



Roj: **STS 2805/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2805**

Id Cendoj: **28079110012018100449**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2018**

Nº de Recurso: **4374/2017**

Nº de Resolución: **458/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11294/2017,**
STS 2805/2018,
AATS 12187/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 458/2018

Fecha de sentencia: 18/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4374/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN N. 24

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: AAV

Nota:

Resumen

MODIFICACIÓN DE CAPACIDAD. AUTOTUTELA

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4374/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 458/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller



D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 18 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de infracción procesal y de casación interpuesto por doña Bernarda , representada por la procuradora doña Gloria Arias Aranda, bajo la dirección letrada de don Eduardo López Pasaro, contra la sentencia dictada con fecha 25 de julio de 2017 por la sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid , en los autos de juicio de modificación de la capacidad, n.º 503/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 78 de Madrid. Han sido partes recurridas doña Felisa y don Severino , representados por la procuradora doña Alicia Martínez Villoslada, bajo la dirección letrada de don Antonio Bruno Lebrón Guirado. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- Con fecha 29 de septiembre de 2015 se presentó ante los juzgados de Bilbao demanda de juicio verbal de determinación de la capacidad de la persona dirigida contra doña Bernarda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«se dicte sentencia declarando la incapacidad legal del citado con expresión de los límites de la capacidad a que quede afecto y del régimen de guarda y tutela a que debe quedar sometido».

El Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Bilbao dictó decreto de fecha 14/10/2015, declarando competente para el conocimiento de las actuaciones el Juzgado de Primera Instancia n.º 78 de Madrid.

2.º- La procuradora doña Alicia Martínez Villoslada, en nombre y representación de doña Felisa y don Amadeo , 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:

«estimando la demanda se declare la incapacitación de doña Bernarda tanto para el gobierno de su persona como para regir y administrar sus bienes y sus determine el régimen de tutela o guarda a que ha de quedar sometida, nombrando tutor personal y patrimonial a su hermano don Amadeo conforme a lo solicitado».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 78 de Madrid, dictó sentencia con fecha 11 de julio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimando en parte la demanda formulada por el Ministerio Fiscal DECLARO modificada PARCIALMENTE la capacidad de obrar de Dña. Bernarda en las esferas relativas al cuidado de su salud y la administración de sus bienes en lo que exceda de gastos ordinarios, fijándose la cantidad para dicho concepto de 6.000 euros mensuales de acuerdo con su patrimonio, pudiendo disponer de dicha cantidad sin autorización judicial o de su tutor.

»Nombro como figura de apoyo y TUTOR PARCIAL a la AGENCIA MADRILEÑA PARA LA TUTELA DE ADULTOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID quien deberá representar a Dña. Bernarda en las actuaciones relativas a:

»1º Toma de decisiones y otorgar consentimiento informado en los momentos de descompensación de su enfermedad, sin perjuicio de que en caso de gravedad y urgencia pueda actuar un familiar de acuerdo con el artículo 9 de la Ley Básica de autonomía del paciente.

» El tutor deberá vigilar el cumplimiento del tratamiento pautado, el cual será obligatorio por necesidades de su enfermedad.

»2º Para actuaciones complejas o de administración de su patrimonio y en todos los actos relativos a la enajenación o gravamen de inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, celebración de contratos o actos susceptibles de transacciones, aceptación de herencias sin beneficio de inventario, e herencias y liberalidades, asunción de gastos extraordinarios; y cesión de arrendamientos, celebración de contratos de préstamo y bancarios, disposición de bienes o derechos a título gratuito.

» Pudiendo Da Bernarda hacer liberalidades o donaciones por sí misma dentro de la cantidad mensual fijada.



- » Manténgase lo acordado en el auto de medidas cautelares hasta que la presente resolución gane firmeza.
- » Sin que proceda efectuar expresa condena en costas».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Bernarda . La Sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 25 de Julio de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña Bernarda , representada por la Procuradora doña Gloria Arias Aranda; contra la sentencia de fecha 11 de julio de 2016; del Juzgado de Primera instancia número 78 de Madrid ; dictada en el proceso sobre incapacitación número 503/2016; seguido con doña Felisa y don Amadeo , representados por la Procuradora doña Alicia Martínez Villoslada; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución íntegramente; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación de doña Bernarda con apoyo en el siguiente: Motivo: Único.- Al amparo del artículo 469. 1. 3.º LEC por infracción del artículo 752.1 . y 752.3. y, en consecuencia, del artículo 24 CE y doctrina del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial efectiva. Denegación indebida de pruebas. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Se ha modificado la capacidad de doña Bernarda sin oír a sus médicos habituales ni a su tutor cautelar actual, pese a haber sido prueba expresamente solicitada en tiempo y forma.

También formuló **recurso de casación** basado en los siguientes Motivos: Primero.- Infracción de los arts. 199 , 200 , 322 del Código Civil y jurisprudencia constante del Tribunal Supremo. La modificación ha de ampararse en cuestiones concretas, suficientes y de tal calado que quiebren la presunción de capacidad de un adulto. No son admisibles pruebas ni apreciaciones de naturaleza indiciaria. Segundo.- Infracción de los art. 215 , 222 y 287 del Código Civil . Vulneración de los arts 10 y 14 de la Constitución Española y de los arts. 1, 12 y 28 de la Convención de Nueva York de 2006. Vulneración de la doctrina jurisprudencial expresa sobre el régimen legal y alcance de la incapacitación. Toda medida limitativa ha de ser adecuada a la situación real. Criterio restringido de intervención tutelar. Tercero.- Infracción de los art. 223.2 . y 234.1. del Código Civil en relación con los arts 10 , 14 , y 201, 1 de la Convención de Nueva York. Vulneración del art. 3 a) del 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. Incumplimiento de doctrina jurisprudencial expresa sobre motivos para anular las escrituras de auto tutela.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 7 de marzo de 2018 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Alicia Martínez Villoslada, en nombre y representación de doña Felisa y don Severino , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se case parcialmente la sentencia recurrida.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de julio de 2018, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Bernarda recurre la sentencia que modifica parcialmente su capacidad de obrar en las esferas relativas a la salud y administración de bienes que excedan de gastos ordinarios, y fija en seis mil euros al mes la cantidad para dicho concepto, de acuerdo con su patrimonio, nombrando tutor parcial a la Agencia Madrileña para la tutela de adultos de la Comunidad de Madrid.

La impugnación la hace a través del recurso extraordinario por infracción procesal y del de casación.

El primero se formula por infracción del artículo 752.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, del artículo 24 de la CE y doctrina del Tribunal Constitucional sobre tutela judicial efectiva porque se le han denegado de forma indebida determinadas pruebas y se ha modificado la capacidad de la recurrente sin oír a sus médicos habituales ni a su tutor actual.

El segundo tiene que ver con la modificación de la capacidad, régimen legal y alcance de la misma y, particularmente, sobre la anulación de las escrituras de la autotutela y designación de tutor y sus relaciones con sus dos hermanos, en particular con don Ignacio , por el que muestra su preferencia como tutor.



SEGUNDO.- La prueba solicitada respecto a la comparecencia de especialistas que han asistido últimamente a la recurrente ha sido practicada sustancialmente en la instancia y el tutor cautelar no ha formado parte de las pruebas interesadas durante la tramitación del procedimiento. La prueba además ha sido rechazada motivadamente por la audiencia provincial y no existen razones para ordenar su práctica, demorando de forma injustificada la solución del conflicto, más allá de la afirmación de la parte recurrente, especialmente referida a que se ha producido una infracción legal que debe ser corregida. Son además unas pruebas que carecen de relevancia en el sentido del fallo, en razón a que las que han sido practicadas y valoradas en ambas instancias, incluidos los informes médicos, son suficientes para resolver con absoluto conocimiento sobre su capacidad, como precisa el Ministerio Fiscal en su informe.

Se desestima, por tanto, el recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO.- El recurso de casación se va a estimar en parte.

En primer lugar, la prueba practicada, incluidas las exploraciones llevadas a cabo en ambas instancias, fundamentales para juzgar capacidad, explorando sus facultades cognitivas y volitivas, ha sido determinante para modificar la capacidad de la señora Bernarda , y este recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados para adoptar la medida que ahora se cuestiona no son contrarios al interés de la recurrente, sino todo lo contrario, conforme a las circunstancias concurrentes examinadas; circunstancias que se vuelven a poner de manifiesto en este recurso a partir de las diferencias existentes entre familiares derivadas de los importantes recursos económicos de los que disfruta Doña Bernarda y del control que de los mismos pretende hacerse ante la incontrovertida disminución de su capacidad, especialmente referida al nombramiento de tutor o curador.

«El juicio de incapacidad 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 discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica (sentencia 244/2015, de 13 de mayo).

En segundo lugar, a tenor de estos mismos hechos, es cierto, como se dice en el recurso, que el régimen de tutela impuesto es desproporcionado y está en absoluto desacuerdo con la jurisprudencia de esta sala. En sintonía con el Ministerio Fiscal, si se atiende a los hechos que han quedado probados la institución que más se adecua a las limitaciones del recurrente es la curatela, teniendo en cuenta que la sentencia de apelación declara la incapacitación parcial. «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 ; 118/2018, de 6 de marzo).

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, como así ha hecho el tribunal de instancia en función de cómo ha sido diagnosticada doña Bernarda y el efecto que tiene para su capacidad de obrar en las esferas relativas al cuidado de su salud y administración de bienes en lo que exceda de gastos ordinarios o de bolsillo, así como para las actividades instrumentales de la vida diaria que requieran planificación, aspectos sobre los que habrán de extenderse estos apoyos, en la forma recogida en la instancia.

En tercer lugar, y esto parece lo más relevante del recurso, se cuestiona el pronunciamiento de la sentencia que niega a su hermano Don Ignacio la posibilidad de ser nombrado tutor o curador, debido a que depende económicamente de su hermana y existe un evidente conflicto de intereses, además de una mala relación con el resto de la familia.

La sentencia 298/2017, de 16 de mayo , sobre la llamada "autotutela, declara lo siguiente:

«Según el art. 234.1.º CC (aplicable al nombramiento de curador, dada la remisión a las normas sobre nombramiento que contiene el art. 291 CC), para el nombramiento de tutor se prefiere en primer lugar al designado por el propio interesado conforme al párrafo segundo del art. 223 CC . Por tanto, la voluntad



expresada en escritura pública dirigida a designar a una persona para que, en caso de una futura modificación judicial de la capacidad, se le encomiende la función de prestar los apoyos que procedan (art. 223 CC debe ser respetada por el juez, que solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija. Así resulta de lo dispuesto en el art. 234. II CC . Sobre la exigencia de motivar adecuadamente un nombramiento que se aparte del orden legal se ha pronunciado esta sala en las sentencias 341/2014, de 1 de julio y 635/2015, de 19 de noviembre . De forma específica, sobre la motivación necesaria para apartarse de la designación hecha por el interesado en escritura pública, se han pronunciado también las sentencias 504/2012, de 17 de julio y 373/2016, de 3 de junio ».

El juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección, que está por encima de la autonomía de la voluntad.

En cualquier caso, la alteración del orden establecido en el art. 234.1 CC debe efectuarse en resolución motivada. Como expresa la sentencia 341/2014, de 1 de julio , que reiteran la 635/2015, de 19 de noviembre de 2015 y la 596/2017, de 8 de noviembre , entre otras, 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, que es lo que ocurre en el caso enjuiciado.

El interés superior del discapaz - 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 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 beneficio no lo encuentra en su hermano Ignacio y la sentencia no adolece de falta de motivación cuando le excluye como tutor a pesar de haber sido designado por la persona sometida a protección. Lo que hace es proteger a quien discrepa de esta solución procurando que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, conforme al artículo 12.4 de la Convención.

Sin duda la actuación preventiva del Juez y del Ministerio Fiscal pueden atajar en el control de la curatela situaciones contraías a este interés, pero lo mejor es no llegar a ellas cuando no es necesario por ese conflicto latente. Lo cierto es que ninguna seguridad existe que bajo el cuidado de su hermano se salvaguarden los derechos de esta persona, y así lo han visto los jueces que han resuelto en ambas instancias.

TERCERO.- Dada la especial naturaleza de esta materia y la estimación parcial del recurso de casación, no se hace especial declaración en cuanto a las costas causadas por los recursos (artículos 394 y 398 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar en parte el de casación formulados ambos por la representación procesal de doña Bernarda contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 24.ª-, de 25 de julio de 2017 ; que se modifica únicamente en cuanto al nombramiento de curador y no de tutor a cargo de la entidad designada en la misma, manteniéndola en lo demás; sin expresa imposición de las costas causadas por los recursos.

Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala, Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.