



Roj: **STS 940/2022 - ECLI:ES:TS:2022:940**

Id Cendoj: **28079110012022100195**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2022**

Nº de Recurso: **6512/2021**

Nº de Resolución: **206/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 318/2021,**
STS 940/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 206/2022

Fecha de sentencia: 14/03/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 6512/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE ORENSE, SECCIÓN 1.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 6512/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 206/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. **José Luis Seoane Spiegelberg**



En Madrid, a 14 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Amalia , representada por la procuradora D.^a Lucía Taboada González, bajo la dirección letrada de D. Adolfo Taboada González, contra la sentencia n.º 232/2021, dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Orense, en el recurso de apelación n.º 166/2021, dimanante de las actuaciones de juicio verbal n.º 195/2020, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000 , sobre declaración de incapacidad.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El Ministerio Fiscal interpuso demanda de juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias respecto de D.^a Amalia , en la que solicitaba:

"UNO.- [...] que respecto a D./D^a Amalia se proceda a la fijación de:

- a) La capacidad jurídica.
- b) Los medios de apoyo: Rehabilitación de la Patria Potestad, Tutela, curatela, Defensor Judicial, Régimen de Guarda, o cualquier otro medio de apoyo adecuado.
- c) Las salvaguardias para su ejercicio que sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias personales.

DOS.- Que previos los trámites procedentes, dicte 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 demanda fue presentada el 10 de julio de 2020, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Verín, se registró con el n.º 195/2020. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La Letrada de la Xunta de Galicia, como representante legal de la Fundación Pública Galega para la Tutela de Personas Adultas (Funga), defensora judicial de D.^a Amalia , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia na que, se desestime a demanda de incapacitación agás que quede probado que a persoa presuntamente incapaz padece enfermidades ou deficiencias persistentes que lle impiden gobernarse por si mesma.

No caso de declararse a incapacidade, a sentenza deberá determinar os seus límites e extensión, designando á persoa que deba asumir a tutela ou curatela do incapaz, e ordenando a súa inscrición no Rexistro Civil".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Verín, dictó sentencia de fecha 26 de octubre de 2020, con la siguiente parte dispositiva:

"1º.- Con estimación íntegra de la demanda presentada por el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro la INCAPACITACIÓN TOTAL de Dña. Amalia , para regir su persona y bienes y para el ejercicio de sus derechos cívicos y políticos; y en su consecuencia, debo acordar y acuerdo el nombramiento de Fundación Pública



Galega para la tutela de personas adultas (FUNGA), como tutor respecto del incapaz, Dña. Amalia quedando relevado de prestar fianza, y debiendo ejercer su cargo con estricta observancia de los deberes y prohibiciones inherentes al mismo.

2º.- No procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas.

3º.- Firme esta resolución dese posesión del cargo al referido tutor previa aceptación y juramento del mismo, advirtiéndole que está obligado a velar por el tutelado, alimentarlo, educarlo, promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad, así como a informar al Juez anualmente sobre su situación y la administración de sus bienes, necesitando, en todo caso, autorización judicial para la realización de actos tales como la renuncia de derechos, la realización de gastos extraordinarios en sus bienes....., y teniendo totalmente prohibido: a) la recepción de liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, en tanto no se haya aprobado definitivamente la gestión, b) la representación del tutelado cuando en tal acto intervenga en nombre propio o de un tercero y exista conflicto de intereses, así como, c) la adquisición por título oneroso de bienes del tutelado o la transmisión al mismo por su parte de bienes por igual título; y comuníquese esta resolución a la Oficina del Censo Electoral y líbrese exhorto al Registro Civil correspondiente para la práctica del asiento correspondiente así como para la inscripción de la tutela, y una vez formado inventario de bienes remítase copia al indicado Registro Civil para su inclusión en el legajo correspondiente y para la anotación de la formación de inventario.

4º.- Requírase a Fundación Pública Galega para la tutela de personas adultas (FUNGA), a fin de que presente inventario de los bienes del incapaz en el plazo máximo de 60 días, y con intervención del Ministerio Fiscal, presentándolo ante este Juzgado.

5º.- Se ratifica la medida cautelar adoptada por Auto 66/2020, que dispone que "Se Acuerda la autorización de ingreso involuntario en centro residencial de la tercera edad de Dña. Amalia de conformidad con lo establecido en los artículos 762 y 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Amalia .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Orense, que lo tramitó con el número de rollo 166/2021, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 18 de mayo de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLO: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Amalia , la procuradora de los tribunales doña Lucía Mercedes Taboada González, contra la sentencia dictada el 26 de octubre de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de los de Verín, en autos de Modificación de la capacidad de obrar número 195/2020, Rollo de apelación núm. 166/2021, cuya resolución se confirma, salvo en lo relativo a la privación de los derechos cívicos y políticos, que se deja sin efecto y en lo relativo al reconocimiento de la capacidad de doña Amalia de otorgar testamento abierto con sujeción a lo dispuesto en el artículo 665 del CC.

No se efectúa expresa imposición en costas".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Lucía Taboada González, en representación de D.^a Amalia , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"UNICO.- Vulneración de los arts. 215, 287, 289, 290 y 291 del Código Civil, con infracción de la jurisprudencia plasmada en sentencias del TS. De fecha 6-3-2019 (Recurso núm. 3819/2018, ECLI:ES:TS:2019:2406 A e Id Cendoj28079110012019201090) y la de 3-12-2020 (Recurso núm. 6054/2019, con ECLI:ES:TS:2020:4050 e Id Cendoj:28079110012020100616. Procedencia de la institución de la curatela, y no la tutela, por ser la figura que mejor se ajusta a la situación de la presunta incapaz a la vista de la prueba practicada, especialmente los informes forenses obrantes en autos".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 1 de diciembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:



"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por doña Amalia contra la sentencia dictada con fecha de 18 de mayo de 2021 por la Audiencia Provincial de Orense (Sección 1ª), en el rollo de apelación n.º 166/2021, dimanante del juicio n.º 195/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000 .

2.º) Y entréguense copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, al Ministerio Fiscal, a los efectos oportunos. Todas las partes podrán hacer alegaciones sobre la aplicación de la Disposición Transitoria 6ª de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y sus eventuales efectos sobre el contenido de la sentencia que en su día se dicte.

Contra esta resolución no cabe recurso".

3.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien presentó el correspondiente escrito de alegaciones.

4.- Por providencia de 4 de febrero de 2022 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 9 de marzo del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

1º.- Por parte del Ministerio Fiscal se presentó demanda en la que interesó con respecto a la demandada D.ª Amalia , que se determinase su capacidad jurídica, los medios de apoyo más idóneos para la conservación de dicha capacidad, ya sea tutela, curatela o defensor judicial, los actos concretos en los que precise dicha intervención, así como las salvaguardias adecuadas.

2º.- El conocimiento del procedimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000 (Ourense). Seguido el procedimiento en todos sus trámites, con práctica de las pruebas preceptivas consistentes en el examen personal de la presunta incapaz por parte del juez, audiencia de D. Eusebio (marido de Dña. Amalia) y de los informes del médico forense de 25 de febrero de 2020 y de 28 de julio de 2020, el juez consideró que había quedado acreditado que D.ª Amalia , de 87 años de edad, presentaba un diagnóstico compatible con deterioro cognitivo leve y un grado moderado de dependencia para las actividades básicas de la vida diaria. Los trastornos se consideran permanentes. No reúne aptitudes suficientes ni para gobernar sus bienes ni su persona con respecto a las habilidades de autocuidado, tomar decisiones económicas, manejo de medicamentos, seguimiento de pautas alimenticias, autocuidados de salud, conducción de vehículos, conocimiento del objeto del procedimiento y sus consecuencias, o para tener capacidad contractual.

Se dictó sentencia en la que se declaró la incapacitación total de D.ª Amalia , para regir su persona y bienes y para el ejercicio de sus derechos cívicos y políticos; y, en consecuencia, se acordó, por el Juzgado, el nombramiento de la Fundación Pública Gallega para la tutela de personas adultas (FUNGA), como tutora respecto de la incapaz D.ª Amalia , quedando relevada de prestar fianza, y debiendo ejercer su cargo con estricta observancia de los deberes y prohibiciones inherentes al mismo. Igualmente, se ratificó la medida cautelar adoptada por auto 66/2020, del Juzgado, relativo a autorización de ingreso involuntario en centro residencial de la tercera edad de conformidad con lo establecido en los artículos 762 y 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3º.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la demandada. Su conocimiento correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Ourense. El tribunal de apelación no practicó las pruebas preceptivas del art. 759 LEC y dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el Juzgado, salvo en lo relativo a la privación de los derechos cívicos y políticos, que se deja sin efecto, así como en lo relativo al reconocimiento de la capacidad de D.ª Amalia de otorgar testamento abierto con sujeción a lo dispuesto en el artículo 665 del CC.

4º.- Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada recurso de casación.

SEGUNDO.- *Examen del recurso de casación interpuesto*

El recurso se formuló por vulneración de los arts. 215, 287, 289, 290 y 291 del CC, con infracción de la jurisprudencia reflejada en las sentencias de fecha 6-3-2019 (recurso n.º 3819/2018), y de 3-12-2020 (recurso n.º 6054/2019).

Se razonó que procedía la institución de la curatela y no la de la tutela, por ser aquella la medida que mejor se ajusta a la situación de la presunta incapaz a la vista de la prueba practicada, especialmente los informes forenses obrantes en autos, según los cuales la demandada presenta únicamente un "deterioro cognitivo leve", observándose una discreta mejoría del estado cognitivo pero persisten limitaciones, habiéndose suprimido,



en relación al primer informe evacuado (esto es, el de fecha 25-2-2020) la conclusión cuarta según la cual "no reúne suficientes aptitudes ni para gobernar sus bienes ni su persona". Se dice, en el recurso, que actualmente vive en compañía de su marido en la vivienda familiar.

Se destaca que no se han practicado en la segunda instancia las pruebas preceptivas que prescribe el art. 759.3 de la LEC, si bien señala no se formula recurso extraordinario por infracción procesal, al haber consentido la providencia de fecha 28-4-2021, señalando el recurso para votación y fallo, "convencidos como estábamos de que los informes forenses evacuados en primera instancia serían suficientes para la estimación de nuestro recurso". No obstante, la práctica de dichas pruebas hubiese ayudado a la Audiencia a fundamentar debidamente sus convicciones, tanto por lo que atañe a la idoneidad del esposo para ejercer el cargo de curador, como en lo atinente a la progresiva buena evolución de D.^a Amalia en relación al ictus sufrido en el año 2019.

TERCERO.- *La práctica de las pruebas legales a las que se refiere el art. 759 de la LEC*

El art. 759 LEC 1/2000, vigente durante la sustanciación del proceso, disponía que, en los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.

Y, en su numeral tercero, se dispone: "Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo".

De igual forma, se expresa el art. 759.4 LEC, en su redacción dada por la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, al normar que: "[...] si la sentencia que decida sobre las medidas de apoyo fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo".

En la actual redacción del precepto, tras exigir que se lleve a efecto por la autoridad judicial la entrevista con la persona con discapacidad, así como dar audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos, se insiste en que no puede decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal emitido por profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, sin perjuicio de contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso (art. 759.1.3.º LEC).

No obstante, la nueva ley dispone que en los casos en que la demanda haya sido presentada por la propia persona con discapacidad -que no es el caso- el Tribunal podrá, previa solicitud de ésta -que no ha realizado-, de forma excepcional -sin que concurran razones para ello-, no practicar las audiencias preceptivas, si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad (art. 759.2 LEC).

Este tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las consecuencias legales derivadas de la falta de observancia de dichos requisitos, de imperativo acatamiento, tanto en primera como en segunda instancia, concebidos como expresión de orden público procesal.

De esta manera, la jurisprudencia, de la que es expresión la sentencia 185/2000, de 4 de marzo, anuda a la falta de práctica de tales pruebas, la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones, y así se razonó:

"[...] como quiera que es uniforme y consolidada doctrina de esta Sala la de que la inobservancia de los trámites esenciales y previos a toda declaración de incapacidad (audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz y examen de éste por el propio Juez), en cuanto cuestión de orden público e incluso de trascendencia constitucional, puede ser apreciada "ex officio" por esta Sala de casación (Sentencias de 20 de Febrero y 12 de Junio de 1989, 20 de Marzo y 24 de Mayo de 1991, 30 de Diciembre de 1995), un somero examen del proceso (tan defectuosamente tramitado) a que este recurso se refiere, pone ostensiblemente de manifiesto que no han sido oídos los parientes más próximos del presunto incapaz (ni uno solo de ellos), cuyo requisito, exigido expresamente por el artículo 208 del Código Civil, tiene trascendencia constitucional (Sentencias de 20 de marzo de 1991 y 19 de Febrero de 1996)".

Las sentencias 252/2001, de 16 de marzo y 947/2002, de 14 de octubre, con las citadas en ellas, recogieron el matiz jurisprudencial de considerar la repetición de las diligencias preceptivas como necesarias, solamente,



para el caso de que se hubiera producido un cambio de criterio por el tribunal de apelación, en relación con la sentencia dictada en primera instancia.

No obstante, en la sentencia 610/2005, de 15 de julio, bajo la redacción del art. 759.3 LEC 1/2000, se consideran tales pruebas de oficio como necesarias para determinar las medidas de apoyo que, en su caso, precise la persona para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, tanto en primera como en segunda instancia, y de esta forma se señala:

"El art. 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto una trascendental modificación respecto del derogado art. 208 del Código Civil, al imponer, expresamente y para todo caso, la práctica de las pruebas a que se contrae su apartado 1, extendiendo así el principio de inmediación, de especial relevancia en estos procesos, al Tribunal de apelación. Cualquiera que sea la crítica que doctrinalmente pueda merecer el precepto, la obligación que impone al Tribunal de apelación es de estricta observancia por constituir una norma esencial en esta clase de procesos, cuya omisión constituye causa de nulidad de acuerdo con el art. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el presente caso, la Audiencia Provincial, al conocer del recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, no dio cumplimiento a lo prevenido en el art. 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultando así infringida una norma esencial del procedimiento de incapacitación, lo que aboca a la nulidad de pleno derecho de la sentencia impugnada, solicitada por el Ministerio Fiscal, de acuerdo con el art. 238.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo evidente la indefensión producida atendida la especial finalidad protectora de la persona que caracteriza esta clase de procesos".

Es obvio, por lo tanto, que la Audiencia infringió una garantía procesal de fundamental importancia a los efectos de pronunciarse sobre la fijación judicial de apoyos, por lo que procede decretar la nulidad de actuaciones, sin que sea óbice para ello que la parte recurrente no hubiera impugnado la diligencia de ordenación, que fijaba el día y hora para deliberación y fallo, dado que se trata de una norma imperativa, ajena al comportamiento procesal y disposición de la recurrente, que es de orden público y de relevancia constitucional, con las únicas causas de exención del actual 759.2 LEC, que no concurren como antes hemos analizado.

Deberá pues la Audiencia llevar a efecto las diligencias prevenidas en el art. 759 LEC, cuales son la entrevista con la demandada, audiencia de los familiares más próximos y dictamen pericial, y con su resultado decidir el recurso de apelación interpuesto y, al hacerlo, adaptar la sentencia al nuevo régimen legal impuesto por la Ley 8/2021, como exige su disposición transitoria sexta.

CUARTO.- Sobre costas

Dada la nulidad que se decreta no procede entrar en el examen del recurso de casación por interés casacional interpuesto, no procediendo declaración alguna sobre las costas causadas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1º.- Declaramos la nulidad de pleno derecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense n.º 232/2021, de 18 de mayo, en el rollo de apelación n.º 166 de 2021, reponiendo las actuaciones al momento anterior de señalamiento para deliberación y fallo para que se proceda a dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la mayor brevedad posible, y, una vez practicadas dichas pruebas, se dicte sentencia con adaptación al nuevo régimen jurídico de la ley 8/2021.

2º.- No ha lugar a entrar a resolver sobre el recurso de casación por interés casacional interpuesto.

3º.- No ha lugar a hacer expreso pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación, en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la colección legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.