

Roj: **STS 3908/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:3908**Id Cendoj: **28079110012014100497**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/09/2014**Nº de Recurso: **18/2014**Nº de Resolución: **487/2014**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JOSE LUIS CALVO CABELLO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Septiembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso de casación núm. **18/2014**, interpuesto por el procurador don Rafael Serrano Martínez, en nombre y representación de doña Olga , contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo en el recurso núm. 271/2013, procedente de los autos de incapacitación núm. 239/2013 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo. Es parte recurrida doña Reyes . Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 30 de mayo de 2013, el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Oviedo, dictó sentencia en el procedimiento por incapacidad núm. 239/13, cuya parte dispositiva dice así:

«Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de Doña Reyes , debe declarar y declaro la incapacidad parcial de DOÑA Olga (nacida en Oviedo el NUM000 de 1926 y con DNI: NUM001) restringida a los actos de contenido patrimonial y a las decisiones sobre su salud, en concreto en las siguientes cuestiones: para celebrar contratos, préstamos, donaciones, y otros actos de disposición patrimonial o de contenido económico, incluido el manejo diario de dinero; para otorgar poderes a favor de terceros; para realizar disposiciones testamentarias y para el ejercicio del derecho de sufragio; y, en cuanto a su salud, para el autocuidado, el manejo de medicamentos, el seguimiento de pautas alimenticias y las decisiones sobre su tratamiento; para tomar decisiones sobre dónde ha de residir, así como para el manejo de armas y de vehículos, quedado sometida al régimen de tutela y designando como tutora a su hija Doña Reyes , sin hacer expresa imposición de las costas causadas.»

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por doña Olga , la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, practicó la prueba correspondiente, a cuyo término la recurrente desistió del recurso en lo relativo a su declaración de incapacidad parcial, quedando ceñida la apelación a la designación de tutor.

TERCERO.- Por sentencia de 7 de noviembre de 2013, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo resolvió el recurso en los siguientes términos:

«SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR DOÑA Olga , contra la sentencia de fecha treinta de Mayo de dos mil trece, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número nueve de Oviedo, en el Juicio de Incapacidad 239/2.013 . Se confirma la sentencia apelada, manteniendo el nombramiento como tutora de la incapaz en su hija Doña Reyes , sin hacer especial pronunciamiento de las costas causadas en esta segunda instancia.»

CUARTO.- Mediante escrito presentado el 12 de diciembre de 2013 en el Registro General de la Audiencia Provincial de Oviedo, el procurador don Rafael Serrano Martínez, en nombre y representación de doña Olga interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

a) El recurso extraordinario por infracción procesal está fundamentado en «error patente, interpretación ilógica, irracional y arbitraria de la prueba, que genera ... vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, vulnerando los artículos 752 , 759 respecto de la exploración de la incapaz, 348 con relación a la prueba pericial y 376 referido a la prueba testifical, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

b) El recurso de casación lo fundamenta por un lado, en la infracción de los artículos 234 y 244 del Código Civil , y por otro, en la existencia de interés casacional por estar en contradicción la doctrina de la Audiencia Provincial de Oviedo y la doctrina de la Audiencia Provincial de Navarra.

QUINTO.- Por auto de 25 de marzo de 2014, la Sala acordó admitir los mencionados recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

SEXTO.- Mediante escrito de 2 de diciembre de 2012, la procuradora doña Paloma Tomás de Carranza Méndez de Vigo, en nombre y representación de doña Reyes se opuso al recurso de casación argumentando que la recurrente pretende revisar la prueba a fin de establecer otro resultado.

SÉPTIMO.- El Ministerio Fiscal en su escrito de 11 de junio de 2014 interesó la estimación del recurso argumentando que la recurrente, al haber sido incapacitada solo para asuntos de contenido económico y cuestiones sobre su salud, conserva cierto grado de autonomía lo que «hace imprescindible la valoración por el juez de su deseo, expresado libremente, plasmado en la exploración judicial». Valoración de la que el juzgador prescindió causando a la recurrente la indefensión que denuncia.

OCTAVO.- Por providencia de 23 de julio de 2014, la Sala nombró nuevo ponente al magistrado Jose Luis Calvo Cabello, y señaló el siguiente día 9 de septiembre, a las 10:30 horas para deliberación, votación y fallo.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Luis Calvo Cabello,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aunque expuestos en los antecedentes de hecho de esta resolución, procede recordar aquí los siguientes extremos:

- 1.- Doña Reyes solicitó la incapacitación de su madre, doña Olga , y el nombramiento de ella como tutora.
- 2.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo, estimando en parte la demanda, declaró la incapacitación parcial de la recurrente y designó tutora a su hija, doña Reyes .

Por lo que respecta al primer pronunciamiento, la magistrada-juez de primera instancia argumentó que la prueba practicada había verificado que doña Olga sufría una enfermedad crónica que, sin restarle toda su autonomía, le impedía cuidarse y subvenir a sus necesidades. Y por lo que respecta al segundo pronunciamiento, argumentó que la designación de la hija respondía a que siempre había cuidado a su madre y a que los celos de esta hacia ella carecían de entidad y eran propios de una persona mayor y enferma.

- 3.- Doña Olga interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Oviedo, en cuyo curso, una vez practicadas las pruebas, se aquietó únicamente ante su incapacitación parcial.

- 4.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del Juzgado.

- 5.- Contra dicha sentencia, doña Olga interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

- 6.- El Ministerio Fiscal solicitó a esta Sala la estimación de los recursos interpuestos por doña Olga .

SEGUNDO.- Examinados los recursos, la disconformidad de la recurrente se ciñe a la valoración de la importancia de su voluntad en relación con el nombramiento de tutor: mientras que la Audiencia Provincial confirmó la designación de doña Reyes , hija de la recurrente, realizada por el Juzgado de Primera Instancia, la recurrente pretende que sea designado su hijo, don Fermín .

TERCERO.- Para resolver tal cuestión, debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

- 1.- La recurrente fue incapacitada únicamente -y ella lo asumió- para los actos de contenido patrimonial y las decisiones sobre su salud.
- 2.- Los dos hijos de la recurrente son igualmente idóneos para ejercer la tutela de esta.
- 3.- La recurrente manifestó en la instancia preferir a su hijo, don Fermín .

Preferencia que exteriorizó así: «Me fui con él porque estaba fastidiada con mi hija... estaba enfadada porque quiere mandar todo y llega un momento en que uno se cansa... un día dije que no, que se había acabado... ahora con mi hijo y no cambio más... los niños me besan mucho y estoy encantada... sí, claro (contestación a la pregunta de si quiere estar con su hijo)... no me quedo con ella ni por nada... tengo mi hijo que me cuida muy bien».

CUARTO.- Así las cosas, la Sala va a examinar directamente el recurso de casación porque, sin alterar los hechos de la sentencia recurrida, es posible una valoración jurídica de la influencia de la voluntad de la recurrente sobre el nombramiento de tutor distinta a la realizada en la instancia, resultando por ello innecesario pronunciarse sobre el recurso extraordinario por infracción procesal.

QUINTO.- *Recurso de casación: contenido del primer motivo*

El recurso de casación contiene cuatro motivos.

En el primer motivo, formalizado con base en el artículo 447.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la recurrente atribuye a la Audiencia Provincial haber infringido la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad firmado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y el artículo 234.1 del Código Civil en relación con los artículos 10, 14 y 20.1.a) de la Constitución Española.

SEXTO.- *La voluntad y el interés superior de la persona discapacitada.*

1.- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y firmada por el Plenipotenciario de España el 30 de marzo de 2007, fue ratificada por la Jefatura del Estado Español el 23 de noviembre de 2007. (Ratificación publicada en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008).

En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.5 del Código Civil, las normas jurídicas contenidas en la Convención son de aplicación directa, y, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución Española, los principios de la Convención deben ser aplicados para resolver los casos referentes a los derechos fundamentales y a las libertades.

2.- Después de recordar que la dignidad de la persona constituye la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, la Convención reconoce (reconocen, pues, todos los Estados firmantes) por un lado, la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidos aquellas que necesitan un apoyo más intenso, y por otro, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

Y en relación directa con el reconocimiento de estas necesidades de actuación, la Convención señala en su artículo 12.4 que «Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.»

3.- Antes de la Convención, el Código civil ya prestaba especial atención a la voluntad de la persona que podría ser incapacitada. Así, su artículo 234 disponía y dispone que «Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223», que establece lo siguiente: «Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor».

4.- Después de la Convención y en su mismo sentido, el 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, establece en su artículo 3.a) como principio de actuación «El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas».

SÉPTIMO.- *Criterios para la protección del interés de la persona con discapacidad.*

Con base en lo expuesto, ninguna duda puede existir de que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior, el que está por encima de cualquier otro que pueda concurrir.

Para conocer cuál sea ese interés, es preciso analizar con rigor y exhaustividad las circunstancias de cada caso, ya que, como se indica en el Preámbulo de la Convención, es indiscutible «la diversidad de las personas con discapacidad».

No obstante, extraída de la Constitución Española, de la Convención mencionada y de la legislación ordinaria, puede subrayarse la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada. Es cierto que en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias a fin de evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso.

OCTAVO.- En aplicación de lo expuesto, la Sala estima que la Audiencia Provincial de Oviedo no aplicó adecuadamente la Convención de Nueva York.

La Audiencia Provincial no hizo una expresa valoración de la voluntad de la recurrente. Aunque exploró a esta y se expresó -así resulta de la grabación del acto- en los términos antes transcritos [«Me fui con él porque estaba fastidiada con mi hija... estaba enfadada porque quiere mandar todo y llega un momento en que uno se cansa... un día dije que no, que se había acabado... ahora con mi hijo y no cambio más... los niños me besan mucho y estoy encantada... sí, claro (contestación a la pregunta de si quiere estar con su hijo)... no me quedo con ella ni por nada... tengo mi hijo que me cuida muy bien»], la Audiencia Provincial prescindió de lo que la recurrente dijo.

No obstante, el Juzgado de Primera Instancia hizo una valoración que puede ser entendida como una valoración de la voluntad de la recurrente. Dado que la Audiencia Provincial, al confirmar la sentencia del Juzgado, se remitió implícitamente a ella, procede analizarla.

El Juzgado se expresó así respecto a la voluntad de doña Olga : «[...] los recelos que expresa la incapaz frente a su hija (que le grita, que le dice cosas desagradables, que la obliga a ir al cuarto de baño) carecen de la mínima entidad, partiendo de que doña Olga es una persona mayor, con demencia y déficits de memoria».

Valoración de la importancia de la voluntad de la recurrente que la Sala no estima adecuada por las siguientes razones.

NOVENO.- Razones para estimar el motivo y nombrar tutor a don Fermín , hijo de la recurrente.

En primer lugar, es obligado tener en cuenta la voluntad de doña Olga . A tenor de lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la voluntad de la persona discapacitada (en el caso, incapacitada por decisión judicial) debe ser respetada salvo que razones objetivas permitan concluir que ello la perjudicaría.

Como resulta de las expresiones transcritas arriba -y muy resumidamente recogidas por la Audiencia Provincial al decir que manifestó su preferencia por su hijo-, la voluntad de doña Olga es inequívoca. No hay posible confusión. De forma clara y rotunda ha dicho reiteradamente que quiere vivir con su hijo, no con su hija. También, que la estancia con ella se acabó y no quiere volver. No se trata de que por razones nimias, consecuencia de su enfermedad, la señora Olga no quiera estar con su hija. Es, cualquiera que sea el motivo de esa decisión, la expresión del deseo de vivir con uno concreto de sus dos hijos, para lo que conservaba en la fecha de la sentencia recurrida el nivel de discernimiento suficiente. Y como doña Olga ha sido incapacitada solo en lo que se refiere a los actos de contenido patrimonial y a las decisiones sobre su salud, ninguna razón existe para que una expresión de voluntad tan clara no sea atendida.

Después, sucede que ambos hijos son, a juicio de la Audiencia Provincial, igualmente idóneos para ejercer la función de tutor de su madre: los dos hijos «se presentan por igual idóneos para el ejercicio de la tutela de su madre» (fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida); «No obstante la desestimación del recurso, la naturaleza de la materia controvertida, lo dudoso que resulta en el caso de autos la designación de tutor, presentando ambos hijos semejantes cualidades e idoneidad, se hace aconsejable no realizar especial imposición de costas...» (fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida).

Sucede además -y también es relevante al máximo puesto en relación con las razones anteriores- que la Sala no observa razón objetiva alguna que permita ni siquiera sospechar que esa voluntad le resulte perjudicial. Y por lo que respecta a las posibles suspicacias sobre la conservación del patrimonio de doña Olga , la Sala subraya que la ley establece medidas suficientes para desecharlas. Así, el Código Civil dispone en su artículo 232 que «La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado», añadiendo en su segundo párrafo que «En cualquier momento [el Ministerio Fiscal] podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela»; y en su artículo 233, que «El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituye la tutela o



en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado. Asimismo, podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado o del estado de la administración».

DÉCIMO.-- La estimación del primer motivo del recurso de casación, hace innecesario analizar los demás motivos.

UNDÉCIMO.- En aplicación de lo dispuesto por el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer ningún pronunciamiento sobre las costas del recurso, como tampoco respecto de las costas causadas en la primera instancia y en la apelación, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 394 y 398.2 de la misma Ley .

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

FALLAMOS

- 1.- Sin examinar el recurso extraordinario por infracción procesal, se estima el recurso de casación interpuesto por doña Olga
- 2.- Se casa la sentencia núm. 292, dictada el 7 de noviembre de 2013 por la Audiencia Provincial de Oviedo , que desestimaba el recurso de apelación formulado por doña Olga , y confirmaba la sentencia dictada el 30 de mayo de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo .
- 3.- Se estima el mencionado recurso de apelación y se revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo.
- 4.- Se nombra tutor de doña Olga a su hijo don Fermín .
- 5.- No se hace especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en los dos recursos y en las instancias.
- 6.- Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.
- 7.- Líbrese a la mencionada Audiencia 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 Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Eduardo Baena Ruiz. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jose Luis Calvo Cabello. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Luis Calvo Cabello, 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.