



Roj: **STS 4711/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4711**

Id Cendoj: **28079110012015100616**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2015**

Nº de Recurso: **62/2015**

Nº de Resolución: **635/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 3032/2014,**
STS 4711/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña, como consecuencia de autos de juicio de incapacitación nº 917/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de A Coruña, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Isabel , representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Cayetana de Zulueta Luchsinger; siendo parte recurrida don Genaro , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Sofía Pereda Gil. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Ramón de Uña Piñeiro, en nombre y representación de don Genaro , interpuso demanda de juicio sobre incapacidad de su madre doña Felicísima y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

1) Se declare la incapacidad de doña Felicísima tanto para el gobierno de su persona como para regir y administrar sus bienes.

2) Se proceda a constituir la tutela y al nombramiento como tutor de don Genaro , dándole posesión del cargo y adoptando las medidas de vigilancia y control que en beneficio del tutelado se estimen oportunas.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- El procurador don José Martín Guimaraens Martínez, en nombre y representación de doña Isabel , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: se acuerde de conformidad a lo expresado en el Fundamento Jurídico V.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de A Coruña, dictó sentencia con fecha 27 de febrero de 2014 cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: *Que estimando parcialmente la demanda presentada por el procurador Sr. De Uña Pifleiro, en nombre y representación de Don Genaro , debo constituir y constituyo a Doña Felicísima en estado civil de incapacitación total a todos los efectos legales, y en consecuencia establezco como régimen para su guarda y protección*



la tutela a favor de la entidad Fundación Galega para o Impulso da Autonomía Personal en la Atención a las Personas en Situación de Dependencia (FUNGA), la cual ejercerá el cargo en beneficio del tutelado en la forma y con las garantías que previene la Ley. Las costas procesales se declaran de oficio.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Felicísima . La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña, dictó sentencia con fecha seis de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: *Que estimando solo parcialmente los recursos de apelación y desestimándolos en lo restante, revocamos en parte la sentencia apelada en el sentido de que la incapacitación de la demandada Doña Felicísima es total en la esfera patrimonial de la administración y disposición de sus bienes, así como para otorgar testamento y ejercitar las acciones judiciales salvo el "dinero de bolsillo" indicado en el Fundamento de Derecho cuarto nº 5 de la presente sentencia, quedando sujeta a un régimen de protección tutela, y asimismo está incapacitada en la esfera personal en lo referente a la toma de su medicación, comidas, vestido, aseo, empleados domésticos, al precisar atender las indicaciones y la ayuda de terceras personas, a cuyos aspectos se extenderá la tutela, confirmándose el nombramiento de la FUNGA como tutora. No se hace mención de costas en ambas instancias Devuélvase el depósito para recurrir.*

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso casación I** a representación de doña Isabel con apoyo en los siguientes **MOTIVO: ÚNICO.-** Infracción del art. 234 del CC , en lo relativo a alteración del orden de preferencia de la llamada obligada a ejercer el cargo de tutor. Se dice que se ha decidido tanto por el Ilmo.Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia como la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña excediéndose en el grado de discrecionalidad, sin la debida motivación.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 15 de abril de 2015 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Sofía Pereda Gil, en nombre y representación de don Genaro presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación del recurso.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de noviembre de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Isabel formula recurso de casación contra la sentencia que designa como tutora de su madre a la Fundación Gallega para el impulso de la autonomía y la atención de las personas en situación de dependencia (FUNGA). Pretende que sea ella quien desempeñe tales menesteres y tacha a la sentencia recurrida de falta de motivación al resolver sobre la causa por la que ha alterado el orden de prelación establecido en el artículo 234.1 del Código Civil , que regula el grado de discrecionalidad del juez a la hora de no seguir el orden de prelación legal de las personas llamadas a ocupar el cargo de tutor, y resultar por ello infringido.

Su madre tiene 87 años, es viuda y vive sola en A Coruña, aunque atendida por dos asistentas, y la médico forense y la neuróloga han coincidido sustancialmente en que padece un cuadro demencial de probable origen vascular, evolucionado, grado medio, permanente, con afectación de la memoria, la orientación temporal, la capacidad ejecutiva, y con simpleza ideativa y en los cálculos. Su estado determina *"la protección de un tutor que la represente legalmente y actúe por ella en tales esferas, salvo lo que se refiere a un "dinero de bolsillo" (entendemos aquí prudente 150 euros al mes, que el tutor lo puede distribuir semanalmente o como vea más conveniente, sin perjuicio de que judicialmente pueda reducirse o incluso suprimirse en un futuro, tras las audiencias correspondientes, si así se entendiese más beneficioso para la incapaz). Pero no hay obstáculo que le impida votar en las elecciones políticas, y tiene conservada una parte de su capacidad en lo personal para decidir dónde quiere residir y con quien, y tomar otras decisiones por sí misma; aunque no respecto de la toma de su medicación, comidas, vestido, aseo y empleados domésticos, al precisar atender las indicaciones y la ayuda de terceras personas, a cuyos aspectos se extenderá la tutela"*.

La demandada, dice la sentencia, *"no se pronunció a favor de su hijo o hija en particular, manifestando tanto en la exploración ante el juez de primera instancia como ante nosotros iguales querencias, aparte de que quiere vivir en su casa con asistente, en A Coruña; y aquéllos viven lejos, en Barcelona y Madrid; sus trabajos les obligan*



a viajar al extranjero con cierta frecuencia; y existe además entre ellos, como así también constató directamente este Tribunal al oírles en la Vista de apelación, fuertes desavenencias y enfrentamiento sobre el tema de su madre, que incluso ha trascendido a sus relaciones con ésta de una forma u otra.

En las circunstancias expuestas, no es beneficioso para la incapaz que la tutela la asuma ninguno de ellos, y se considera por ello que lo mejor, mientras no se arreglen al menos las cosas, es que el nombramiento como tutora recaiga en la Fundación Galega, coincidiendo así con lo decidido en la sentencia de primera instancia y lo defendido en el mismo sentido por el Ministerio Fiscal y hasta en la apelación por el hijo Don Genaro . La excepción está pues justificada por tales circunstancias, el beneficio de la persona incapaz, y lo permitido al respecto por el Código Civil".

SEGUNDO.- El recurso se desestima.

1.- Esta Sala, ha fijado doctrina jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa en la sentencia de 1 de julio de 2014 . En principio, dice, "el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela".

2.- Motivación existe en este caso, y es además razonable y lógica, por más de la discrepancia de uno de los dos hijos en aceptarla. Es cierto que esta forma de tutela implica un trato menos personalizado del discapaz y como consecuencia un menor compromiso por parte de quien aparece designado como tutor. Ahora bien, la razón por la que la sentencia de la Audiencia consideró que era más conveniente nombrar a la Fundación y no a su hija, no radica en la falta de aptitud de esta para asumir la tutela, sino en la existencia de fuertes desavenencias y enfrentamiento entre los hermanos sobre el tema de su madre, que lo desaconseja. Sin duda, este conflicto familiar entre quienes están llamados a asumir el cargo de tutor, no debería en sí mismo justificar en principio la alteración del orden de prelación. Si lo es en cuanto puede trascender en contra del interés de la tutelada y puede afectar a la atención, al cuidado y a la representación de sus intereses personales y patrimoniales que se verían perjudicados o no tan bien atendidos cuando, además, aquéllos "viven lejos, en Barcelona y Madrid " y sus trabajos les obligan a viajar al extranjero con cierta frecuencia.

3.- El interés superior del discapaz, 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 discapaz 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. Este interés viene referido a una mujer de 87 años, con un evidente deterioro psíquico y físico, sobre la que han de tomarse decisiones muchas veces inmediatas o urgentes, que en lo personal no va a sufrir cambios sustanciales puesto que vive, y quiere seguir viviendo, en su casa debidamente atendida, lo que no se protege a distancia ni en su mejor beneficio, y va a poder seguir viendo a sus hijos, pues no lo impide las funciones tutelares, mientras que las decisiones en lo patrimonial no van a verse afectadas por el enfrentamiento de los hermanos en el ejercicio de la tutela.

4.- La revisión en casación solo puede realizarse si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección de estas personas a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, y es evidente que la sentencia recurrida ha entendido que este interés está debidamente protegido y lo ha hecho con motivación suficiente, sin que la parte recurrente justifique que se oponga al mismo, por lo que no procede su revisión desde la perspectiva del mejor interés de la madre discapacitada.

TERCERO.- Se desestima el recurso, y se imponen las costas a la recurrente, según los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS



Desestimar el recurso de casación formulado por Doña Isabel contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña -Sección 4ª- con expresa imposición de las costas a la recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. Firmado y Rubricado.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ