

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.

Para la determinación de la capacidad, el juez no está vinculado por los hechos aportados por las partes, ni por las pruebas solicitadas, sino que puede tener en consideración todos los hechos que estime relevantes, con independencia del momento en que hubieran sido aportados, y goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada.

Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia, en la que habrá de exponer cómo ha llegado a aquella determinada convicción psicológica. La incapacitación debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, y, en la medida de lo posible en la realización de un traje a medida.

Por sí una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera y una minusvalía administrativa del 90%, no tienen porque determinar la incapacitación total de la persona. Justificarán la causa de incapacitación en la medida en que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO

Fecha: 13/05/2015

Sala: Primera

Sección: Primera

Número Sentencia: 244/2015

Número Recurso: 846/2014

Número rollo: STS 1945/2015

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil quince.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Tramitación en primera instancia 1. El Fiscal presentó demanda de juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias adecuadas y efectivos para su ejercicio de D^a Ana , ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Picassent (autos núm. 855/2010), para que se dictase sentencia: "determinando los extremos objeto de este procedimiento arriba indicados, lo que comportará, teniendo como base la concreción de las habilidades conservadas: 1. La fijación precisa de la extensión de su capacidad jurídica.

2. Los medios de apoyo que se desprendan como más idóneos para la conservación de la capacidad jurídica arriba determinada: Tutela, Curatela, Defensor Judicial, Régimen de Guarda, o cualquier otro medio de apoyo adecuado.

3. Los actos a los que se refiera su intervención, cuando así proceda; debiéndose nombrar la persona que haya de asistirle o representarle y velar por él, conforme a lo dispuesto en el art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el art. 759.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con lo establecido en el Libro Primero, Título X, Capítulo I, II, III, IV y V del CC, relativos a la Tutela, Curatela, Defensor Judicial y Guardador de hecho.

4. Las salvaguardias adecuadas y efectivas para asegurar 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, y finalmente que sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias personales."

2. La procuradora Mercedes Soler Monforte, en representación de Ceferino , interpuso demanda de declaración de incapacidad y nombramiento de tutor de Ana ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Picassent (autos núm.

886/2010), para que se dictase sentencia: "por la que estimando la demanda, declare la incapacidad de la demandada tanto para el gobierno de su persona como para regir y administrar sus bienes, determinando la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela a que ha de quedar sometido la incapacitada constituyendo la tutela de la citada incapaz, nombrando tutor a D. Ceferino , comunicándose la resolución judicial estimatoria al Registro Civil y otros registros públicos que correspondan."

3. La procuradora María Luisa Galbis Ubeda, en representación de Ana , contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia: "por la que se desestime la demanda de incapacitación formulada por actor D. Ceferino , proclamando no haber lugar a la incapacitación en ningún aspecto de Doña Ana , levantando las medidas cautelares adoptadas en su día y condenando a costas a la parte promotora de tales medidas.

Subsidiariamente para el improbable supuesto que se estimara la demanda contraria, deberá nombrarse tutor y Administrador de sus bienes, a las siguientes personas por este orden.

1.- Doña Luz .

2.- Institución que corresponda de Albal o Valencia 3.- para el caso que se desestime el primer pedimento del súplico y no se nombre a Doña Luz tutor y administrador, deberá recaer el nombramiento de tutor en la Institución que estime procedente el órgano judicial, y todo ello por la elemental razón que entendemos que el tutor autopropuesto por el actor D. Ceferino está acreditado que concurren causas del Código Civil que le inhabilitan abiertamente para ser tutor."

4. El Juez de Primera Instancia núm. 3 de Picassent dictó Sentencia con fecha 4 de julio de 2011 , con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Estimando la demanda interpuesta por el del Ministerio Fiscal y la Procuradora Sra. Soler Monforte, en nombre y representación de D. Ceferino debiendo declarar y declarando a todos los efectos procedentes en derecho que Dña. Ana , es total y absolutamente incapaz para gobernarse por si misma y administrar sus bienes.

Procederá la constitución de la tutela de Dña. Ana , que será ejercitada por su hijo, D. Ceferino , cítese al interesado para la aceptación del cargo y toma de posesión. Requírasele para la aportación de hoja histórico penal y certificación de nacimiento actualizada.

Líbrese exhorto al encargado del Registro Civil, al que se acompañará testimonio de esta sentencia, a fin de que se practique la inscripción de la incapacitación.

No se hace expresa declaración en cuanto a las costas causadas en esta instancia."

Tramitación en segunda instancia 5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Ana .

La resolución de este recurso correspondió a la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante Sentencia de 12 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Ana .

Segundo.- Confirmar íntegramente la sentencia de instancia.

Tercero.- No hacer imposición de las costas de esta alzada.

Cuarto.- Se declara la pérdida del depósito consignado para recurrir."

6. Instada la aclaración de la anterior resolución, la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó Auto de fecha 13 de enero de 2014 , con la siguiente parte dispositiva: "No ha lugar a aclarar la sentencia recaída en estas actuaciones en el sentido solicitado por la recurrente, subsistiendo íntegros los pronunciamientos de la misma."

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación 7. La procuradora María Luisa Galbis Ubeda, en nombre y representación de Ana , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue: "1º) Infracción de los arts. 24 de la Constitución , art. 6 de la Convención Europea de Derecho Humanos , arts. 466 a 471 de la LEC ."

El motivo del recurso de casación fue: "1º) Infracción por aplicación indebida de los arts. 200 y 222 del Código Civil , arts. 18 , 19 y 20 de la Convención de Naciones Unidas (Convenio de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 , ratificado por España el 23 de noviembre de 2007) y arts. 244, núms 2 y 4, del Código Civil ."

8. Por diligencia de ordenación de fecha 6 de marzo de 2014, la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, tuvo por interpuestos el recurso

extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

9. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Ana , representada por el procurador Luciano Rosch Nadal; y como parte recurrida Ceferino , representada por la procurador Isabel Afonso Rodríguez. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

10. Esta Sala dictó Auto de fecha 11 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue: "ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de D^a. Ana contra la sentencia dictada, con fecha 12 de diciembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10^a), en el rollo de apelación nº 317/2012 , dimanante de los autos de juicio de incapacidad nº 855/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Picassent." .

11. Dado traslado, la representación procesal de Ceferino presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

El Ministerio Fiscal presentó escrito por el que consideraba que el recurso extraordinario por infracción procesal debía ser estimado y se adhería parcialmente al recurso de casación formulado.

12. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de abril de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Resumen de Antecedentes 1. A instancia del Ministerio Fiscal y de Ceferino , el Juzgado de Primera Instancia declaró la incapacitación total de Ana , y nombró tutor a su hijo Ceferino .

En la sentencia de incapacitación, el juez, después de valorar la prueba practicada, entre las que se encuentran la exploración judicial, el informe médico forense y lo relatado por los testigos que cuidan y atienden a Ana , apreció que: Ana sufre una demencia senil, con deterioro cognitivo leve que, además de manifestarse en una falta de orientación temporal, le afecta a la capacidad de valerse por sí misma, porque necesita atención personal para su cuidado personal y para administrar sus bienes. Entre otras cosas, no puede realizar la operaciones de cálculo elementales cuando se pretende comprar algo.



AlfredogarcialopezZ

ABOGADOS

El juez deja constancia de que el único medio de prueba aportado de contrario, un informe del psiquiatra Dr. Eugenio , quedó desvirtuado por la propia comparecencia de su autor y por la exploración judicial de Ana .

En el informe se manifiesta que tan sólo había tenido en cuenta la entrevista clínica, y no la información médica de la paciente. En relación con la capacidad de administrar sus bienes, el informe refiere que la paciente es capaz de realizar pequeñas sumas y restas, y en la exploración judicial quedó constancia de que esto no es así, pues el juez preguntó a Ana «que cambio le tenían que dar en caso de comprar una barra de pan que valía 68 céntimos, cuando se había entregado un euro», y no supo qué contestar.

La sentencia de primera instancia para justificar el nombramiento de Ceferino como tutor, atiende a las siguientes razones. Los parientes más próximos llamados por la Ley para hacerse cargo de la tutela son los dos hijos de la incapacitada, Ceferino y Luz . De los dos, la persona más idónea para garantizar el cuidado y atención de la madre es Ceferino , que es quien más se ha preocupado de ella desde que fue ingresada en la residencia donde se encuentra, la visita entre semana y la lleva al médico. En la residencia, cualquier problema o cuestión relativa al cuidado de Ana se la trasladan a su hijo Ceferino .

Por otra parte, en el parte de quejas y reclamaciones de la residencia, consta **que la hija se llevó a la madre a su casa para pasar un domingo sin esperar a que la enfermera le preparara la medicación para la comida ni darle la insulina, y que la devolvió sin haberle dado de cenar ni avisar la hora de llegada, provocando que a la paciente le hubiera subido mucho la glucosa.**

Aunque Luz había denunciado que su hermano tenía un conflicto de interés con su madre, que constituía causa de inhabilidad para hacerse cargo de la tutela, no ha quedado constancia del mismo.

2. La sentencia de apelación confirmó la sentencia de primera instancia. Después de realizar la explotación de Ana , recabar un nuevo informe médico forense y oír nuevamente a los parientes más próximos, y tras valorar toda la prueba corroboró que: Ana se encuentra afectada por una demencia senil de tipo vascular, según el diagnóstico del médico forense, de grado leve; tiene reconocida una minusvalía del 90%; carece de movilidad propia, al necesitar una silla de ruedas, y, además, precisa del cuidado de otra persona para realizar las áreas más elementales de cuidado personal, alimentación y para tomarse la medicación; está orientada en el espacio; si bien goza de cierta autonomía, esta solo es posible en un entorno protegido como el de la residencia; carece de las mínimas habilidades para una vida independiente, lo que le impide vivir sola; tiene limitaciones que le impiden administrar bienes y realizar compras.

3. Frente a la sentencia de apelación, Ana formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

Recurso extraordinario por infracción procesal 4. Formulación del motivo único . El motivo se formula «al amparo de lo previsto en los arts. 24 CE , 6 CEDH , y 466 - 471 LEC ». El art. 24 CE se habría infringido, junto con el art. 464 y concordantes LEC por la negativa discrecional y posiblemente arbitraria, irrazonada e ilógica de no admitirle a la demandada los medios de prueba directos como eran la prueba pericial médica del doctor en psiquiatría Eugenio y la pericial de la psicóloga Raimunda . Los dos habían sido citados a la vista a celebrar ante la sección de la Audiencia que debía resolver el recurso de apelación, y no se permitió su declaración.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

5. Desestimación del motivo . La prueba en los procesos de incapacitación está sujeta a unas reglas especiales, recogidas en los capítulos primero y segundo, del Título Primero, del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que deben ser interpretadas de conformidad con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006.

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.

El art. 200 CC , que regula las causas de incapacitación (" las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma "), y el art. 760.1 LEC , que regula la incapacitación judicial, deben ser interpretados bajo la consideración de que la persona con discapacidad "sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección", en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona (Sentencias 282/2009, de 29 de abril , y 341/2014, de 1 de julio).

La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. 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. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o



precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona (Sentencia 341/2014, de 1 de julio).

En estos procedimientos no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art. 752.2º último inciso LEC). El juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada.

Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia, en la que habrá de exponer como ha llegado a aquella determinada convicción psicológica.

Es en este contexto en el que hemos de valorar la infracción denunciada en el motivo. En primera instancia, se había admitido el informe elaborado por el psiquiatra Dr. Eugenio y se había practicado su interrogatorio durante la vista del juicio. En segunda instancia, se pidió que fuera nuevamente interrogado, y aunque fue citado, la Audiencia consideró que no era necesario volver a oírle. En cuanto al informe de la psicóloga Raimunda , se admitió por la Audiencia, pero tampoco se permitió su interrogatorio, por entender que resultaba irrelevante.

El tribunal de instancia, a pesar de la prueba denegada, consta que ha cumplido con la prueba preceptiva establecida en el art. 759 LEC , pues tanto el juez de primera instancia como la Audiencia han examinado por sí mismos a la presunta incapaz, han oído a los parientes más próximos, y han recabado los informes médicos pertinentes, en este caso los del médico forense de cada una de las dos instancias, junto con el informe aportado por la Sra. Ana del Dr. Eugenio y la información de los médicos que la atienden. El tribunal de instancia también ha interrogado a las personas que cuidan la residencia en la que se encuentra en la actualidad la Sra. Ana .

En este contexto en el que impera la discrecionalidad del tribunal de instancia, quien ha motivado en su sentencia la valoración de la prueba y cómo ha llegado a la convicción de que la Sra. Ana no está en condiciones de regirse por sí misma, y precisa de alguien que no sólo le asista en la realización de las tareas personales más elementales, sino también que le represente en sus intereses personales y patrimoniales, la

decisión de no oír al Dr. Eugenio y la psicóloga Raimunda , en la vista acordada por el tribunal de apelación para examinar a la Sra. Ana , no constituye una grave infracción que provoque la nulidad del proceso. La Audiencia de estos dos facultativos no resultaba determinante, en atención al resto de las pruebas practicadas, y porque sus informes habían sido aportados a los autos.

Recurso de casación 6. Formulación del motivo único . El motivo se funda en la infracción de los arts. 200 y 222 del Código Civil , y de los arts. 18 , 19 y 20 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. También se denuncia la infracción de los apartados 2 y 4 del art. 244 del Código Civil , en cuanto al nombramiento de tutor recaído en la persona de Ceferino .

En el desarrollo del motivo se razona que la conclusión alcanzada por el tribunal parece contradictoria con las pruebas practicadas, en concreto, con el informe del médico forense que, después de diagnosticar que la Sra. Ana sufre un deterioro cognitivo de leve a moderado, afirma que si se le hubiera proporcionado la asistencia de otra persona, podría no estar recluida y sí en su domicilio ayudada de una tercera persona.

Y muestra como resulta contradictorio que las limitaciones descritas en la sentencia para el cuidado de su persona, para moverse y para el cálculo mental, hayan conllevado la incapacitación total.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

7. Estimación del motivo . Si nos atenemos a la valoración realizada por el tribunal de instancia sobre las limitaciones de la Sra. Ana , apreciaremos que tales limitaciones no justifican la incapacitación total para la adopción de las medidas de protección que realmente precisa, a la luz de la Convención de Nueva York de 2006.

Como ya hemos reseñado en otras ocasiones (Sentencias 282/2009, de 29 de abril , y 341/2014, de 1 de julio), conforme a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006 , la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección. Y para que funcionen estos sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad. Esto comporta que puedan producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio.

De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

Lo anterior se traduce en lo que argumentábamos al comienzo del fundamento jurídico 5, en relación con que la incapacitación debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, y, en la medida de lo posible, en la realización de un traje a medida.

Por sí una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera y una minusvalía administrativa del 90%, no tienen por qué determinar la incapacitación total de la persona. Justificarán la causa de incapacitación en la medida en que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades.

Si revisamos la descripción de la situación de discapacidad de Ana que se contiene en la sentencia recurrida y corrobora la expuesta en la sentencia de primera instancia, y que en ambos casos ha servido para declarar su incapacidad total, se advierte una contradicción, pues podían haberse preservado los espacios de autonomía que se le reconocen, aunque sea en un entorno protegido. No consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista, o en una residencia. El hecho de que carezca de movilidad y necesite de una silla de ruedas, y el que precise de alguien que le cuide para cubrir sus necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión. En el plano patrimonial es más claro que al carecer de capacidad de cálculo, tiene graves dificultades para administrar sus bienes, lo que, sin embargo, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión sobre a qué destinar sus medios económicos. A este respecto, necesita de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad.

La consecuencia de la estimación del motivo de casación no es que asumamos la instancia y resolvamos sobre la capacidad de Ana, pues para ello sería necesario practicar su exploración judicial ante este tribunal.

Parece más conveniente, remitir los autos a la Audiencia para que vuelva a resolver teniendo en cuenta lo que acabamos de resolver.

Costas 8. La estimación del recurso de casación conlleva que no imponamos las costas a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).

Tampoco procede hacer expresa condena en costas del recurso extraordinario por infracción procesal, en atención a la cuestión controvertida sobre el grado de la capacidad de la recurrente y lo finalmente resuelto al estimarse el recurso de casación.

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

FALLO:

Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Ana contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10ª) de 12 de diciembre de 2013 , que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Picassent de 4 de julio de 2011 , sin hacer expresa condena en costas.

Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Ana contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10ª) de 12 de diciembre de 2013 , que dejamos sin efecto, y acordamos la devolución de las actuaciones al referido tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvase a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

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 Ramon Ferrandiz Gabriel.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sancho Gargallo , 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.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

El objeto del proceso es la determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardas adecuadas y efectivas (juicio de incapacidad) de una

persona afectada por una demencia senil de tipo vascular, así como el correspondiente nombramiento de guardador legal.

Se interponen dos recursos ante el Tribunal Supremo: un recurso extraordinario por infracción procesal, que se desestima, y un recurso de casación, que se estima.

La recurrente es Ana, la incapacitada; el recurrido, su hijo Ceferino, al que en primera instancia se había nombrado tutor, nombramiento confirmado en todos sus extremos por la Audiencia Provincial de Valencia.

1. Ana se encuentra afectada por una demencia senil de tipo vascular de grado leve: tiene orientación espacial y goza de cierta autonomía, si bien únicamente en el entorno protegido de la residencia en la que vive. Carece de las mínimas habilidades para una vida independiente, lo que le impide vivir sola, y tiene limitaciones que le impiden administrar bienes y realizar compras. Desde el punto de vista físico, tiene una minusvalía (discapacidad) reconocida del 90%: además de sordera, carece de movilidad, por lo que necesita silla de ruedas y precisa del cuidado de otra persona para realizar las tareas elementales de cuidado personal, alimentación y tomar la medicación.

2. Instan su incapacitación ante el Juez de Primera Instancia de Picassent, tanto su hijo Ceferino como el Ministerio Fiscal.

3. El Juzgado de Primera Instancia declara la incapacitación total de Ana, tras valorar las pruebas practicadas, entre las que se encuentran la exploración judicial, el informe médico forense y lo relatado por los testigos que la cuidan y atienden. En ellas se comprueba, además de lo dicho en el punto 1, que, entre otras cosas, Ana no puede realizar operaciones de cálculo elementales: de hecho, cuando el juez le preguntó "qué cambio le tenían que dar en caso de comprar una barra de pan que valía 68 céntimos, cuando se había entregado un euro", no supo qué contestar.

En esta instancia, Ana había aportado como medio de prueba en contrario un informe del psiquiatra Dr. Eugenio. Sin embargo, este informe quedó desvirtuado, en primer lugar, por el interrogatorio al propio Dr. Eugenio durante la vista del juicio, en el que reconoció que para su elaboración tan sólo había tenido en cuenta la entrevista clínica, y no la información médica de la paciente. En segundo lugar, y en relación con la capacidad de administrar sus bienes, el informe sostenía la capacidad de Ana para realizar pequeñas sumas y restas, de la que se demostró que carecía, como ya se ha relatado, en la exploración judicial.

4. Respecto al nombramiento de su hijo Ceferino como tutor, el Juzgado de Primera Instancia parte de que en principio son los parientes más próximos los llamados por la Ley para hacerse cargo de la tutela: en consecuencia, los dos hijos de la incapacitada, Ceferino y Luz. De los dos, la persona más idónea para garantizar el cuidado y atención de la madre es Ceferino, pues es el que más y mejor se ha ocupado de su madre desde que fue ingresada en la residencia donde se encuentra. Constan, además, algunas conductas inadecuadas por parte de la hija (por ejemplo, en el parte de quejas y reclamaciones de la residencia, se refleja que Luz se llevó a su casa a su madre Ana a pasar un domingo, sin esperar a que la enfermera le preparara la medicación para la comida ni darle la insulina, y que la devolvió sin haberle dado de cenar ni avisar la hora de llegada, provocando que la paciente sufriera una importante subida de glucosa).

Por su parte, Luz había denunciado que su hermano tenía un conflicto de intereses con su madre, que constituía causa de inhabilidad para hacerse cargo de la tutela, pero no ha quedado constancia del mismo.

5. La representación procesal de Ana recurre en apelación, pidiendo que fuera nuevamente interrogado el psiquiatra Dr. Eugenio; sin embargo, aunque fue citado, la Audiencia consideró que no era necesario volver a oírle. Se aporta en esta instancia un nuevo informe (esta vez de la psicóloga Raimunda), que si bien es admitido la Audiencia, no fue acompañado del interrogatorio de ésta, también solicitado, por entender la Audiencia que resultaba irrelevante.

Tras volver a realizar la exploración judicial, recabar nuevo informe médico forense y oír nuevamente a los parientes más próximos (todo ello preceptivo conforme al art. 759 Lec), resuelve la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia.

6. Tras la desestimación de la apelación, Ana interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Este recurso se formula por un motivo único: la infracción del art. 24 CE y de los arts. 464 y concordantes Lec por la "negativa discrecional y posiblemente arbitraria, irrazonada e ilógica de no admitirle a la demandada los medios de prueba directos como eran la prueba pericial médica del doctor en psiquiatría Eugenio y la pericial de la psicóloga Raimunda". Los dos habían sido citados a la vista a celebrar en la apelación, y la Audiencia no permitió su declaración.

El Tribunal Supremo desestima este recurso con fundamento en las especiales reglas a las que se sujeta la prueba en los procesos de incapacitación, recogidas en los arts. 748 a 763 Lec (que deben ser interpretadas de conformidad con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en adelante

Convención), que le otorgan al juez una discrecionalidad que le permite, en este caso concreto, prescindir de dichos interrogatorios.

Para fundamentar el carácter especial de estas reglas, la Sala Primera parte de que todo el proceso especial de modificación de la capacidad de obrar ha de concebirse "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", y siempre bajo la consideración --enunciada en las SSTs 282/2009, de 29 de abril (TOL1.514.778), y 341/2014, de 1 de julio (TOL4.468.983)-- de que la persona con discapacidad "sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección" en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona.

Como ya se dijo en la primera de las sentencias citadas por la Sala Primera (la conocida STS 282/2009, de 29 de abril), la incapacitación ha de ser "un traje a medida", que --se añade en la sentencia que comentamos-- requiere "un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones".

En el contexto de lograr el "traje a medida", juega un papel decisivo la actividad probatoria a la que se refiere este recurso, pues es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es esa situación y para ello, de entre las pruebas legales previstas "la exploración judicial juega un papel determinante". Exploración que se proyecta en el demandado sobre "sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona" (con cita de la STS 341/2014, de 1 de julio, de la que también es ponente Sancho Gargallo).

Pues bien, en estos procedimientos no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art. 752.2 Lec). El juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada, y en ese sentido, no está vinculado por los hechos aportados por las partes, ni por las pruebas solicitadas, sino que puede tener en consideración todos los hechos que estime relevantes, con independencia del momento en que

hubieran sido aportados. Eso sí, la sentencia deberá ser motivada, exponiendo cómo ha llegado a convicción psicológica determinada que le lleva a la elaboración de ese "traje a medida" concreto.

Recuerda el Tribunal que en las dos instancias se ha cumplido con todas las pruebas preceptivas según el art. 759 Lec: en el Juzgado de Primera Instancia y en la Audiencia, han examinado por sí mismos a la presunta incapaz, han oído a los parientes más próximos, y han recabado los informes médicos pertinentes --en este caso los del médico forense de cada una de las dos instancias--, y respecto a los aportados por la demandada Ana, el informe aportado por el Dr. Eugenio y la información de los médicos que la atienden.

También se ha interrogado a las personas que cuidan la residencia en la que se encuentra la demandada.

La decisión de no oír al Dr. Eugenio y la psicóloga Raimunda en la vista acordada por el tribunal de apelación para examinar a Ana, no constituye, por tanto, una grave infracción que provoque la nulidad del proceso, porque no resultaba determinante en atención al resto de las pruebas practicadas, y porque además sus respectivos informes habían sido aportados a los autos.

El motivo también es único: la infracción de los arts. 200 y 222 Cc en cuanto a la incapacitación total y el sometimiento a tutela, de los apartados 2 y 4 del art. 244 Cc en lo referente al nombramiento de Ceferino como tutor, y de los arts. 18, 19 y 20 de la Convención de Nueva York. No se menciona infracción de doctrina jurisprudencial ni de derechos fundamentales de la Constitución Española, lo que tiene alguna consecuencia que analizaremos en el comentario.

En concreto, y partiendo de la premisa expuesta de la necesidad de adaptación a las necesidades de la persona de cuantas limitaciones pudieran establecerse, la recurrente aduce la falta de necesidad de una incapacitación total a la vista de su situación real. A su vez, y en cuanto a su residencia, afirma que si se le hubiera proporcionado la asistencia de otra persona, podría no estar recluida y sí en su domicilio ayudada de una tercera persona.

La Sala Primera, con base en la doctrina jurisprudencial sobre la Convención de Nueva York (reflejada, entre otras en las citadas SSTS 282/2009, de 29 de abril, y 341/2014, de 1 de julio), tras revisar la descripción de la situación de discapacidad de Ana referida en ambas instancias, advierte una contradicción, pues "podían haberse preservado los espacios de autonomía que se le reconocen, aunque sea en un entorno protegido. No consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la

posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista, o en una residencia. El hecho de que carezca de movilidad y ...precise de alguien que le cuide para cubrir sus necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión".

Tampoco se encuentra justificación para una incapacitación total en el ámbito patrimonial que anule totalmente su capacidad de decisión sobre el destino de sus medios económicos. Reconoce la Sala, no obstante, que "al carecer de capacidad de cálculo, tiene graves dificultades para administrar sus bienes...necesita de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad".

Sin embargo y pese a emplear el elocuente "complemente" no afirma --al menos expresamente-- que el régimen adecuado sea el de la curatela y no se pronuncia acerca del nombramiento de la persona concreta del tutor, sino que, de manera ciertamente no usual, concluye diciendo que "La consecuencia de la estimación del motivo de casación no es que asumamos la instancia y resolvamos sobre la capacidad de Ana, pues para ello sería necesario practicar su exploración judicial ante este tribunal. Parece más conveniente, remitir los autos a la Audiencia para que vuelva a resolver teniendo en cuenta lo que acabamos de resolver".

Esta sentencia continúa con la línea jurisprudencial iniciada por la ya citada sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 282/2009, de 29 de abril (ponente Roca Trías), sobre la reinterpretación que ha de darse a nuestro actual proceso de incapacitación y a las correspondientes figuras de guarda legal, a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad y concretamente de su art. 12 (igual reconocimiento como persona ante la Ley).

En aquel pronunciamiento el Tribunal Supremo declaró que los arts. 10.1 y 23.1 CE no se consideran infringidos por el hecho de la incapacitación en sí, siempre que las actuaciones concretas se hagan a la luz de una interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico --CE y Convención--, integrando la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Desde ese prisma, las limitaciones en la capacidad de obrar de la persona han de ser siempre un último recurso, y han de adaptarse estrictamente a las necesidades de la persona que las sufre, en aras precisamente a su protección.

Ciertamente, la graduación de la incapacitación era una línea ya marcada por la reforma de la Ley 13/1983, pero no conseguida en la práctica, bien por las inercias presentes en muchos Juzgados de optar entre la plena capacidad, y la

incapacidad absoluta para gobernar su persona y bienes, o como mucho, una incapacidad parcial pero absoluta para administrar los bienes, bien por la convicción de algunos jueces de incapacitaciones de que el detalle excesivo de la sentencia puede entorpecer el desempeño de la tutela, perjudicando en definitiva, al incapacitado.

La ratificación de la Convención supuso en este sentido un punto de inflexión, pues como, en elocuentes palabras del Ministerio Fiscal se recoge en la sentencia de abril de 2009, "(Y)a no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta (F.J. 3º)". Tendencia recogida en sentencias posteriores con afirmaciones como: "todos los profesionales que intervienen en el mismo, somos modistos de alta costura, y estamos haciendo un traje o un vestido único para esa persona, de tal forma que la incapacidad que se pida y la que se conceda, debe ajustarse perfectamente a esa persona, y sólo y exclusivamente a ella. Cada incapaz necesita su especial medida de protección" (Sentencia Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Gijón, de 13 de octubre de 2009).

Como decía, la propia Sala Primera y los Tribunales inferiores parecen haber seguido mayoritariamente esta línea, máxime cuando no ha habido todavía ninguna modificación legislativa al respecto, fuera de cuestiones importantes pero nominales (v.gr., ya no se habla de incapacitados sino de "personas con capacidad modificada judicialmente", como hace la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

De las sentencias posteriores destaca, además de la necesidad de hacer el "traje a medida" a cada persona cuando se modifique su capacidad, la tendencia hacia la curatela y las funciones de mera asistencia, si bien la realidad obliga al juzgador a hacer construcciones ad casum que no corresponden, con la curatela (ni con la tutela) tal y como está configurada en el ordenamiento jurídico estatal. De hecho, hay que reconocer que es difícil en muchos casos dilucidar si la persona es incapaz pero con posibilidad de un margen de actuación por sí misma (el punto de partida sería entonces la tutela), o capaz pero con necesidad de complementos de capacidad que en alguna ocasión requieren incluso de necesidad de sustitución (el punto de partida sería la curatela).

Antes de centrarnos en la sentencia que comentamos hay que citar, como antecedente próximo de la misma, la STS 341/2014, de 1 de julio, en la que el ponente es, como en la de 2015, Sancho Gargallo: en las dos se aprecia un cambio respecto a las sentencias anteriores (de distintos ponentes) en materia de capacidad de las personas porque, a diferencia de aquellas, en las dos se falla acordando la remisión de los autos a la Audiencia para que resuelva sobre las respectivas cuestiones que se plantean, a la luz de lo que la Sala Primera, a su vez, resuelve.

En esta sentencia anterior, se trataba de un caso en que un hijo había instado la incapacitación total de su madre, solicitando que se le nombrara tutor a él, por ser el pariente próximo más idóneo; aunque hay otro hijo, éste carecía condiciones de asumir la tutela pues padecía una esquizofrenia paranoide, con síndrome de Diógenes. Pese a ello, este hermano se personó en el procedimiento, pidiendo la incapacitación de su madre, e interesando que se le nombrara a él tutor.

En primera instancia se declaró su incapacitación total y al advertir un conflicto de intereses entre los hijos de la incapacitada, el juzgado siguió la recomendación contenida en el informe del médico forense --que valorando la situación familiar y de la incapaz, había concluido que esta "se encontraría más amparada y cuidada en la institución donde se encuentra ingresada en la actualidad"-- y nombró tutor a la Fundación Murciana para la Tutela.

Recurren en apelación ambos hermanos, alegando que el nombramiento de la Fundación alteraba el orden de prelación legal para la designación de tutor, y solicitando cada uno de ellos que se les nombrara tutor.

La Audiencia desestima ambos recursos, en atención a que el segundo de los hermanos carece de condiciones para asumir la función de tutor de su madre y a que el conflicto entre los dos hermanos desaconseja el nombramiento del primero (Justo). Sólo este segundo es quien recurre en casación.

En su informe, el Ministerio Fiscal: 1) revisa los antecedentes médicos de la incapacitada y dado que las deficiencias son esencialmente somáticas y no psíquicas, entiende que al superior interés de la persona con discapacidad, a la luz criterio restrictivo marcado por la Convención, debería haberse establecido una incapacitación parcial y nombrar un curador, en vez de un tutor, que le sirva sólo para aquellas facetas para las que la incapacitada no pueda gobernarse por sí misma, y 2) interesa que se nombre curador al recurrente, Justo, pues el conflicto familiar entre los dos hermanos no justifica por sí sólo que se hubiera alterado el orden legal de los llamados a ejercer la tutela.

La Sala Primera estima el recurso de casación, y entiende que el tribunal de instancia ha infringido el art. 234 Cc al prescindir de las personas llamadas a asumir la tutela, sin haberlo motivado en que así lo exige el beneficio del incapacitado porque: 1) el nombramiento del hijo no es incompatible con que su madre siga en la residencia donde se encuentra en la actualidad, y 2) el conflicto de intereses entre los hermanos no significa que el cuidado y representación de los intereses personales y patrimoniales de la madre incapaz por el recurrente pueda serle perjudicial o no tan beneficiosa como la tutela ejercida por la fundación.

Como la Sala sólo puede pronunciarse acerca del motivo de casación (el orden legal del art. 234 Cc), no puede fallar acerca de si lo procedente hubiera sido o no la curatela, sino que lo único que hace es dejar sin efecto el nombramiento de la fundación. Pero en contra de sentencias anteriores en materia de discapacidad de la misma Sala, en las que en el fallo se acuerda lo procedente (en este caso, se hubiera nombrado directamente tutor a su hijo Justo), acuerda remitir los autos al tribunal de apelación, para que resuelva sobre la designación del tutor, previa audiencia del incapacitado y la práctica de los medios de prueba que de oficio estime oportunos para cerciorarse de si el interés de la incapacitada exige dejar de nombrar tutor a su hijo Justo, y designar a una fundación pública tutelar, en cuyo caso su justificación deberá reflejarse en la sentencia.

El recurso extraordinario por infracción procesal se basa en una vulneración de las normas en materia de prueba, como hemos visto.

Para la correcta interpretación de las normas probatorias en los procesos de modificación de la capacidad de obrar, hay que tener en cuenta que en ellos se busca la verdad material por encima de la formal, puesto que su finalidad es la efectiva protección de la persona cuya capacidad de modifica, mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de ésta.

Este proceso continua respondiendo formalmente al principio contradictorio y en ese sentido, la nueva Ley de Jurisdicción voluntaria de 2015 no ha introducido modificaciones: el carácter contradictorio se mantiene para dotar de mayores garantías al proceso, dando intervención el presunto incapaz, que puede comparecer en el proceso en su propia defensa y representación o en su caso, ser defendido por el Ministerio Fiscal, o en su caso, por un defensor judicial. El carácter contradictorio, por tanto, en ningún caso es consecuencia de que lo que se sustancie sea, como dice la sentencia, "un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente, caracteriza los procesos civiles".

En la actividad probatoria de estos procesos se da una quiebra de los principios dispositivo y de aportación de parte que tiene como consecuencia, según el art. 752.1 y 2 Lec: a) que debe decidirse "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"; b) que el tribunal no se ve vinculado por la conformidad de las partes sobre los hechos y que, en este sentido, el recibimiento a prueba no dependerá de la no conformidad de las partes respecto de los hechos, ni de petición de alguna las partes; c) que no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos y d) que, sin perjuicio de las pruebas que se

practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y las partes, el Juez puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes.

En todo caso, se ha de explorar a la persona con discapacidad, oír el dictamen del facultativo y dar audiencia a los parientes más próximos (art. 759 Lec). La realización de estas pruebas es imperativa, y su falta puede provocar la nulidad del proceso, por cuanto son una garantía esencial de los derechos del presunto incapaz.

El art. 759.3º Lec refuerza esta garantía al obligar a la realización de las mismas en segunda instancia, extendiendo el principio de inmediación no sólo al Juzgado de primera instancia sino también al tribunal de apelación, y ello, con independencia del contenido de la sentencia apelada.

No pierden su carácter probatorio --aunque sea de carácter especial-- porque sirven de base necesaria para, como dice la sentencia, la formación de la "convicción psicológica" del juzgador para desvirtuar la poderosa presunción de capacidad de la persona que sigue vigente en nuestro ordenamiento y hacer, en función de ello, un determinado "traje a medida"; convicción que habrá de motivarse necesariamente en la sentencia.

En la elaboración del "traje a medida" adquiere un especial protagonismo la primera de ellas: la exploración judicial. Con ella, como se dice en la STS de 2014 y se repite en la que comentamos, se puede adquirir "una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. ...Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona". Es decir, no basta con alegar la mera realización de las pruebas preceptivas, sino que estas "han de superar las preguntas estereotipadas", con una labor proactiva por parte del juez. Cómo pueda valorar esto el Tribunal ante quien se recurra una sentencia, nos introduce de nuevo en otro ámbito de apreciación propio de la labor jurisdiccional.

El Tribunal Supremo se apoya en la Convención de Nueva York de 2006, sin citar ningún artículo concreto (los recurrentes sí que lo hacen, aunque, curiosamente, no del art. 12, que es el fundamental en estos casos), para entender que las circunstancias físicas y mentales de la demandada no anulan su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona. En concreto, la Sala primera dice que ello no "justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión", pero tampoco dice que entonces sea totalmente capaz y pueda decidir por sí sola. El empleo del

término "totalmente" nos puede sugerir que aquí sea necesario un apoyo, de los que habla la Convención, o en definitiva, un complemento de capacidad como el que presta un curador, pero nada de eso dice la sentencia.

Lo mismo sucede en este caso en el ámbito patrimonial, aunque sus limitaciones allí sean más graves, lo que sin embargo, para la Sala, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión sobre a qué destinar sus medios económicos. Reconoce la Sala, no obstante, que "al carecer de capacidad de cálculo, tiene graves dificultades para administrar sus bienes...necesita de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad".

Parece que la consecuencia natural sería entonces que se casara la sentencia en este punto y se nombrara un curador, incluso decidiendo la persona concreta que ocupara ese cargo.

Así se hace en otras sentencias, como la STS 544/2014, de 20 de octubre (TOL4.530.349, ponente Seijas Quintana), que resuelve un caso de una persona con grave deficiencia visual e inteligencia límite que, si bien no tiene enfermedad o minusvalía que le impida gobernar por sí mismo su persona, carece de plena capacidad para gobernar su patrimonio. En primera instancia y en apelación se le consideró completamente incapaz para regir su patrimonio y se rehabilitó la patria potestad de la madre, para que "la administración y disposición de sus bienes estén supervisados y controlados por persona allegada y de confianza que, conociendo la trascendencia económica de los actos y su valor, defienda sus intereses". El incapacitado recurre en casación (también interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que se desestima) y el Tribunal Supremo admite que "la rehabilitación de la patria potestad... implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención", y declara expresamente en el fallo que el demandado es "parcialmente incapaz respecto de los actos a los que se refiere la sentencia recurrida, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida adaptada a sus ingresos (dinero de bolsillo), conservando su iniciativa, pero precisando para ello del curador, su madre ... en la forma que también refiere la sentencia sobre toma de posesión, inventario, informes y rendimiento de cuentas".

No hace así la sentencia que comentamos sino que --y esto es lo más llamativo de la misma, y lo comentaré en el epígrafe siguiente-- como se dice en el FJ 7º, para resolver sobre la capacidad de Ana "sería necesario practicar su exploración judicial ante este tribunal. Parece más conveniente, remitir los autos a la Audiencia para que vuelva a resolver

teniendo en cuenta lo que acabamos de resolver", lo que en términos del Fallo se expresa con un "acordamos la devolución de las actuaciones al referido tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia".

En materia de incapacitación encontramos un antecedente de este tipo de fallo en una sentencia precisamente del mismo ponente (Sancho Gargallo): la ya citada STS de 2014.

El motivo del recurso de casación en la sentencia de 2015 que analizamos, fue, recordemos, la "1º) Infracción por aplicación indebida de los arts. 200 y 222 del Código Civil (LEG 1889, 27), arts. 18,19 y 20 de la Convención de Naciones Unidas (Convenio de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 (RCL 2008, 950), ratificado por España el 23 de noviembre de 2007) y arts. 244, núms 2 y 4, del Código Civil (LEG 1889, 27)". No alega, a diferencia de otras sentencias en esta materia, infracción de doctrina jurisprudencial, ni en ningún momento menciona el interés casacional. Pero tampoco alega vulneración de un derecho fundamental (otras sentencias en incapacitación sí lo hacen: el 10, el 14 CE, etc.). Si excluimos el acceso por razón de la cuantía, no se alcanza a ver cómo juegan en este caso los arts. 477 y 487 Lec para permitir tal remisión de los autos.

Acaso la explicación sea que el recurso se fundamenta en la violación de los artículos de la Convención, sobre la base de que esta recoge derechos de las personas con discapacidad que se pueden considerar, a esos efectos, derechos fundamentales.

El problema es que cuando se habla de derechos fundamentales en este contexto, parece estarse pensando fundamentalmente en los previstos en la Constitución Española, y dentro de ellos, sólo en aquellos que puedan ser susceptibles de tutela jurisdiccional civil, en concreto los que señala el art. 249 Lec: honor, intimidad personal y familiar, propia imagen, así como las libertades de expresión e información.

Si aceptamos la hipótesis de que esa ha sido la puerta de entrada a la casación, correspondería entonces aplicar el art. 487.2 Lec "La sentencia que ponga fina al recurso de casación confirmará o casará, en todo en parte, la sentencia recurrida". Es decir, en un caso como éste en el que se estima el motivo de casación, se casará o anulará la sentencia recurrida. Pero a diferencia de lo dispuesto en el art. 1715.1.3º de la Lec 1881, en la actual Lec no se establece expresamente que el Tribunal, si estima el recurso, deba asumir la tarea del órgano de instancia dictando él una nueva sentencia. Sin embargo, la doctrina da por supuesta esta función, de modo que casada la sentencia procederá a resolver el fondo del litigio en los términos que procedan.

El problema en este caso se plantea porque el Tribunal Supremo no puede hacer una valoración de los hechos, sino únicamente de la aplicación de la ley, pero tal aplicación se hace necesariamente sobre una valoración de los hechos. La Sala Primera entra a valorar los hechos declarados probados --en este caso, las limitaciones físicas y psíquicas de Ana--, teniendo que partir de la determinación de los hechos que hace el tribunal de instancia (salvo que hubiese una infracción procesal de las reglas de valoración de prueba). Una vez determinados los hechos, el Tribunal Supremo considera que la valoración que se ha hecho de las circunstancias de la presunta incapaz ha determinado una aplicación de la Ley lesiva de los derechos fundamentales de esta, porque se ha ido mucho más allá de lo necesario para la protección de la incapaz, de modo que la pretendida protección se vuelve en su contra, al privarle de espacios de beneficiosa y positiva autonomía.

Por lo tanto se casa la sentencia, en cuanto que la interpretación de la ley resulta lesiva de los derechos fundamentales. Hecho esto, el Tribunal Supremo no se atreve a determinar cuál es el alcance concreto que haya que dar a las eventuales restricciones la capacidad de Ana, sino que eso debe hacerlo el tribunal de instancia, puesto que para ajustar el traje a medida ha de volver a ver a la demandada. En efecto, para ello tendría que valorar las circunstancias de esta, y se encuentra con que no hay trámite para hacerlo él mismo, pero tampoco puede hacerlo sobre la simple determinación de los hechos probados, y por tal motivo, lo remite al tribunal inferior para que lo haga.

La solución es justa y casa, valga la redundancia, con la filosofía actual que preside todo lo referente al proceso de modificación de la capacidad, pero no se ajusta estrictamente a la actual Ley de enjuiciamiento civil: quizá sea un ejemplo de la función integradora del Tribunal Supremo y de interpretación flexible de la Ley, que inicie una jurisprudencia consolidada en este punto en materia de discapacidad, y puede, incluso que sugiera un futuro cambio en la Ley.



Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS



25

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



