actuando como tutores de su hija Pura contra D. Maximino . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"... se declare el divorcio con los efectos inherentes a dicho pronunciamiento, y con expresa imposición de costas a la parte demandada si se opusiera a ello, junto con todo lo demás que proceda en Derecho"*.

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Maximino los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... se declare la improcedencia del divorcio solicitado por falta de legitimación activa de los tutores, o subsidiariamente por las dos cuestiones de fondo planteadas, sin expresa imposición de costas, sin perjuicio de la demanda reconvenional que se formula sobre la disolución del régimen económico matrimonial". demanda con expresa imposición de costas a la parte actora."*

En dicho escrito se formula demanda reconvenional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, para terminar suplicando: *"..dicte en definitiva sentencia por la que se declare disuelta y extinguida la sociedad de gananciales y el régimen económico matrimonial de los cónyuges con fecha de efectos de 11 de Marzo de 2000, subsidiariamente el 3 de Diciembre de 2001, y subsidiariamente a lo anterior el 15 de Mayo de 2002, sin perjuicio de la liquidación que deba efectuarse por los cauces legalmente establecidos desde la fecha que el Juzgador estime oportuna"*.

El Ministerio Fiscal presentó escrito interesando: *"...se dicte sentencia conforme a derecho, velándose siempre por los intereses de los hijos menores de edad afectados en el presente proceso"*.

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó señalar día y hora para la celebración de la vista, la que tuvo lugar con presencia de las partes. La parte actora se afirmó y ratificó en sus pretensiones, la parte demandada se afirmó y ratificó en su solicitud, proponiendo ambas el recibimiento del pleito a prueba, practicándose las admitidas y declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos. El Ministerio Fiscal, no propuso prueba, y se adhirió a la propuesta por las partes.



El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, con fecha 24 de septiembre de 2007, y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la representación de Dña. Elsa y D. Luis Antonio contra D. Maximino , debo declarar y declaro no haber lugar a la disolución, por divorcio, del matrimonio formado por Dña. Pura y D. Maximino .

*Se declara disuelta la sociedad de gananciales con fecha de sentencia de separación dictada por la AP de Álava, 20 de diciembre de 2004 .*

*Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".*

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. Luis Antonio y Dña. Elsa , actuando como tutores de su hija Pura . Sustanciada la apelación, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava dictó Sentencia, con fecha 5 de junio de 2008 , con el siguiente fallo: "*ESTIMAR el recurso interpuesto por D. Luis Antonio y Dª Elsa como tutores de Pura , representados por el procurador Sr. de las Heras contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Vitoria en el procedimiento de Divorcio Contencioso nº 434/07, REVOCANDO la misma, y, en consecuencia, que ESTIMANDO la demanda interpuesta por Luis Antonio y Elsa debemos DECLARAR Y DECLARAMOS el DIVORCIO entre Pura y Maximino con todos los efectos inherentes, todo ello sin expresa imposición de costas en ninguna de las instancias".*

**TERCERO.** Anunciado recurso de casación por D. Maximino , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Patricia Sánchez Sobrino, lo interpuso ante la Sala, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción de las normas sustantivas sobre divorcio (arts. 86 y 81 C.C ), y representación de los tutores (arts. 267, 271 y 272 C.C .) y de la jurisprudencia respecto del carácter personalísimo de la acción de divorcio por el cauce del art. 477.2.3º y 3 de la LEC.

Segundo.- Infracción de la jurisprudencia sobre el carácter personalísimo de la acción de divorcio en relación con normas sustantivas de aplicación (arts. 81, 86, 267, 271 y 272 C.C .) Necesidad interés tutelable del incapaz, por el cauce del art. 477.2.3º y 3 LEC .

Tercero.- Infracción de las normas sustantivas de aplicación sobre el divorcio (arts. 81 y 86 C.C .) con vigencia inferior a cinco años y sin doctrina jurisprudencial específica; por el cauce del art. 477.2.3º y 3 de la LEC.

Por resolución de fecha 2 de septiembre de 2008, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora Dª Gema Fernández-Blanco San Miguel, en nombre y representación de D. Maximino , en calidad de parte recurrente; asimismo comparece la Procuradora Dª María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de D. Luis Antonio y Dª Elsa , como tutores de Dª Pura , en calidad de parte recurrida. Es interviniente en el presente recurso el Ministerio Fiscal.

Admitido el recurso por auto de fecha 10 de marzo de 2009 y evacuado los traslados conferidos al respecto, la Procuradora Dª. María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de D. Luis Antonio y Dª Elsa , actuando como tutores de su hija Pura , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

El Ministerio Fiscal, presentó escrito impugnando el recurso de casación.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el dieciséis de marzo de dos mil once, y por resolución de esa misma fecha se acordó, vista la materia sobre la que debe resolverse, suspender el señalamiento y someter el contenido de dicho recurso al Pleno de la Sala, señalándose el veinte de julio de dos mil once, en el que el acto tuvo lugar.

Ha sido ponente la Excm. Sra. Dª. **Encarnación Roca Trías** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** *Resumen de los hechos probados.*

1º Dª Pura y D. Maximino contrajeron matrimonio el 16 mayo 1998; de dicho matrimonio no nacieron hijos.

2º El 11 marzo 2000 Dª Pura sufrió un grave accidente de circulación, como consecuencia del cual quedó tetrapléjica y en estado de coma vigil, del que no se ha recuperado hasta la fecha.

3º Se inició un procedimiento de incapacitación. En la sentencia de 1ª Instancia se atribuyó la tutela al marido, D. Maximino , revocándose dicha sentencia por la de la Audiencia Provincial que concedió la tutela a los padres por razón de su mayor disponibilidad para hacerse cargo de la tutelada.



4º Los padres tutores interpusieron la acción de separación de los cónyuges, que fue estimada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 20 diciembre 2004 . En la sentencia se consideraba que concurrían causas de separación antes del accidente de la esposa que demostraban "un cierto desafecto entre los cónyuges", como que: i) la esposa había consultado a un abogado para asesorarse sobre el procedimiento de separación antes del accidente; ii) que en el nombramiento de los padres como tutores, influyó el hecho de que al ser el marido joven podía rehacer su vida; iii) el marido iba muy poco a visitar a la esposa internada después del accidente, ni había acudido al centro ni la había llamado, lo que indicaba "la existencia de un incumplimiento, al menos, de los citados deberes de ayuda y socorro entre los cónyuges", de modo que la sentencia concluía que "[...]ante tales circunstancias resulta del interés del incapaz declarar la separación".

Desde aquel momento, por consiguiente, los cónyuges D<sup>a</sup> Pura y D. Maximino se encuentran en situación legal de separación, puesto que la sentencia es firme al no haber admitido el auto de esta Sala de 3 julio 2007 , el recurso de casación interpuesto por el marido.

5º Los tutores D. Luis Antonio y D<sup>a</sup> Elsa , interpusieron demanda de divorcio en representación de su hija D<sup>a</sup> Pura . D. Maximino se opuso a la demanda.

6º La sentencia del juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Vitoria-Gasteiz, de 24 septiembre 2007, estimó la legitimación de los tutores, siguiendo el criterio de la STC de 18 diciembre 2000 , pero denegó el divorcio. Dijo: **a)** que no está clara la aplicación de la doctrina de la STC 311/2000 al divorcio, porque éste significa la ruptura y disolución del vínculo matrimonial; **b)** la prestación del consentimiento para contraer matrimonio es un acto personalísimo y no se permite que sea prestado por otra persona; en consecuencia esta misma limitación afecta al consentimiento para el divorcio; **c)** el ejercicio de tales acciones solo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge.

7º. Apelaron los progenitores/tutores D. Luis Antonio y D<sup>a</sup> Elsa . La sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, de 5 junio 2008 , revocó la apelada. Dice que: **a)** el argumento de admitir la legitimación activa de los tutores, pero denegar el divorcio lleva a una solución vacía de contenido, de modo que "los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio y para obtener una resolución acorde a sus pretensiones, siempre que concurren los requisitos exigidos por el legislador" ; **b)** si no fuera así, se estarían vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad; **c)** no sería lógico que el esposo pudiera obtener el divorcio en cualquier momento y que no pueda solicitarlo la esposa a través de sus tutores; **d)** finalmente, añade que "no existe, pues, base legal inequívoca que preste fundamento a la distinción entre actos personalísimos o no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del alcance del Art. 267 CC , para desembocar con esa distinción en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado".

8º D. Maximino interpone recurso de casación, al amparo del Art. 477.2, 3 LEC , que fue admitido por auto de esta Sala de 10 marzo 2009 .

La parte recurrida se opuso a la admisión del recurso porque, a su entender, no presentaba interés casacional.

El Ministerio Fiscal interesó la impugnación del recurso.

**SEGUNDO.** Rechazo de la oposición a la admisión del recurso.

La parte recurrida se opone a la admisión del recurso porque considera que no presenta interés casacional, al fundarlo el recurrente en dos sentencias del TS, la de 27 febrero 1999 y la de 26 mayo 1982 . Dicen los recurridos que la no concurrencia del interés se demuestra en el ATS de 3 julio 2007 , que no admitió a trámite el recurso de casación, formulado por el mismo recurrente contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, dimanante de los autos de separación matrimonial de los mismos cónyuges, recurso que estaba fundado en la infracción de las mismas sentencias ahora alegadas.

Este óbice no se admite, porque una cosa es el recurso presentado contra la sentencia de la Audiencia Provincial que admitió el ejercicio de la acción de separación por los tutores representantes legales y otra muy distinta es la referida a la acción de divorcio que es objeto de este recurso, teniendo en cuenta, además, la alegación de la legislación que a juicio del recurrente, ha sido vulnerada.

Debe decirse, además, en apoyo del rechazo a la oposición, que las sentencias que se citan como representativas de la línea jurisprudencial que el recurrente dice infringida fueron anuladas por la STC 311/2000, de 18 diciembre .

**TERCERO.** Inadmisión del motivo primero.

El *Motivo primero* examina los argumentos de la sentencia recurrida. El motivo se titula "Sentencia de apelación: argumentos. Primera réplica por infracción de las normas sustantivas sobre divorcio (arts. 86 y 81



CC ) y representación de los tutores (arts. 267, 271 y 272 CC ) y de la jurisprudencia respecto del carácter personalísimo de la acción de divorcio; por el cauce del art. 477.2, 3 y 3 LEC ". En el desarrollo, analiza las conclusiones de la sentencia recurrida, que rechaza, aportando las suyas propias.

*El primer motivo no se estima.*

El recurrente se dedica a resumir y oponerse a los argumentos de la sentencia recurrida, en un motivo que debería haberse planteado a través del recurso extraordinario por infracción procesal, ya que, en definitiva, se está cuestionando la motivación. En definitiva, en este primer motivo se está incurriendo en el vicio casacional consistente en hacer supuesto de la cuestión, que determina la desestimación del motivo en el que se incurre.

**CUARTO.** *Enunciado de los motivos segundo y tercero. Examen conjunto*

*Motivo segundo* . Infracción de la jurisprudencia sobre el carácter personalísimo de la acción de divorcio en relación con las normas sustantivas de aplicación, que considera son los Arts. 81, 86, 267, 271 y 272 CC : necesidad de concurrencia del interés tutelable del incapaz. El interés casacional está justificado por las sentencias del Tribunal Supremo de 27 febrero 1999 y 26 mayo 1982 . Hay que analizar el carácter personalísimo de la acción de divorcio que la sentencia recurrida niega, carácter del que se desprende la exigencia de un interés tutelable exclusivamente del incapaz en el ejercicio de la acción de divorcio. El único acto personalísimo comparable a esta acción es el matrimonio, cuyo consentimiento no puede ser sustituido por los tutores. Del Art. 267 CC se desprende que la mayor o menor extensión de las facultades representativas, no incluyen el ejercicio de las acciones personalísimas. Dice que de la STS de 27 febrero 1999 , se deduce la exigencia de un interés tutelable del incapaz para que prospere la acción de divorcio una vez concurren los requisitos legales.

El *Motivo tercero*, presenta una unidad argumental con el segundo, por lo que se va a examinar conjuntamente. Denuncia la infracción de las normas sustantivas de aplicación sobre el divorcio, Arts. 81 y 86 CC , con vigencia inferior a cinco años y sin doctrina jurisprudencial específica. La modificación del Código civil, realizada por medio de la ley 15/2005 , no autoriza a los tutores para representar al tutelado en el ejercicio de la acción de divorcio. Al ser el divorcio prácticamente automático, se debe interpretar con cautela la norma de aplicación del Art. 86 CC , en relación con el Art. 81 . Insiste en que se requiere un interés tutelable exclusivamente en beneficio del incapaz para que "esta acción de divorcio, hoy automática, de carácter personalísimo, pueda quedar estimada en cuanto al fondo del asunto".

*Los motivos segundo y tercero no se estiman .*

**QUINTO.** *Planteamiento constitucional de la legitimación para ejercitar la acción del divorcio por los representantes legales del incapaz.*

A los efectos de la motivación de la presente sentencia, resulta indispensable el examen de la STC 311/2000, de 18 diciembre , alegada por las partes a lo largo del presente procedimiento y en el propio recurso de casación.

La STC 311/2000 se pronunció sobre el ajuste a la Constitución de las sentencias 105 y 106, de 23 febrero 1998, dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias , que habían negado legitimación para ejercer la acción de separación a la madre y tutora de una persona incapacitada. El TC decidió que debía protegerse el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona incapaz y declaró que se había lesionado este derecho por la negativa a que la madre tutora pudiera ejercitar la acción. La STC se planteó, en primer lugar, si concurría o no un interés legítimo que se habría impedido por no haberse permitido el acceso a la tutela judicial efectiva. El argumento que utilizó la sentencia de referencia decía que "[...]la separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial [...]", interés que puede residir bien en una situación de peligro físico, bien en una situación "patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de estos deberes" . Negar legitimación al tutor "determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general, del posible ejercicio de acciones[...], el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia[...]". El cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción de separación en aquel caso, "[...]no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela" , por lo que "[...] desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio" .





El voto particular concurrente del propio ponente va más allá, en cuanto que supera en su argumentación, la tradicional distinción entre derechos personales y derechos personalísimos, que solo podrían ser ejercitados por el titular y nunca por su representante legal. Así afirmaba que negar al tutor la legitimación para el ejercicio de la acción de separación *"no se basa en un precepto legal inequívoco, sino más bien en un concepto doctrinal de acciones personalísimas, que es el que subyace en la interpretación del art. 81 CC "* .

Esta STC es fundamental para la resolución del presente recurso, si bien éste se refiere a la acción de divorcio planteada por los padres/tutores, supuesto que carece de regulación en la legislación española actualmente en vigor y que ofrece algunos problemas propios, diferentes a los planteados en la STC 311/2000 , especialmente importantes a raíz de la modificación del divorcio, efectuado por la ley 13/2005 . La STC 311/2000, de 18 diciembre plantea exactamente el problema, al centrar la cuestión en el interés del incapacitado (FJ4), pero se refiere al interés en la separación en un momento en que el Código civil exigía la alegación de causas y solo sería aplicable plenamente en la separación actual, porque su estructura después de la reforma es muy similar. Por tanto, no puede solucionarse el presente recurso con la simple referencia a la STC examinada, sino que debe estudiarse si el divorcio, que comporta la disolución del matrimonio a diferencia de la separación, puede ser ejercitado por el tutor en una acción planteada en nombre y representación del cónyuge incapacitado.

**SEXTO.** *El ejercicio de los derechos fundamentales cuyo el titular está incapacitado.*

En el presente supuesto y siempre que se trate de la acción de separación o divorcio ejercitada por los tutores en nombre e interés de una persona incapacitada, están presentes dos derechos fundamentales:

1º El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado. El divorcio actual no requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio. A ello obedece la regulación puesta en vigor por la ley 13/2005 , al no exigir la alegación de causas.

2º El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el art. 271,6 CC , que atribuye a los tutores la legitimación *"para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela"*, siempre con autorización judicial, que no se requerirá *"en los asuntos urgentes o de escasa cuantía"*. Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271,6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.

**SÉPTIMO.** *Precedentes.*

La posibilidad de que el tutor de una persona incapacitada casada pueda o no ejercer la acción de divorcio tiene pocos precedentes en los ordenamientos de nuestro entorno. A ello contribuyen dos condicionamientos: i) la tutela tiene aspectos muy distintos en estos ordenamientos, a pesar de estar construida en todos ellos como sistema de protección de discapacitados e incapaces, y ii) el divorcio tiene una regulación no uniforme en estos ordenamientos.

1º El Código civil francés no admite el ejercicio de la acción de divorcio por consentimiento mutuo por el representante de mayores de edad protegidos, sea cual sea el régimen de protección a que estén sujetos (art. 249-4 ); en cambio, sí admite la acción en nombre del cónyuge sometido a tutela en los casos de divorcio contencioso (Art. 249 ). El tutor puede ejercitarla solo si ha obtenido la autorización del consejo de familia, previo el informe del médico. Asimismo, el Art. 249-1 establece que la acción se ejercerá contra el tutor si el cónyuge contra el que se presenta la demanda, está sometido a tutela.

2º En Alemania, el § 8,n 1 de la Familienverfahrgesetz (ley de procedimientos de Derecho de familia), establece que una persona incapaz puede ser parte en los procedimientos matrimoniales, pero las personas que representan a dicha parte de acuerdo con las disposiciones de derecho civil debe actuar como parte (§9 (2 ) FPA), de tal manera que si la persona es mentalmente incapaz, debe actuar el representante, quien debe ser autorizado por el Juzgado o el Tribunal de familia o el Tribunal de tutelas (§125 (2) FPA).

3º En Italia, sin embargo, no hay previsión sobre esta posibilidad.

4º La Ley española de divorcio, de 1932 admitió que los tutores pudieran ejercitar esta acción en su art. 40 , que decía que *"por los incapacitados, a tenor del Art. 213 CC , podrá pedir la separación su tutor, con autorización del Consejo de familia"*. No se especificaba nada en relación al divorcio, pero el Art. 48 exigía la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos cuando existieran *"menores, ausentes o incapaces"*.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 2008, establece en el art 12.3, que *"3 . Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar*



en el ejercicio de su capacidad jurídica" y a continuación, en el art. Artículo 13, se dice que "1 . Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, [...]".

Estos principios deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, porque la ratificación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo.

**OCTAVO.** *La legitimación de los tutores.*

Las anteriores razones llevan a concluir que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma. Esta solución no es extravagante en el ordenamiento español, ya que el Código civil legitima al Ministerio Fiscal y "a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo" en la acción para pedir la declaración de nulidad de un determinado matrimonio (art. 74 CC ), así como a padres, tutores, guardadores y Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 CC ).

La representación legal del tutor le impone el deber de ingerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal por las siguientes razones.

1ª Debe aplicarse lo dispuesto en el art. 216.1 CC , que es la norma general que rige, en cualquier caso, la actuación de los tutores, porque "las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial". Por ello, el art. 271 CC exige autorización judicial para entablar cualquier tipo de demanda.

2ª En segundo lugar, el ejercicio de esta acción debe obedecer a los intereses del incapaz, por lo que debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz, tal como concluyó, en una legislación distinta, la STC 311/2000 .

3ª Hay que tener en cuenta que en los procedimientos de derecho de familia en los que son parte menores e incapaces se requiere la actuación del Ministerio Fiscal, que deberá velar por sus intereses, con lo que se garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias.

Constituiría una falacia negar el ejercicio de la acción de divorcio a los tutores sobre la base de que a partir de la reforma de 2005, no se exige la alegación de causas. Lo único que efectuó la reforma fue eliminar la necesidad de expresar la concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio; esta configuración no puede impedir el ejercicio de la acción cuando exista interés del incapaz, pero de ello no se deduce que los tutores puedan ejercitar arbitrariamente dicha acción, porque deben justificar que existe un interés del incapaz en obtener la disolución de su matrimonio, lo que van a permitir la actuación del tutor.

**NOVENO.** *La concurrencia de interés de la incapacitada.*

A continuación debe examinarse si en este caso concurren las circunstancias anteriores y muy en especial, si existe interés del incapaz en el ejercicio de la acción de divorcio por sus tutores.

1º La sentencia de separación, de Audiencia Provincial de Álava, de 20 diciembre 2004 , consideró probado que concurrían causas de separación antes del accidente de la esposa, según se ha resumido en el FJ 1º-4 de esta sentencia, de modo que la sentencia concluía que "[...]ante tales circunstancias resulta del interés del incapaz declarar la separación".

2º Los tutores obtuvieron autorización judicial para interponer la acción de divorcio como representantes legales de su hija incapacitada. Esta petición fue denegada inicialmente, pero apelada, se dictó auto por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, en 24 noviembre 2006 , autorizándose a los tutores para ejercer dicha acción en la que se entendía que los tutores tenían legitimación de acuerdo con los arts. 267 y 271 CC , independientemente del tipo de acción que ejercitaran.

3º Autorizados los tutores para ejercitar la acción de divorcio, y acreditado el interés del incapaz, la Audiencia Provincial debía pronunciarse sobre el fondo del asunto, lo que se hizo en la sentencia que se recurre, que examinó si el divorcio era favorable al interés de la esposa incapacitada, sobre la base de lo que se había considerado probado en la sentencia de separación, situación que no se había modificado en el momento de presentarse la demanda de divorcio.

**DÉCIMO.** *Desestimación del recurso y costas.*

En consecuencia de la doctrina sentada en esta sentencia, debe declararse que los Sres. D. Luis Antonio y D<sup>a</sup> Elsa , como tutores de D<sup>a</sup> Pura , ejercieron correctamente la acción de divorcio en representación de su hija incapacitada, por lo que procede la desestimación del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Maximino , con la confirmación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava, sección 1<sup>a</sup>, de 5 junio 2008 , que estimó la demanda.

No se considera procedente imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394 LEC, en relación con el 398 LEC, dado que el asunto presenta serias dudas de Derecho, como se desprende de lo razonado al examinar los motivos del recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS**

1º Se desestima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D Maximino contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1<sup>a</sup>, de 5 junio 2008, en el rollo de apelación nº 31/08 .

2º No ha lugar a casar la sentencia recurrida por los motivos formulados, que resulta confirmada con este alcance.

3º No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**Juan Antonio Xiol Ríos**Xavier O' Callaghan Muñoz

**Jesús Corbal Fernández** Francisco Marín Castán

**José Ramón Ferrándiz** Gabriel José Antonio Seijas Quintana

**Antonio Salas Carceller** Encarnación Roca Trías

**Francisco Javier Arroyo Fiestas** Román García Varela

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la EXCMA. SRA. D<sup>a</sup>. **Encarnación Roca Trías** , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.