



Roj: **STS 846/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:846**

Id Cendoj: **28079110012018100130**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2018**

Nº de Recurso: **3487/2016**

Nº de Resolución: **145/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3487/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra **Lucán**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 145/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M. Ángeles Parra **Lucán**

En Madrid, a 15 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por D.^a Dulce , representada por el procurador D. Jorge Bartolomé Dobarro bajo la dirección letrada de D.^a Ana María Cabedo Ferrero, contra la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2016 por la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación n.º 656/2016 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1447/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia, sobre nulidad matrimonial. Ha sido parte recurrida D.^a Reyes , D.^a Beatriz y D.^a Isidora , representadas por el procurador D. Roberto Granizo Palomeque y bajo la dirección letrada de D. Julián Berzal Jiménez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra **Lucán**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- D.^a Reyes , D.^a Beatriz y D.^a Isidora interpusieron demanda de nulidad matrimonial en la que solicitaban se dicte sentencia que declare:

«1.º.- La nulidad de pleno derecho del matrimonio celebrado entre D. Alvaro y D.^a Elsa (sic) con fecha 15 de enero de 2010, por falta de capacidad del otorgante, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración.



»2.º- Se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, todo ello con expresa imposición en costas en caso de que se oponga a la presente demanda».

2.- La demanda fue presentada el 23 de octubre de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia y fue registrada con el n.º 1447/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D.ª Dulce, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia dictó sentencia n.º 136/16 de fecha 7 de marzo, con el siguiente fallo:

«Que estimando la demanda planteada por D.ª Reyes, D.ª Isidora y D.ª Beatriz, representadas por la procuradora de los tribunales, D.ª Vanessa Alarcón Alapont y asistidas del letrado D. Julián Berzal Jiménez, contra D.ª Elsa (sic), representada por la procuradora de los tribunales, D.ª María Carmen Navarro Ballester y asistida de la letrada D.ª Ana María Cabedo Ferrero y en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro la nulidad del matrimonio contraído por D.ª Elsa (sic) y D. Alvaro, en fecha 15 de enero de 2010, por falta de capacidad del otorgante, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración. Asimismo, que se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones; con expresa imposición de costas a la parte demandada.

»Se declara la mala fe de la demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Dulce y por el Fiscal en relación exclusivamente con el pronunciamiento relativo a la declaración de la mala fe en la contrayente D.ª Dulce, interesando en el resto, se confirme la sentencia.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 656/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 21 de septiembre de 2016, cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: Declaramos no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª Dulce, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D.ª Dulce, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue el siguiente:

«Único.- Infracción procesal por error en la valoración de la prueba».

El motivo del recurso de casación fue:

«El motivo concreto de la casación que debe indicarse según exige el art. 477 LEC es haberse infringido por aplicación indebida de los artículos 200 y 215 del Código Civil, sobre incapacitación, los artículos 45, 73 y 56 del mismo cuerpo legal y existencia manifiesta de interés casacional al haberse infringido entre otras que también se citan las sentencias de 29 de abril de 2009, 24 de junio de 2013 y no haberse considerado doctrina de la sala recogida en las citadas sentencias sobre protección de personas con algún tipo de discapacidad; y al existir sentencias contrapuestas entre distintas Audiencias Provinciales sobre la validez del consentimiento matrimonial otorgado sin el requisito del dictamen médico previo exigido por el artículo 56 del Código Civil; y sobre la reserva mental».

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 8 de noviembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Dulce, contra la sentencia dictada, con fecha 21 de septiembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, en el rollo de apelación 656/2016, dimanante de los autos de nulidad matrimonial 1447/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia.

»2.º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de doña Dulce, contra la sentencia dictada, con fecha 21 de septiembre de 2016, por la Audiencia Provincial



de Valencia, Sección 10.ª, en el rollo de apelación 656/2016, dimanante de los autos de nulidad matrimonial 1447/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia.

»3.º) Imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 19 de enero de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de febrero de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente litigio versa sobre la nulidad de un matrimonio por falta de capacidad para emitir el consentimiento por enfermedad mental.

Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1. - El 15 de enero de 2010, D. Alvaro y D.ª Dulce contrajeron matrimonio en la ciudad de DIRECCION001, provincia de DIRECCION002, en la República Popular China. El matrimonio fue inscrito en el Registro Civil del Consulado General de España en DIRECCION003 el día 13 de mayo de 2010.

2. - El 14 de junio de 2010, el Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Valencia dictó sentencia de modificación de la capacidad de obrar de D. Alvaro. La sentencia estimó la demanda que había interpuesto el 27 de diciembre de 2008 D.ª Reyes, hija de D. Alvaro.

La sentencia declaró la «restricción de la capacidad de obrar» de D. Alvaro «en el sentido de quedar privado de toda facultad para realizar cualquier acto de gobierno de su persona y de administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses que tenga relevancia jurídica y sea socialmente trascendente, y específicamente para el ejercicio del derecho de sufragio y para otorgar testamento, y con sometimiento del mismo a tutela». La sentencia nombró tutora a D.ª Reyes, hija de D. Alvaro.

Recurrida en apelación la sentencia por D. Alvaro, la Audiencia Provincial dictó sentencia desestimando el recurso y, en particular, el motivo por el que D. Alvaro había interesado que, en su caso, se nombrara curadora a su esposa.

3. - D. Alvaro fallece el NUM001 de 2015 bajo testamento otorgado el 3 de junio de 2010 en el que deja a sus hijas la legítima que les corresponda y nombra heredera a D.ª Dulce.

4. - El 23 de octubre de 2015, D.ª Reyes, D.ª Beatriz y D.ª Isidora, hijas de D. Alvaro, interpusieron demanda de nulidad matrimonial en la que solicitaron la declaración de nulidad de pleno derecho del matrimonio celebrado entre su padre y D.ª Dulce.

Alegaron que el matrimonio era nulo por falta de capacidad de su padre para prestar válidamente el consentimiento. En apoyo de su pretensión argumentaron que fue diagnosticado de Alzheimer el 20 de noviembre de 2006 y que en el informe médico forense de fecha 17 de noviembre de 2009, elaborado con motivo de la declaración de incapacidad, constaba que D. Alvaro no podía responder a preguntas sencillas, como su edad, fecha de nacimiento, profesión, etc., o que no recordaba el nombre de sus hijas. El informe concluía que D. Alvaro padecía la enfermedad de Alzheimer, de etiología degenerativa, con carácter persistente e irreversible en el tiempo, debiendo ser considerado psíquicamente «No Capaz» del gobierno de su persona y sus bienes.

5. - D.ª Dulce contestó a la demanda, oponiéndose por las siguientes razones: i) que la sentencia de incapacitación es constitutiva y sus efectos no pueden retrotraerse al informe médico forense de 17 de noviembre de 2009; ii) que el matrimonio culminó una relación sentimental mantenida desde hacía diez años, con previa convivencia en el domicilio conyugal desde febrero de 2009; iii) que la acción de nulidad caduca a los cuatro años, por aplicación del art. 1301 CC; iv) que el cónsul que inscribió el matrimonio siguió el procedimiento previsto en la legislación española, en concreto la entrevista a que se refiere el art. 246 RRC y que intervinieron dos testigos, D. Leovigildo y D. Benedicto; v) que el 2 de diciembre de 2008, veinte días antes de que se presentara la demanda de incapacitación, la anterior esposa de D. Alvaro, haciendo uso de un poder general que este le había otorgado en 2006, otorgó escritura de cambio de régimen económico matrimonial, pasando a regir su matrimonio por el de separación de bienes y declarando en el momento de la escritura que la capacidad de su cónyuge no había variado; vi) que el 19 de febrero de 2009, la anterior esposa de D. Alvaro, en su propio nombre y como apoderada de él, otorgó escritura de constitución de sociedad



patrimonial junto con sus tres hijas, las ahora demandantes de la nulidad matrimonial; mediante esa escritura la anterior esposa aportó a la sociedad que se constituía todos los bienes gananciales; vii) que D. Alvaro se jubiló en abril de 2009 y el 5 de mayo de 2009 presentó demanda de divorcio contra su esposa, madre de las demandantes; viii) que el juez no procedió a nombrar defensor judicial a D. Alvaro, a pesar de conocer que se había iniciado el procedimiento de incapacitación, y dictó sentencia de divorcio el 5 de octubre de 2009; ix) que entre los años 2006 y 2012 (después de la sentencia de incapacitación, con autorización judicial) D. Alvaro y la demandada realizaron catorce viajes a China, como consta en el pasaporte y en las fotos que se adjuntan, en las que se muestra la amistad con la familia de la demandada, con la que se quiso celebrar la boda; x) que la celebración de los contrayentes fue la culminación de una relación con el propósito de cuidarse hasta el final de sus días, lo que sucedió hasta el fallecimiento de D. Alvaro.

6. - La sentencia del Juzgado estimó la demanda y declaró la nulidad del matrimonio.

El Juzgado partió de los siguientes hechos que declaró probados:

«En fecha 20.11.2006 a D. Alvaro se le diagnostica desde el año 2005 por el Departamento de Neurología del HOSPITAL000 de Valencia de enfermedad de Alzheimer leve en estadio que le condiciona alteraciones en la atención sostenida, praxias ideomotrices y de cálculo mental complejo.

»En fecha 20.11.2008, se informa por el Departamento de Neurología del HOSPITAL000 de Valencia que D. Alvaro presenta en dicha fecha alteraciones conductuales consistentes en falta de reconocimiento de su enfermedad y cuadros delirantes secundarios (engaños, etc.) que han dificultado la convivencia familiar. Fue tratado con fármacos que no toleró bien. Debido a su falta de conciencia de enfermedad no es fácil que acuda a las revisiones médicas y tratamiento adecuado, pudiendo ser objeto de engaños.

»En fecha 27.05.2009 se realiza un informe médico neurólogo psiquiátrico, dado que D. Alvaro acude a visita por pérdida de memoria de fijación para hechos recientes. Destaca que hay momentos en que tiene una desorientación con amnesia y se pierde. El 27.04.2007, por pérdida de conciencia tiene un accidente de tráfico y se sale de la carretera. Es trasladado al HOSPITAL000 donde se le practica una RM cerebral apreciándole atrofia cerebral.

»Sus hermanas reconocen que necesita ayuda y supervisión para las actividades de la vida, y que solo no puede vivir. En ocasiones, se ha perdido por la calle y posteriormente ha presentado amnesia.

»No puede mantener una conversación cuando lo examina la médico-forense, Dra. Eva. No puede responder a preguntas sencillas como es su edad, fecha de nacimiento, profesión, etc. Se bloquea y manifiesta que se pone nervioso. No recuerda el nombre de las hijas. No sabe coger el bolígrafo para escribir una frase y al final pone su nombre de forma ilegible, en forma de garabatos. No es capaz de copiar un sencillo dibujo que se le indica. No realiza el test del reloj.

»La valoración médico legal que se efectuó en su día y que tanto la médico forense como el neurólogo ratifican y se muestran conformes, se concreta en que D. Alvaro presentaba, en fecha de 17.11.2009, una enfermedad de Alzheimer que se ha agravado tras el infarto cerebral que posteriormente sufrió, que le ocasiona un deterioro cognitivo importante; que tiene carácter permanente, progresivo e irreversible.

»Dicha enfermedad le produce alteraciones mentales que repercuten sobre los elementos integrantes de la capacidad de obrar; es decir, presenta alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con conocimiento y juicio suficiente para inspirar una libre decisión.

»La complejidad de las obligaciones que determinan las circunstancias familiares y patrimoniales desbordan por completo sus posibilidades intelectivas y volitivas.

»Todos los testigos han reconocido que tenía serias dificultades para expresarse y que se ponía entonces muy nervioso.

»No se informó de la enfermedad de Alzheimer que D. Alvaro sufría ni se acompañaron informes médicos ante el Cónsul General de España en DIRECCION003 así como tampoco ante funcionario chino que ofició el matrimonio en fecha 15.01.2010. Lo admiten y reconocen tanto la demandada, D.^a Elsa y el testigo, D. Benedicto, quien estuvo presente en la celebración del matrimonio en la ciudad DIRECCION001, provincial de DIRECCION002, en la República Popular China.

»Antes del año 2009, D.^a Dulce y D. Alvaro, ya estaban manteniendo relaciones unos diez años y *more uxorio* desde dicho año 2009. Razón por la cual conocía el estado físico y mental, dicha demandada, del Sr. Alvaro.

»La propia sentencia de fecha 14 de junio de 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Valencia, por la que se declara la restricción de la capacidad de obrar de D. Alvaro, quedando privado de toda facultad para realizar cualquier acto de gobierno sobre su persona y bienes y quedando sujeto a tutela,



en su Fundamento de Derecho Tercero dice textualmente que "Sin entrar aquí, lógicamente, a prejuzgar la validez formal del matrimonio contraído en China por el demandado, es lo cierto, sin embargo, que en cualquier caso el mismo, además de adolecer de un evidente defecto esencial, al carecer el demandado de la suficiente capacidad para otorgar un consentimiento de esta clase, presenta también un claro carácter fraudulento, tanto por su celebración en China, para eludir así cualquier posibilidad de trabas a su realización, como por el hecho de haberse contraído existiendo pendiente un proceso de incapacitación para conseguir así la delación del cargo de tutor en favor de una persona que, de otro modo, no habría podido ser designada para ello".

»Prosigue dicha sentencia que la demandada había reconocido en el acto de la vista y resulta de la documentación aportada por la parte actora que el demandado, D. Alvaro , en épocas que ya se había desarrollado su demencia, ha llevado a cabo diversas actuaciones en garantía de operaciones mercantiles propias de la Sra. Dulce , lo que supone un aprovechamiento desleal por parte de ésta del deterioro cognitivo que aquél padece».

El Juzgado descarta que sea aplicable el plazo de cuatro años del art. 1301 CC a la nulidad por falta de consentimiento matrimonial, que considera imprescriptible.

Por lo que se refiere a la capacidad para contraer matrimonio declara, en primer lugar, que:

«la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio, de aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado, ya que una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Y concluye que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

En contra de la opinión del Ministerio Fiscal, el Juzgado declara la mala fe de la demandada con apoyo en el siguiente razonamiento:

«Es obligatorio en sentencias declarativas de nulidad matrimonial el pronunciamiento de haber existido mala fe o no (arts. 79 y 98 del Código Civil). El Ministerio Fiscal ha alegado que no debe apreciarse mala fe de la contrayente, parte demandada, y trae a colación determinados hechos y conductas de las hijas de D. Alvaro , no solo reprochables sino tal vez impugnables, si bien en modo alguno es objeto de este procedimiento ni se prejuzga sobre ello. Pero este tribunal unipersonal no puede compartir los argumentos del Ministerio Fiscal sobre la buena fe de D.^a Dulce cuando contrajo matrimonio. Basta repasar los hechos probados para declarar la mala fe de la demandada.

»No se informó de la enfermedad de Alzheimer que D. Alvaro sufría ni se acompañaron informes médicos ante el Cónsul General de España en DIRECCION003 así como tampoco ante funcionario chino que ofició el matrimonio en fecha 15.01.2010. Lo admiten y reconocen tanto la demandada, D.^a Dulce y el testigo, D. Benedicto , quien estuvo presente en la celebración del matrimonio en la ciudad DIRECCION001 , provincia de DIRECCION002 , en la República Popular China.

»Era conectora de la imposibilidad por parte de D. Alvaro de manifestar el consentimiento matrimonial, al carecer el demandado de la suficiente capacidad para otorgarlo.

»La propia sentencia de fecha 14 de junio de 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Valencia , por la que se declara la restricción de la capacidad de obrar de D. Alvaro , dice que, tal actuación presenta también un claro carácter fraudulento, tanto por su celebración en China, para eludir así cualquier posibilidad de trabas a su realización, como por el hecho de haberse contraído existiendo pendiente un proceso de incapacitación para conseguir así la delación del cargo de tutor en favor de una persona que, de otro modo, no habría podido ser designada para ello.

»No pusieron en conocimiento ya del Cónsul General de España, ya del funcionario chino encargado de officiar el matrimonio que estaba pendiente un proceso de incapacitación respecto de D. Alvaro .

»Y finalmente, el reconocimiento por la demandada en el acto de la vista del juicio verbal sobre incapacitación así como de la documentación aportada por la parte actora que el demandado, D. Alvaro , en épocas que ya se había desarrollado su demencia, ha llevado a cabo diversas actuaciones en garantía de operaciones

mercantiles propias de la Sra. Dulce , lo que supone un aprovechamiento desleal por parte de ésta del deterioro cognitiva que aquél padece».

7. - D.^a Dulce interpuso recurso de apelación.

En su recurso alegó: que el matrimonio se inscribió porque quedó acreditada en su celebración y en la entrevista por el cónsul la capacidad de D. Alvaro ; que la enfermedad padecida no excluye el consentimiento matrimonial; que en el proceso de divorcio, a pesar de poner en conocimiento del juez la tramitación del procedimiento de incapacitación, el juez lo consideró capaz y el matrimonio se celebró tres meses después; que la pareja llevaba diez años de relación, que convivían cuando se casaron y continuaron conviviendo hasta el fallecimiento de él a pesar del nombramiento como tutora de la hija; que el 24 de mayo de 2011, después del matrimonio, D. Alvaro manifestó ante la Fiscal coordinadora de la sección civil y de protección de las personas con discapacidad que «quiere vivir en su casa y con su mujer», lo que evidencia su capacidad; que en caso de duda prevalece la presunción de capacidad; que en todo caso el matrimonio se habría convalidado por el transcurso de cuatro años, por no tratarse de falta de existencia de consentimiento sino en todo caso de un consentimiento viciado.

8. - El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación en relación exclusivamente con el pronunciamiento relativo a la declaración de la mala fe de la contrayente D.^a Dulce , con apoyo en las siguientes consideraciones:

«En principio, y según lo dispuesto en el art. 79 CC , se considera que la buena fe de la contrayente debe presumirse, siendo necesaria la existencia de prueba bastante para destruir dicha presunción.

»A este respecto, en el Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia dictada, expone el Juzgador de Instancia los motivos sobre los que concluye que la contrayente-demandada actuó de mala fe al contraer el matrimonio.

»El primer motivo se refiere al hecho que por parte de la demandada no se aportaron informes médicos ni se informó al funcionario chino ni al cónsul encargado de la celebración del matrimonio de la enfermedad que padecía el esposo ni de la pendencia del proceso judicial de Incapacidad.

»Al respecto, y siendo ello cierto, se considera que las obligaciones legales de la demandada, en relación con la celebración de su matrimonio, son las de someterse al procedimiento legalmente previsto y cumplir sus trámites, cosa que efectivamente realizó.

»Compete exclusivamente y es la autoridad encargada de la celebración matrimonial, la que debe velar y dar cumplimiento a los trámites legalmente previstos en orden a valorar la capacidad de los cónyuges en cada caso, ordenando la emisión de un informe médico en el supuesto que pudiera tener dudas acerca de su capacidad.

»Si dicha autoridad no las tuvo, porque no fue ordenada la emisión de informe médico alguno tras la realización de las entrevistas de los contrayentes, o si el Instructor actuó de forma indebida en el presente supuesto, no es ello motivo suficiente para concluir que la contrayente actuara de mala fe, dando por probado que "la misma era conocedora de la imposibilidad del esposo para manifestar el consentimiento matrimonial", por la falta de aportación de información o de informes médicos a instancia de la parte.

»Por el contrario, se considera razonable pensar D.^a Dulce presumiera esa capacidad en su esposo, máxime cuando escasos meses antes, iniciado ya el proceso de Incapacidad n.º 556/08 del Juzgado de la Instancia n.º 13 de Valencia, y emitidos los informes médicos en ese procedimiento, el Juez encargado de la tramitación del divorcio de D. Alvaro con su anterior esposa, dictara resolución en la que declaraba expresamente que el esposo tenía plena capacidad para ejercer la acción de divorcio y para ser parte en dicho procedimiento, continuando la tramitación del mismo hasta su finalización por sentencia.

»Si a D. Alvaro le había sido reconocida esa capacidad para tramitar su divorcio, es lógico pensar que la demandada pudiera considerar que también la tenía para celebrar su matrimonio.

»Al respecto, hay que tener en cuenta que el grado de capacidad exigida para contraer matrimonio es un grado de exigencia menor que el requerido en la celebración de otro tipo de contratos. En este sentido no hay que olvidar que el propio legislador otorga la posibilidad de contraer matrimonio a las personas declaradas judicialmente incapacitadas, según se desprende del art. 171,4.º CC .

»Asimismo, debe ser valorada al efecto de excluir la mala fe de la contrayente, la prueba relativa a los hechos y a la actuación de la misma anterior y posterior al matrimonio. Del interrogatorio, de las testificales y de la documental aportada, quedó acreditado que la misma mantuvo una relación previa de noviazgo con D. Alvaro , realizando viajes y relacionándose ambos con sus respectivos entornos familiares. Así, la propia hermana de



D. Alvaro , en su declaración testifical, afirmó que su hermano le había pedido en varias ocasiones matrimonio a D.^a Dulce .

»Por otra parte, las actuaciones posteriores a la celebración del matrimonio, pone de manifiesto, la efectiva voluntad de la demandada que guió a la celebración del matrimonio, la cual, después de la misma, convivió con el esposo durante los cinco años siguientes, hasta enero del 2015, fecha del fallecimiento de D. Alvaro , a pesar de que la tutela legal fuera otorgada a una de las hijas.

»Demostrando ello que la intención de la demandada al contraer matrimonio fue la de constituir una comunidad de vida con su cónyuge, respetando así los fines de la institución, y sin que, a juicio del Ministerio Fiscal, haya quedada desvirtuada la presunción del art. 79 CC .

»Por lo que, en consecuencia, se solicita que, con estimación del recurso planteado, se revoque la sentencia dictada en el extremo relativo a la concurrencia de mala fe en la parte demandada, declarando la buena fe de la contrayente, al estimar que no ha quedado desvirtuada la presunción legal del art. 79 CC ».

9. - La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

En primer lugar, la Audiencia rechazó el argumento de la caducidad de la acción, por tratarse de una acción de nulidad absoluta del art. 73.1 CC , no sometida a plazo.

En segundo lugar, la Audiencia realizó una serie de consideraciones generales sobre la capacidad para contraer matrimonio: i) que ante la falta de una regulación específica del consentimiento matrimonial previsto en los arts. 45 y 73 CC es preciso acudir a las normas generales sobre el consentimiento respecto de los contratos (art. 1263 CC) y que, conforme al art. 217 LEC , cuando el tribunal considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión debe desestimar las pretensiones del actor o demandado según corresponda la carga de la prueba; ii) que, frente a la separación o divorcio, la nulidad matrimonial reviste características de excepcionalidad, de modo que solo cuando consten de modo inequívoco las circunstancias del art. 73 CC procede declarar la nulidad, contraria al «favor matrimonii»; iii) que el Código civil no exige para el matrimonio el óptimo goce de las facultades mentales, como evidencia el art. 56 CC y que la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2015 recogió el criterio general y posibilista respecto de la capacidad para contraer matrimonio.

En tercer lugar, por lo que se refiere al caso litigioso, la sentencia de la Audiencia afirmó: i) que la apelación no constituye un nuevo juicio y corresponde al juez de primera instancia realizar la ponderación de las pruebas, de modo que «la revisión de la sentencia deberá centrarse en que la valoración de la prueba esté correctamente expresada en los fundamentos de derecho y que la misma no es errónea, arbitraria, insuficiente o incongruente valorándose especialmente el criterio independiente y objetivo del juez de instancia frente a la ponderación, lógicamente interesada del recurrente»; ii) considera que en el caso:

«La motivación de la sentencia no solo es suficiente y respeta los parámetros mínimos constitucionales y procesales, sino que es completa y agota la argumentación y decisión respecto a la totalidad de los hechos controvertidos fijados por la Juez de Instancia, pues a no otra solución podía llegarse a la vista de las contundentes pruebas y datos obrantes en autos que evidencian, más allá de toda posible duda, la absoluta situación de incapacidad en que se hallaba el actor cuando se celebró el matrimonio así como la forma de llevar el mismo a cabo pese a conocerse el proceso de incapacitación y los informes sobre el mismo, lo que evidencia un conocimiento cabal de lo se estaba haciendo por parte de la demandada; en efecto: al folio 28 de los autos existe informe médico- forense de fecha 17-11-2009 donde se aprecia la incapacidad del actor para regir su persona y bienes, al folio 31 consta el acta del juicio verbal de incapacitación de fecha 31-5-2010 y al folio 35 la sentencia donde se declara la incapacidad del mismo de fecha 14-6-2010, confirmada por esta sala en fecha 1-2-2011, pese a lo cual se celebró el matrimonio el día 15-4-2010 (sic) en China, lo que, además, revela que, en modo alguno, por desconocimiento total de dicho idioma, pudo ser examinado el actor ni entender siquiera el acto, tanto por el idioma como por su situación psíquica, así como la absoluta situación del mismo para prestar válidamente cualquier tipo de consentimiento para dicho acto, a la vista de las pruebas forenses no desvirtuadas, ni intentadas siquiera a lo largo de toda la causa, procediendo por ello confirmar íntegramente la sentencia con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante».

SEGUNDO.- D.^a Dulce interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, que fue inadmitido, y recurso de casación en su modalidad de interés casacional.

1.- El recurso de casación se funda en un único motivo en el que denuncia infracción «por aplicación indebida de los artículos 200 y 215 del Código Civil , sobre incapacitación, los artículos 45 , 73 y 56 del mismo cuerpo legal y existencia manifiesta de interés casacional al haberse infringido entre otras que también se citan las sentencias de 29 de abril de 2009 , 24 de junio de 2013 y no haberse considerado doctrina de la sala recogida en las citadas sentencias sobre protección de personas con algún tipo de discapacidad; y al



existir sentencias contrapuestas entre distintas Audiencias Provinciales sobre la validez del consentimiento matrimonial otorgado sin el requisito del dictamen médico previo exigido por el artículo 56 del Código Civil ; y sobre la reserva mental».

La recurrente desarrolla el único motivo en varios apartados en los que sostiene, en esencia: i) que la sentencia de instancia ha infringido el art. 322 CC , en relación con el art. 56 del mismo cuerpo legal , que establecen una presunción legal de capacidad de las personas mayores de edad; añade que, para el matrimonio, el dictamen médico sobre la aptitud para prestar consentimiento a que se refiere el art. 56 CC requiere que la autoridad consular aprecie la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica y que en el caso no se apreció; ii) que la incapacitación regulada en los arts. 200 CC y 760.1 LEC no priva a la persona de sus derechos fundamentales y, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera, debe basarse en un sistema de apoyos que respete la igualdad; iii) que el matrimonio es un derecho humano con protección constitucional y que la incapacitación judicial de un contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio; iv) que la sentencia de instancia ha considerado que la sentencia de incapacitación tiene efectos retroactivos al tiempo de contraer matrimonio, a pesar de existir en la presente *litis*, material probatorio suficiente para establecer una presunción de su capacidad, como el haberse dictado sentencia de divorcio de 5 de octubre de 2009 , en los autos de divorcio n.º 538/2009, donde se le reconoció capacidad para divorciarse, así como por los actos propios de sus familiares que, durante el proceso de incapacitación, constituyeron una sociedad patrimonial en la que nombraron apoderado a D. Alvaro ; v) que, existiendo un mínimo de duda sobre la capacidad para contraer matrimonio, se tenía que haber resuelto a favor de la misma, por lo que se ha vulnerado la doctrina de la Sala Primera contenida en las SSTS de 29 de abril de 2009 y 24 de junio de 2013 , que consideran que la incapacitación es solo una forma de protección de las personas con discapacidad y que, por ello mismo, no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona.

2. - D.^a Reyes , D.^a Beatriz y D.^a Isidora presentan escrito de oposición al recurso en el que sostienen: i) que el recurso no justifica el interés casacional porque la sentencia 235/2015, de 29 de abril, citada por la Audiencia Provincial, ya resolvió un recurso similar y tuvo en cuenta la doctrina de las sentencias de 29 de abril de 2009 y 24 de junio de 2013 que cita la recurrente; ii) que el recurso hace supuesto de la cuestión y prescinde de la base fáctica de la sentencia recurrida; iii) que el art. 56 CC se remite a la legislación del Registro civil y en el Reglamento del Registro civil se exige que en la tramitación del expediente matrimonial se declare que no existe impedimento para el matrimonio y que es la puesta en conocimiento del instructor del expediente de los datos relativos a la modificación de la capacidad la que hace entrar en juego el requerimiento del dictamen facultativo; iv) que no existe contradicción entre el reconocimiento de la capacidad para divorciarse que resulta de la sentencia de divorcio previa demanda de D. Alvaro y la afirmación de falta de capacidad para casarse tres meses más tarde porque en el divorcio la capacidad para consentir no tiene ningún tipo de relevancia; v) que es doctrina jurisprudencial la de que el juicio de capacidad del notario, cónsul o funcionario que haga las veces puede ser destruida por ulteriores pruebas, lo que sucedió en el caso.

3.- El Ministerio Fiscal impugna el recurso e interesa su desestimación.

TERCERO.- La cuestión jurídica que se plantea en el recurso es la de la nulidad de un matrimonio por falta de capacidad para emitir el consentimiento por discapacidad intelectual de un cónyuge.

1.- En primer lugar, frente a las alegaciones que las demandantes recurridas vierten en su escrito de oposición, esta sala entiende que sí existe interés casacional.

La sentencia de la Audiencia Provincial, a la vista de los hechos probados, al declarar la nulidad matrimonial por falta de capacidad, puede oponerse a la doctrina de esta sala contenida, entre otras, en las dos sentencias que se citan en el recurso, acerca de la titularidad de los derechos fundamentales de la persona con discapacidad así como de la función y alcance de las limitaciones de la capacidad y de las medidas de protección que prevé nuestro ordenamiento. Por otra parte, el que la sentencia de esta sala n.º 235/2015, de 29 de abril, citada por la Audiencia Provincial, resolviera un recurso sobre la nulidad de un matrimonio celebrado por una persona con discapacidad (admitiendo, por cierto, su validez) con apoyo en las sentencias aportadas por la recurrente, no solo no excluye, sino que por el contrario evidencia la oportunidad de que esta sala revise los criterios jurídicos aplicados por la sentencia recurrida para decretar la nulidad de un matrimonio frente al criterio de quien lo autorizó y de quien lo inscribió en el Registro Civil, en un caso en el que consta probado que el cónyuge que padecía la discapacidad y que, ciertamente, fue incapacitado, fue simultáneamente considerado por un juez capaz para interponer una demanda de divorcio.

2.- La resolución del recurso debe partir de las siguientes consideraciones.

1.^a) El derecho a contraer matrimonio es un derecho derivado de la dignidad del ser humano que está reconocido en el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos , en el art. 23 del Pacto Internacional



de Derechos Civiles y Políticos , en el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el art. 32 de la Constitución española .

2.ª) Conforme al art. 23.1.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, «los Estados partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges».

Este precepto debe ser interpretado en el contexto del propósito declarado de la Convención, que no es otro que el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).

Así se explica que la Convención sienta como principio general el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas [art. 3.a)] y que las medidas de apoyo que puedan adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

De lo que se trata, dice el art. 12.4 de la Convención, es de proporcionar «salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos»:

«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.ª) Puesto que la causa del nacimiento del vínculo matrimonial es el consentimiento de los cónyuges, la falta de capacidad natural de querer y entender la unión es un requisito de validez del matrimonio.

En 1981 se derogó la norma que impedía celebrar válido matrimonio a «los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio» (redacción originaria del art. 83.2.º CC). En la actualidad, la aptitud natural para contraer matrimonio se recoge, de manera más adecuada al *ius connubii* , referida de manera precisa al consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73.1.º CC), y el art. 56 CC pone de relieve que las deficiencias o anomalías psíquicas por sí mismas no impiden celebrar un matrimonio válido.

4.ª) La falta de consentimiento matrimonial es causa de nulidad. Además de la acción de nulidad, el ordenamiento establece controles que permiten examinar la concurrencia de los requisitos de capacidad y ausencia de impedimentos: de manera previa, en el expediente que precede a la celebración del matrimonio, a efectos de autorizar o no su celebración (art. 56 CC); y, cuando el matrimonio se hubiera celebrado sin expediente matrimonial previo, en el momento de la inscripción (art. 65 CC).

5.ª) Como dijo la sentencia de esta sala 235/2015, de 29 de abril :

«El Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 322 CC), de forma que sólo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido este estado (arts. 199 CC y 756 a 762 LEC).

»Esta presunción general de capacidad admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio porque el art. 56 CC dispone en el párrafo segundo que "si algunos de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su actitud para prestar consentimiento".

»Paso previo a exigir referido dictamen es constatar por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica.

»Y se exige tal dictamen en vez de negar sin más capacidad, porque en el matrimonio se requiere, como en cualquier otro negocio jurídico, una real y válida voluntad no aquejada de vicios invalidantes, pero, sin embargo,



la solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyen por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio.

»Tal solución se compadece con catalogar el derecho del matrimonio entre los derechos humanos y, su protección constitucional (art. 32 y 53 CE).

»Prueba de ello es la previsión contenida en el art. 171, párrafo segundo, número cuatro del CC , conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue "por haber contraído matrimonio el incapacitado", de lo que se colige que la incapacitación judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio.

»De ahí, la importancia del dictamen médico si existe constancia o percepción de las deficiencias o anomalías psíquicas».

En esta misma sentencia 235/2015, de 29 de abril , en relación con la acción de nulidad de un matrimonio ejercida por los hermanos del esposo, tras su fallecimiento, alegando que padecía discapacidad intelectual pero que no se exigió un dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento, la sala rechazó que la sentencia que desestimó la demanda de nulidad infringiera el art. 56 CC al «no constar acreditado que el encargado del Registro Civil en su entrevista reservada percibiese esas deficiencias o anomalías psíquicas en el contrayente, como tampoco las percibió el notario autorizando el poder mencionado en el resumen de antecedentes o de la partición de las herencias de sus padres».

En la redacción del art. 56 CC dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, «solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

6.ª) Cuando el matrimonio se celebra sin previo expediente matrimonial, el control de la validez del matrimonio se lleva a cabo en el momento de la inscripción en el Registro Civil (art. 65 CC), sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de una acción de nulidad posterior.

El matrimonio en el extranjero entre un español y un extranjero puede celebrarse válidamente con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (art. 49 CC). Tanto la redacción del art. 49 como la del 65 CC fueron modificadas con posterioridad por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que a su vez dio nueva redacción a los artículos correspondientes de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que todavía no han entrado en vigor.

Lo que importa destacar, a efectos del presente recurso, es que aunque la forma establecida por la ley del lugar de celebración sea válida, conforme al art. 65 CC es necesario (y seguirá siéndolo tras la reforma), para poder practicar la inscripción, comprobar que han concurrido los requisitos legales de fondo exigidos para la validez del matrimonio, lo que comprende tanto la capacidad matrimonial como la expresión del consentimiento matrimonial y el resto de los requisitos legales. Esta comprobación puede llevarse a cabo mediante la calificación de la «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración», siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española (art. 256.3.º RRC) o, en ausencia de título documental suficiente, a través del expediente previsto en el art. 257 RRC , según el cual «el matrimonio solo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditara# debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos». En el expediente se comprende la audiencia reservada a los contrayentes (art. 246 RRC). Se trata, en definitiva, de dar cumplimiento al principio de legalidad del Registro Civil, dirigido a evitar el acceso al mismo de un matrimonio nulo.

7.ª) Por lo dicho, a pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 322 y arts. 199 CC y 756 a 762 LEC), siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas.

Es decir, la discapacidad intelectual, *per se*, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio.

Puesto que lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente, la ausencia de informe médico tampoco determina *per se* la nulidad del matrimonio.

No obstante, con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio.



CUARTO.- El recurso de casación se estima por las siguientes razones.

1.ª) El recurso de casación viene limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado de los hechos probados. En el presente caso se plantea la valoración jurídica realizada por la sentencia recurrida acerca de la falta de capacidad para emitir consentimiento matrimonial. No se trata por tanto de fijar hechos nuevos sino de enjuiciar si, a la vista de los hechos no discutidos por las partes, la conclusión de la ausencia de consentimiento que ha dado lugar a la declaración de nulidad es respetuosa con la interpretación de las normas que regulan el consentimiento matrimonial a la luz de los principios de promoción y reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad.

En el caso, la sentencia recurrida ratificó la valoración de la sentencia de primera instancia que, de entre todos los hechos probados, otorgó relevancia al informe médico forense de fecha 17 de noviembre de 2009, elaborado en el procedimiento de limitación de la capacidad de obrar de D. Alvaro , y al que se ha hecho referencia en el primer fundamento jurídico de esta sentencia.

Conviene recordar que, con apoyo en dicho informe, en virtud de sentencia de 14 de junio de 2010 se privó a D. Alvaro de «toda facultad para realizar cualquier acto de gobierno de su persona y de administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses que tenga relevancia jurídica y sea socialmente trascendente, y específicamente para el ejercicio del derecho de sufragio y para otorgar testamento, y con sometimiento del mismo a tutela». También que se nombró tutora a su hija D.ª Reyes , una de las demandantes, junto a sus hermanas, en el actual proceso de nulidad matrimonial.

Igualmente, que el 5 de mayo de 2009, D. Alvaro interpuso contra la madre de las ahora demandantes demanda de divorcio en la que, tras poner en conocimiento del juez la demanda de incapacitación que había interpuesto contra él una de sus hijas, manifestaba que el deseo de obtener el divorcio constituía ejercicio de su propia decisión. La demandada en el procedimiento de divorcio contencioso planteó cuestión de prejudicialidad, en atención a la petición de incapacitación del demandante, a lo que este se opuso, y el juez acordó expresamente no suspender el procedimiento y dictó sentencia de divorcio con fecha 5 de octubre de 2009 .

Por último, hay que recordar que el matrimonio cuya nulidad se discute se celebró el 15 de enero de 2010, en la ciudad de DIRECCION001 , provincia de DIRECCION002 , en la República Popular China y que fue inscrito en el Registro Civil del Consulado General de España en DIRECCION003 el día 13 de mayo de 2010.

2.ª) A la vista de estos hechos, esta sala considera que no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii* .

3.ª) En la actual regulación del divorcio, el juez debe decretar el divorcio aunque lo solicite unilateralmente uno de los cónyuges (art. 86 CC). La única causa es la voluntad expresada en la solicitud.

A este respecto, puede leerse en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio:

«[E]sta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución , justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación».

Puede concluirse por tanto que, en nuestro derecho positivo, la misma voluntad que se considera apta para celebrar el matrimonio lo es para disolverlo por divorcio.

Así las cosas, salvo prueba cumplida de que en el momento de la celebración del matrimonio D. Alvaro no podía expresar consentimiento matrimonial, juega a favor de su aptitud para prestarlo el hecho de que el juez que decretó el divorcio de D. Alvaro y la madre de las ahora demandantes por sentencia de 5 de octubre de 2009 lo hizo estimando la demanda interpuesta por D. Alvaro , tras descartar expresamente que la tramitación de un procedimiento de modificación de la capacidad fuera obstáculo para ello.

4.ª) Por otra parte, la inscripción del matrimonio en el Registro Consular, de acuerdo con la legislación vigente aplicable a la que antes se ha hecho referencia, requería que previamente el cónsul comprobara la capacidad matrimonial.



5.ª) Hay, finalmente, otros datos que refuerzan la conclusión de la sala.

Es relevante que se tuviera conocimiento de la celebración del matrimonio durante la tramitación del procedimiento de modificación de la capacidad, pues la sentencia de incapacitación descartó expresamente someter a curatela a D. Alvaro y nombrar curadora a su esposa, la hoy demandada. Sin embargo, a continuación, una vez dictada la sentencia de incapacitación no se procedió a ejercer la acción de nulidad matrimonial ni por el Ministerio Fiscal ni por la tutora, y se esperó al fallecimiento de D. Alvaro, sucedido cinco años después, para ejercer la acción al amparo de los arts. 73.1 y 74 CC. También es relevante que ni durante el procedimiento de incapacitación ni durante el tiempo transcurrido hasta el fallecimiento de D. Alvaro ni el Juez, ni el Ministerio Fiscal ni la tutora apreciaran que D. Alvaro estuviera sometido a una situación contraria a su interés y, por el contrario, se respetó su voluntad manifestada de residir en su casa con su esposa. Todo ello es a su vez coherente con que en el informe médico forense que se tuvo en cuenta para la modificación judicial de la capacidad se hiciera constar que decía que estaba divorciado y tenía una amiga.

Puesto que esta sala no tiene razones para sospechar del incorrecto ejercicio de las funciones tutelares ni de las funciones de supervisión y control que incumben al Juez y al Ministerio Fiscal, no le cabe duda de que si se hubiera apreciado abuso o manipulación por parte de la demandada o se hubiera considerado que el matrimonio no era válido por falta de consentimiento de D. Alvaro, esa situación no se hubiera permitido, en debido cumplimiento de las exigencias que derivan de nuestro Derecho interno, reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por todo lo dicho, la sala considera que, en aras del principio del *favor matrimonii*, debe concluirse afirmando la aptitud de D. Alvaro para contraer matrimonio, puesto que, conociendo que se estaba tramitando un procedimiento de modificación judicial de la capacidad, el juez le reconoció capacidad para presentar la demanda de divorcio frente a su anterior esposa y el cónsul no advirtió en la tramitación del expediente la falta de capacidad para otorgar consentimiento matrimonial. Frente a ello no puede prevalecer el informe elaborado durante el procedimiento de modificación de la capacidad y del que resulta que la enfermedad padecida por D. Alvaro desde fechas anteriores a la celebración del matrimonio le impedía, a otros efectos, gobernarse por sí mismo. Puesto que, por lo dicho, ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

QUINTO.- Procede por ello estimar el recurso de casación, casar la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, desestimar la demanda de nulidad del matrimonio ejercida por las demandantes.

La estimación del recurso determina que, de conformidad con lo establecido en el art. 398.2 LEC, no se impongan las costas de dicho recurso a ninguna de las partes.

Puesto que el recurso de apelación debió ser estimado no se imponen a ninguna de las partes las costas de la apelación (art. 398.2 LEC).

Se imponen a las demandantes las costas de la primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394.1 LEC.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 8 de la disp. adicional 15.ª LOPJ, procede devolver el depósito constituido para interponer el recurso de casación a la parte recurrente.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Dulce contra la sentencia dictada, con fecha 21 de septiembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, en el rollo de apelación 656/2016, dimanante de los autos de nulidad matrimonial 1447/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia.

2.º- Casar la citada sentencia para, en su lugar, desestimar la demanda interpuesta por D.ª Reyes, D.ª Beatriz y D.ª Isidora.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación ni las del recurso de apelación a ninguna de las partes.

4.º- Imponer a la parte demandante las costas de la primera instancia.

5.º- Devolver el depósito constituido para interponer el recurso de casación a la parte recurrente.



Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación.

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

Así se acuerda y firma.

Magistrado que formula el voto particular:

Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de esta sala y el relato de hechos probados que contiene.

2.- La discrepancia básica se sustenta en que en la sentencia de esta sala se considera que no puede descartarse que D. Alvaro posea capacidad suficiente para otorgar consentimiento matrimonial.

3.- El magistrado firmante del presente voto particular entiende a la vista del informe médico forense, que se transcribe en la sentencia de esta sala, que no hay base para plantearse dudas sobre la posible capacidad de D. Alvaro .

4.- El informe médico forense, de 17 de noviembre de 2009, se basaba en el examen de D. Alvaro y en tres informes neurológicos y psiquiátricos, dos de ellos del HOSPITAL000 de Valencia de 20 de noviembre de 2006 y 20 de noviembre de 2008.

5.- En el informe de la médico forense consta lo siguiente:

«Se dictamina sobre los siguientes extremos:

»1. Persistencia o no de la enfermedad o deficiencia que le afecta, determinando la clase de la misma, con expresión de su carácter físico o psíquico.

»2. Efectos de la referida enfermedad o deficiencia en cuanto se refiere a la capacidad para gobernar su persona y bienes.

»3. La necesidad de internamiento en centro de larga estancia de forma forzosa.

»Del estudio médico realizado expone lo siguiente:

»DOCUMENTACIÓN MÉDICA APORTADA.

»- Informe médico del departamento de Neurología del HOSPITAL000 de Valencia de fecha 20 de Noviembre de 2006 donde se le diagnostica desde el año 2005 de ENFERMEDAD DE ALZHEIMER LEVE en estadio que le condiciona alteraciones en la atención sostenida, praxias ideomotrices y de cálculo mental complejo.

»- Informe médico del departamento de Neurología del HOSPITAL000 de Valencia de fecha 20 de Noviembre de 2008 presentando en la actualidad alteraciones conductuales consistentes en falta de reconocimiento de su enfermedad y cuadros delirantes secundarios (engaños, etc..) que han dificultado la convivencia familiar. Fue tratado con fármacos que no toleró bien. Debido a su falta de conciencia de enfermedad no es fácil que acuda a las revisiones médicas y tratamiento adecuado, pudiendo ser objeto de engaños.

»- Informe médico neurólogo y psiquiátrico de fecha 27 de Mayo de 2009 acude a visita por pérdida de memoria de fijación para hechos recientes. Destaca que hay momentos en que tiene una desorientación con amnesia y se pierde. El 27 de abril de 2007 por pérdida de conciencia tiene un accidente de tráfico y sale de la carretera. Es trasladado al HOSPITAL000 donde se le practica una RM cerebral apreciándose atrofia cerebral.

»- Informe de seguimiento donde se plantea dudas en el inicio de su enfermedad y donde se manifiesta que la primera consulta ha sido el 6 de Mayo de 2009.

»GRADO DE AUTONOMÍA y EXPLORACIÓN PSICOPATOLÓGICA.

»Puede deambular por sí mismo. Precisa de ayuda y supervisión para las actividades de la vida, hecho que corroboran sus hermanas, manifestando que solo, no puede vivir. En ocasiones, según informe médico aportado, se ha perdido en la calle y posteriormente ha presentado amnesia.

»Iniciamos la entrevista y aunque tiene buena apariencia, sorprende que no es capaz de mantener una conversación. Reconoce su nombre y apellidos que puede repetir. Intentamos realizar el minimental test y no puede responder a preguntas sencillas que se formulan como es, su edad, fecha de nacimiento, profesión.



Totalmente bloqueado nos manifiesta que se pone nervioso. Le tranquilizamos y le damos tiempo para que conteste. Solo nos dice que es divorciado y que tiene una amiga. No recuerda el nombre de sus hijas. Le pedimos que escriba una frase y no sabe coger el bolígrafo, por fin consigue poner su nombre de forma ilegible, en forma de garabatos. No es capaz de copiar un sencillo dibujo que se le indica. No realiza el test del reloj.

»VALORACIÓN MÉDICO LEGAL:

»Presenta a la vista del estudio realizado, informes médicos aportados y exploración realizada una ENFERMEDAD DE ALZHEIMER que se ha agravado tras el infarto cerebral que posteriormente sufrió, que le ocasiona un deterioro cognitivo importante. Tiene carácter permanente, progresivo, irreversible.

»CONCLUSIONES:

»1. Que la persona informada padece una enfermedad físico psíquica denominada ENFERMEDAD DE ALZHEIMER de etiología degenerativa con atrofia cerebral según RNM agravada por infarto cerebral.

»2. Que dicha enfermedad es persistente e irreversible en tiempo.

»3. Que le producen alteraciones mentales que repercuten sobre los elementos integrantes de la capacidad de obrar, esto es, presenta alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con conocimiento y juicio suficiente para inspirar una libre decisión.

»4. Que la complejidad de obligaciones que determinan las circunstancias familiares y patrimoniales desbordan por completo sus posibilidades intelectivas y volitivas.

»5. En consecuencia, debe considerarse como psíquicamente NO CAPAZ del gobierno de su persona y de la administración de sus bienes de forma adecuada por lo que procederá someterle a TUTELA».

6.- En el referido informe consta que en mayo de 2009, se perdía en la calle, que padecía atrofia cerebral, agravada por infarto cerebral, no puede responder a preguntas sencillas, no sabía coger el bolígrafo, «que la complejidad de las obligaciones que determinan las circunstancias familiares y patrimoniales desbordan por completo sus posibilidades intelectivas y volitivas». El informe forense concluye que es «no capaz del gobierno de su persona y de la administración de sus bienes de forma adecuada por lo que procederá someterle a tutela».

7.- Se refleja en la sentencia de esta sala que ni Dña. Dulce ni los testigos de la boda, informaron al Cónsul español ni al funcionario chino que presidieron el matrimonio civil, de la enfermedad de Alzheimer de la que estaba aquejado D. Alvaro .

8.- El matrimonio se contrae iniciado y tramitándose el proceso de incapacidad.

9.- Dado el carácter degenerativo de la enfermedad de Alzheimer, no era posible, cuando contrajo matrimonio ante el Cónsul, que su capacidad hubiese mejorado.

A la vista de lo expuesto, he de concluir que, de acuerdo con los arts. 45 , 56 y 73 del Código Civil , D. Alvaro no tenía capacidad para otorgar el consentimiento matrimonial.

El problema de D. Alvaro no era sólo el padecimiento de una enfermedad, ni la discapacidad *in genere* sino una notoria incapacidad para comprender y querer, en relación con el consentimiento matrimonial.

La protección del discapaz no se alcanza exclusivamente con la ampliación de su autonomía, dado que una eficaz ayuda del discapaz también conlleva la restricción de aquellas facultades para cuyo ejercicio no está preparado, garantizando que pueda desarrollarse, personal, social y económicamente sin interferencias injustificadas de terceros.

En conclusión, el magistrado que formula el presente voto particular entiende que el recurso de casación interpuesto debió ser desestimado, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente y con pérdida del depósito constituido para recurrir, confirmando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.