



Roj: **SAP OU 543/2018 - ECLI:ES:APOU:2018:543**

Id Cendoj: **32054370012018100304**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2018**

Nº de Recurso: **485/2017**

Nº de Resolución: **310/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSEFA OTERO SEIVANE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**OURENSE**

**SENTENCIA: 00310/2018**

N10250

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

Tfno.: 988 687057/58/59/60 Fax: 988 687063

**N.I.G.** 32054 42 1 2016 0005780

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000485 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 6 de OURENSE

**Procedimiento de origen:** INCAPACITACION 0001490 /2016

Recurrente: Dª Sacramento

Procurador: Dª MARIA CARMEN SILVA MONTERO

Abogado: Dª MARIA DEL CARMEN GONZALEZ ALVAREZ

Recurrido: **MINISTERIO FISCAL y Fundación Pública Galega para a Tutela de Persoas Adultas**

Procurador:

Abogado:

**APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Señoras, doña Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández, Presidenta, doña Josefa Otero Seivane y doña María José González Movilla, Magistradas, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

**SENTENCIA NÚM. 00310/2018**

En la ciudad de Ourense a cuatro de octubre de dos mil dieciocho.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, en autos de Juicio Incapacitación procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Ourense, seguidos con el n.º 1490/16, Rollo de apelación núm. 485/17, entre partes, como apelante doña Sacramento, representada por la procurador de los tribunales doña Mª Carmen Silva Montero, bajo la dirección de la letrado doña Mª del Carmen González Álvarez y, como apelados, el Ministerio Fiscal y la letrada de la Xunta de Galicia, en representación de la Fundación Pública Galega para a Tutela de Persoas Adultas.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.ª Josefa Otero Seivane.



## I - ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 7 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Estimo la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro que procede modificar la capacidad de obrar de Sacramento declarando que no tiene la suficiente capacidad de obrar y habilidades necesarias para actuar por sí solo y prestar consentimiento válido en relación a:

1.-*Para realizar actuaciones de tipo económico o de administración de su patrimonio. (no puede realizar compras importantes).*

2.-*No puede otorgar testamento.*

3.-*No puede usar armas, no puede conducir.*

4.-*No puede otorgar por sí solo consentimiento válido en contratos o negocios jurídicos que afecten a su patrimonio. (no puede realizar compras a crédito, no puede otorgar préstamos).*

5.-*Decisión sobre cuestiones hereditarias.*

*Se adopta como medida de apoyo el nombramiento de TUTOR en la persona de Luis Andrés (nombrado en la escritura de autotutela) que deberá completar, y excepcionalmente suplir, la capacidad de obras Sacramento para aquellas actividades ya mencionadas."*

**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de doña Sacramento recurso de apelación en ambos efectos y, seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

**Tercero.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demandada Doña Sacramento, a través de su representación procesal, recurre la sentencia del juzgado de primera instancia nº 6 de los de Ourense que modifica su capacidad de obrar para determinados actos designando tutor a Don Luis Andrés. El recurso persigue que se deje sin efecto aquella resolución o subsidiariamente se nombre curador al designado como tutor únicamente para los períodos agudos de la enfermedad que aquella padece y para la venta de inmovilizado patrimonial incluyendo cuadros y joyas de valor y para adquisición de bienes o grupo de ellos que superen sus ingresos mensuales.

El recurso comienza señalando diversas irregularidades que se dicen cometidas en la tramitación del procedimiento cuales son la imposibilidad de contestación en plazo de la demanda al no haberse comunicado por los cauces adecuados, errores en la aportación de documentos por haberse mezclado las solicitudes de modificación de la capacidad de la apelante y de su madre (ya fallecida), lo que impidió que la primera conociese el procedimiento iniciado dándole oportunidad de personarse en forma y que comprendiese el alcance de la exploración judicial a que fue sometida en primera instancia, así como imposibilidad de aportación de documentos o informes relevantes en relación a sucesivos intentos de las hijas de la demandada para su incapacitación con objeto de conseguir la liquidación de la sociedad de gananciales de la demanda y su esposo pendiente desde su divorcio.

Al margen de que ninguna consecuencia jurídica se pide en relación con las supuestas irregularidades, lo cierto es que la denuncia no responde a la realidad. EL Ministerio Fiscal presentó la demanda después de que se pusiese en su conocimiento la situación de la demandada y de la madre de ella por una de las hijas de la primera y tras solicitar informe del médico forense a cuyo tenor doña Sacramento fue diagnosticada de trastorno bipolar, a juicio de aquel incapacitante para el gobierno de sus bienes. Los términos de la demanda no dejan lugar para la duda en cuanto a la persona frente a la que se dirige. La demandada fue emplazada en legal forma, de modo que pudo designar abogado y procurador de su libre elección. No lo hizo y asumió su defensa la FUNGA, designada judicialmente defensora en cumplimiento del artículo 758 de la ley de enjuiciamiento civil. La letrada de la recurrente compareció a la oportuna vista y pudo entonces interesar la práctica de las pruebas que estimaba oportunas, teniendo en cuenta las especialidades que en materia de alegación y prueba establece el artículo 752 de la ley de enjuiciamiento civil para este tipo de procesos, condicionando la aplicación de los principios dispositivo y de aportación de parte, que rigen en general en el proceso civil, a la protección de la persona con discapacidad cuando dispone que la decisión ha de adoptarse "con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento". Por último, el recurso no concreta prueba alguna omitida que pudiera ser relevante a efectos decisivos ni propone su práctica en la alzada junto



a aquellas cuya práctica ante el tribunal de apelación impone el artículo 759.3 de la ley de enjuiciamiento civil al que se ha dado cumplimiento. En suma, no existe infracción procedimental ni cabe hablar de indefensión de la demandada.

**SEGUNDO.-** En lo que atañe al fondo, el artículo 200 del código civil señala que son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí mismo, situación que claramente resulta de las pruebas practicadas en relación con la gestión por la demanda de su patrimonio. Los informes médicos recabados previamente a la demanda, en primera instancia y en esta alzada, junto con los testimonios de las hijas de la recurrente prestados en el juzgado y ante la Sala no permiten otra conclusión que la mantenida por la juzgadora de la instancia en orden al padecimiento incapacitante de la demandada.

El trastorno bipolar que padece, no cuestionado y causante de diversos ingresos hospitalarios, es persistente en el tiempo y si bien le permite realizar los actos propios de su autogobierno (capacidad que no trata de modificarse en la demanda y se admite en la sentencia), no ocurre lo mismo con los relativos a sus bienes, siendo en tal sentido concluyentes tales informes y significativos los testimonios de sus hijas respecto a determinadas disposiciones patrimoniales no justificadas, sin que exista dato alguno que permite inferir motivos espúrios en aquellos testimonios, máxime cuando la propia apelante ha admitido en su examen por la Sala la existencia de buenas relaciones entre ellas. En la vista celebrada en la alzada se apreció la natural preocupación que mantienen por su madre y por el establecimiento de un sistema legal de apoyo que le permita afrontar sus limitaciones, rehusando formar parte del mismo para la obtención de un control que quedaría dificultado por los sentimientos materno-filiales. Por ello, se conviene con la juzgadora de primera instancia en la necesidad de modificar judicialmente la capacidad de la apelante como forma idónea para protegerla, finalidad única y última perseguida por la legislación en la materia, fundamentalmente Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008.

**TERCERO.-** Se discrepa, sin embargo, de la sentencia apelada en relación con determinadas limitaciones a la capacidad de obrar y sistema de apoyo elegido.

En cuanto a las primeras, no se aprecian motivos para limitar la capacidad para otorgar testamento o realizar disposiciones mortis causa, adoptada genéricamente y sin motivar las circunstancias que pudieran llevar a esa drástica decisión. Contemplando supuesto de persona diagnosticada de esquizofrenia paranoide, con carácter irreversible y curso progresivo, la STS 597/2017 de 8 de noviembre, descarta la prohibición de testar, razonado que "Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el art. 665 CC, conforme al cual el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad". También la STS de 362/2018 de 15 de junio, sobre persona con esquizofrenia, rechaza la extensión de la curatela a los actos de disposición mortis causa "al ser el testamento un acto personalísimo y no especificarse por la sentencia recurrida cual será la intervención del tutor, ahora del curador, según se ha pronunciado la sala en la sentencia 597/2017 de 8 de noviembre".

En relación con las demás limitaciones se mantiene la sentencia apelada si bien precisando que la limitación respecto a las disposiciones patrimoniales afectará a las que superen los 900 euros mensuales que viene percibiendo la demandada de una pensión y de las rentas de un inmueble y que le permiten afrontar su subsistencia con una vida autónoma en domicilio independiente en el que recibe apoyo institucional (servicio del ayuntamiento) y visitas diarias de un amigo de la familia, según coincidieron en señalar la recurrente y sus hijas.

**CUARTO.-** Los sistemas de apoyo en nuestro derecho son esencialmente tutela, curatela, guarda de hecho y defensor judicial, figuras que, según reiterada jurisprudencia, han de ser interpretadas conforme los principios de la Convención, adoptando la más idónea para la persona de que se trate.

Centrándonos en las que aquí se barajan, la STS de 298/2017 de 16 de mayo, citada a su vez en la STSS 362/2018 de 15 de junio, proclama 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. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad ( arts. 287, 288 y 289 CC) " .



La STS 341/2014 de 1 de julio refiriéndose a la diferencia entre ambos sistemas proclama: "En puridad, 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 diferencial 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".

La ya citada STS 597/2017, que sustituye la figura del tutor por el curador, dice: "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".

En el caso que nos ocupa, se estima que la institución más adecuada a las limitaciones de la demandada, a la vista de la legislación en la materia y doctrina que la interpreta, es la curatela, no la tutela, en cuanto permite el control de las actividades respecto a las que se limita su capacidad de acuerdo con el espíritu que subyace a la Convención que, en palabras de la STS de 341/2014 de 1 de julio, "se orienta a la concepción de la tutela como un sistema de protección de la persona incapacitada que debe preservar y fomentar al máximo su autonomía".

Respecto a la persona idónea para el ejercicio del cargo se mantiene la designada en la sentencia apelada por ser una de las que la propia demandada nombró para tutor o, en su caso, curador en la escritura de autotutela que otorgó con fecha 17 de noviembre de 2008, nombramiento que se acepta en el recurso para el caso de mantenerse la limitación de capacidad y que aquella ha ratificado ante la Sala descartando posibles conflictos entre ambos que pudiera obstaculizar el desempeño de la función.

**QUINTO.-** En atención a los derechos en conflicto y a la estimación parcial del recurso, no ha lugar a expresa imposición de costas ( artículo 394 de la ley de enjuiciamiento civil). Procede, finalmente, la devolución del depósito constituido para apelar, en aplicación de la disposición adicional 15ª de la ley orgánica del poder judicial.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

#### **FALLO:**

Ha lugar en parte al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Sacramento, la procurador de los tribunales doña Mª del Carmen Silva Montero, contra la sentencia de fecha 07 de julio de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Ourense, en autos de Juicio Incapacitación nº 1490/16, Rollo de apelación nº 485/17, que se modifica en los siguientes términos: 1) se deja sin efecto la limitación que establece respecto a otorgar testamento y a realizar actos de disposición mortis causa. 2) se limita la capacidad de realizar actos de disposición o administración patrimonial cuyo importe exceda de 900 euros mensuales. 3) se sustituye el sistema de tutela por el de curatela, nombrando curador a Don Luis Andrés.

No se efectúa expresa imposición de costas.

Procede la devolución a la recurrente de la totalidad del depósito constituido para apelar.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas optar, en su caso, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y casación por interés casacional, dentro de los veinte días siguientes al de su notificación ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.