



Roj: **STS 2820/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2820**

Id Cendoj: **28079110012019100452**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/09/2019**

Nº de Recurso: **5199/2018**

Nº de Resolución: **465/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 15643/2018,**  
**STS 2820/2019,**  
**AATS 10788/2019**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### Sentencia núm. 465/2019

Fecha de sentencia: 17/09/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5199/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/07/2019

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 24

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

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5199/2018

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

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

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### Sentencia núm. 465/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

**D. Jose Luis Seoane Spiegelberg**

En Madrid, a 17 de septiembre de 2019.

Esta sala ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y los recursos de casación interpuestos por D.<sup>a</sup> Carolina , representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Amaya Castillo Gallo, bajo la dirección letrada de D. Adolfo Santiago Sierra; y por D. Marino y D.<sup>a</sup> Edurne , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Concepción Giménez Gómez y defendidos por D. José María Trincado Aznar, contra la sentencia núm. 597 dictada por la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 1422/2017 , dimanante de las actuaciones de juicio verbal especial sobre capacidad núm. 2090/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 65 de Madrid, sobre incapacidad.

Ha sido parte recurrida D. Rogelio , representado por la procuradora D.<sup>a</sup> María Dolores Arcos Gómez y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Ana María Muñoz del Reino.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

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

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- El Ministerio Fiscal promovió demanda de juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias, adecuados y efectos para su ejercicio, de D.<sup>a</sup> Carolina , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"UNO.- Que tenga por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo y por formulada demanda por la que se solicita que respecto de D<sup>ña</sup>. Carolina , se proceda a la fijación de:

a) La capacidad jurídica de obrar.

b) Los medios de apoyo: Tutela, Cúratela, Defensor Judicial, Régimen de Guarda, o cualquier otro medio de apoyo adecuado, NOMBRÁNDOSE A LA AGENCIA MADRILEÑA PARA LATUTELA DE ADULTOS DE LA CAM.

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 ÉSTE 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, Cúratela, 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. NOMBRAMIENTO QUE HABRÁ DE RECAER EN LA AMTA.

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 5 de diciembre de 2014, y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 65 de Madrid, se registró con el núm. 2090/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de D.<sup>a</sup> Carolina .

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Amaya Castillo Gallo, en representación de D.<sup>a</sup> Carolina , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba que el Juzgado:

"[...] dicte Sentencia por la que se desestime la demanda deducida de contrario".

Comparecieron en las actuaciones D. Rogelio , representado por la procuradora D.<sup>a</sup> María Dolores Arcos Gómez, y D.<sup>a</sup> Edurne y D. Marino , bajo la representación procesal de D.<sup>a</sup> Zaida .



4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 65 de Madrid dictó sentencia de fecha 16 de noviembre de 2016 , con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda presentada por el Ministerio Fiscal, procede efectuar los siguientes pronunciamientos:

1º.- Declarar a la demandada DOÑA Carolina , incapaz para regir su persona y sus bienes.

2º.- Constituir la demandada DOÑA Carolina en estado civil de incapacitación plena, incluso para el ejercicio del derecho de sufragio.

3º.- Someter a la demandada DOÑA Carolina , a régimen de tutela designando Tutor a LA AGENCIA MADRILEÑA PARA LA TUTELA DE ADULTOS.

Todo ello sin efectuar expresa condena en costas, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia".

Con fecha 15 de febrero de 2017 se dictó Auto de aclaración cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que debo aclarar y aclaro la Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2016 quedando como sigue:

"Acuerdo: que en todos los casos en que se hace referencia a DÑA Carolina , debe entenderse que es DÑA Cecilia ".

Y el apartado segundo de hechos probados:

Acuerdo: "DÑA Cecilia , padece DETERIORO COGNITIVO LEVE MODERADO, POR DEMENCIA SENIL Y SÍNDROME DEPRESIVO".

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Carolina y de D. Marino y D.ª Edurne .

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección vigesimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1422/2017 , y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 10 de julio de 2018 , cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: que estimando el recurso de apelación interpuesto por don Marino y doña Edurne , representados por la Procuradora doña Zaida ; y estimando el recurso interpuesto por doña Carolina , representada por la Procuradora doña María Amaya Castillo Gallo; contra don Rogelio , representado por la Procuradora doña María Dolores Arcos Gómez; y contra la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2016 ; aclarada por auto de 15 de febrero de 2017; del Juzgado de Primera Instancia número 65 de Madrid ; dictada en el proceso sobre incapacitación número 2090/2014; debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la expresada resolución en el sentido de ser lo procedente nombrar tutores de la incapacitada doña Carolina , a sus hijos don Marino y don Rogelio , de manera mancomunada, para el gobierno de su persona y bienes y ello con los controles, derechos, obligaciones, especificaciones, rendición de cuentas, autorizaciones, etc. que marca el Cg. Civil; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes".

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

1. - La procuradora D.ª Amaya Castillo Gallo, en representación de D.ª Carolina , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"PRIMERO Infracción del artículo 469.1.2º LEC ("Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia") al haberse infringido el deber de motivación de la sentencia contenido en el artículo 218.2 LEC .

SEGUNDO Infracción del artículo 469.1.2º LEC ("Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia") al haberse infringido el deber de congruencia de la sentencia contenido en el artículo 218.1 LEC .

TERCERO Infracción del artículo 469.1.4º ("Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE "). Infracción del artículo 24.2 CE . Derecho a la defensa, a un proceso con todas las garantías y a un juez imparcial.

CUARTO.- Infracción del artículo 469.1.4º ("Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE "). Infracción del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. (24.2 CE)".

Los motivos del recurso de casación fueron:



"ÚNICO.- Infracción de los artículos 234.1 y del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad firmado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 por haberse producido una errónea interpretación y aplicación de dichas normas, al haberse desconocido la voluntad de la persona discapacitada al nombrar tutor".

Y la procuradora D.<sup>a</sup> Concepción Giménez Gómez, en representación de D. Marino y D.<sup>a</sup> Edurne , interpuso así mismo recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"PRIMERO: Infracción del artículo 469.1.2º LEC ("Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia") al haberse infringido el deber de motivación de la sentencia contenido en el artículo 218.2 LEC .

SEGUNDO: Infracción del artículo 469.1.4º LEC ("Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE ") al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, la prohibición de indefensión (24.1 CE) y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (24.2 CE).

TERCERO: Infracción del artículo 469.1.4º LEC ("Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE ") al haberse vulnerado el artículo 24.2 CE (Derecho a la defensa, a un proceso con todas las garantías y a un juez imparcial).

CUARTO: Infracción Del artículo 469.1.4º LEC ("Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE ") al haberse vulnerado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (24.2 CE)".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"ÚNICO.- Infracción del artículo 234.1 Cc y del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, al haberse desconocido la voluntad de la persona discapacitada al nombrar a su tutor".

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 las procuradoras mencionadas en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 3 de abril de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación procesal de D. Marino y D.a Edurne , contra la sentencia dictada, con fecha 10 de julio de 2018, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.a, en el rollo de apelación 1422/2017 , dimanante de los autos de juicio sobre modificación de la capacidad obrar n.º 2090/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid.

2.º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación procesal de D.a Carolina contra la citada sentencia.

3.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría. Transcurrido dicho plazo, dése traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo la procuradora D.<sup>a</sup> María Dolores Arcos Gómez, en nombre y representación de D. Rogelio , mediante la presentación del correspondiente escrito.

El Ministerio Fiscal también presentó el correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 28 de mayo de 2019 se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, y por resolución de 19 de junio de 2019 se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. **Jose Luis Seoane Spiegelberg**, señalándose para votación y fallo el día 16 de julio del presente, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Antecedentes.**

1.- El Ministerio Fiscal interpuso demanda de determinación de la capacidad jurídica, medidas de apoyo y salvaguardias con respecto a D<sup>a</sup> Carolina , a solicitud de tres de sus seis hijos, concretamente de D<sup>a</sup> Africa , D<sup>a</sup> Carla y D. Rogelio , con fecha 5 de diciembre de 2014.

2.- D<sup>a</sup> Cecilia otorgó testamento abierto de fecha 5 de febrero de 2015, en el cual, en su cláusula cuarta, consta:



"Si fuera necesario el nombramiento de tutor es deseo de la testadora que se nombre a su hija Zaida , en su defecto, Marino , en su defecto, Edurne . En ningún caso es su deseo que se nombre tutor a cualquiera de los otros tres hijos ni a ninguna asociación, ni pública ni privada ni a ningún organismo similar".

**3.-** Seguido el juicio, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 65 de Madrid, en la que se declaró a la demandada D<sup>a</sup> Cecilia incapaz para regir su persona y bienes, sometiéndola al régimen de tutela, designando tutora a la AGENCIA MADRILEÑA PARA LA TUTELA DE ADULTOS.

**4.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso apelación por los otros dos hijos de D<sup>a</sup> Cecilia , concretamente por D<sup>a</sup> Edurne y D. Marino , representados por la otra hermana Zaida , en su condición de procuradora de los tribunales, y por la declarada incapaz D<sup>a</sup> Carolina , siendo el único punto debatido el concerniente al nombramiento como tutora de la AGENCIA MADRILEÑA PARA LA TUTELA, interesándose la atribución de la función tutelar a uno de los hijos de la discapacitada.

**5.-** La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, con el argumento de que, hoy por hoy, lo más procedente es atribuir a uno de los hijos de la incapacitada la condición de tutor, pero dado que los tres primeros citados Marino , Edurne y Zaida se lleven muy bien entre sí y regular con los otros tres llamados Rogelio , Carla y África , siendo que estos tres se llevan muy bien entre sí, es lo más conveniente al caso nombrar como tutores mancomunados a D. Marino y a D. Rogelio , que son los más citados y considerados más idóneos, en el bien entendido, que han de hacerlo bien y llevarse bien entre ellos por el bien de su madre.

**6.-** Contra dicha resolución judicial se interpusieron los presentes recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

**SEGUNDO.-** Recurso extraordinario por infracción procesal formulado por D. Marino y D<sup>a</sup> Edurne .

**1.-** El precitado recurso se fundamenta, en primer término, en la vulneración del art. 469.1.2<sup>a</sup> de la LEC , relativo a las normas procesales reguladoras de la sentencia, al haberse infringido el deber de motivación contenido en el art. 218.2 de dicha Disposición General .

**1.1.-** Consideraciones generales sobre la motivación.

La motivación de las resoluciones judiciales constituye manifestación legal del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE , y se corresponde con el derecho de todos los ciudadanos de obtener una respuesta fundada ante una pretensión judicializada, al tiempo que constituye una expresión de la sujeción de los jueces al imperio de la ley en el ejercicio de sus exclusivas funciones jurisdiccionales.

Esta exigencia de motivación, consagrada normativamente en los arts. 120.3 de la Carta Magna y 218.2 de la LEC , cumple tres funciones fundamentales en un Estado de Derecho, cuales son garantizar la aplicación de la ley al margen de cualquier clase de arbitrariedad, comprobando que la resolución judicial que zanja el conflicto responde a una razonada aplicación del ordenamiento jurídico ( art. 9.3 CE ), permitir el control jurisdiccional interno a través del régimen legal de los recursos preestablecidos, y la consideración del ciudadano como centro del sistema merecedor de explicaciones dimanantes de la Administración de Justicia, de manera tal que tenga constancia de las razones por mor de las cuales se estiman o desestiman sus pretensiones.

La motivación, en definitiva, ha de ser manifestación suficiente de la justificación causal del fallo, mediante la expresión de las razones de hecho y de Derecho que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión, al margen de que satisfaga o no los intereses y pretensiones de las partes ( SSTC 14/91 , 28/94 , 153/95 y 33/96 y SSTS 10 de diciembre de 1996 , 8 de octubre de 1997 , 18 de marzo y 15 de noviembre de 2010 y 889/2010, de 12 de enero de 2011 entre otras). En consecuencia, se vulnera tan ineludible exigencia cuando no hay motivación -carencia total-, o cuando es completamente insuficiente, y también cuando la motivación está desconectada con la realidad de lo actuado o da lugar a un resultado desproporcionado o paradójico ( STS 180/2011, de 17 de marzo ).

El juicio de motivación suficiente hay que realizarlo ( SSTC, 66/2009, de 9 de marzo y 114/2009, de 14 de mayo entre otras) considerando no solo el contenido de la resolución judicial en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso, atendiendo al conjunto de actuaciones y decisiones que, precediéndola, han conformado el debate procesal; es decir, valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que estén presentes, explícita o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estándolo, constan en el proceso ( STS 87/2010, de 9 de marzo ). No puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no tan esencial requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC 2/1997, de 13 de enero, F. 3 y 139/2000, de 29 de mayo , F. 4).

Por el contrario, como señala la STS 50/2019, de 24 de enero , "[...] deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengán apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los



criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla ( SSTS de 29 de abril de 2009 , 9 de julio de 2010 y 22 de mayo de 2014 )".

**1.2.-** Especiales exigencias de motivación para prescindir de la voluntad de la discapaz constituyendo su autotutela.

Una de las manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad de las personas, la encontramos en el régimen de autotutela, que consagra el art. 223 párrafo segundo del CC , que permite a una persona, con capacidad, notarialmente aseverada, al exigirse el otorgamiento de documento público notarial, que designe expresamente a quien ha de velar por su persona y bienes, ante la eventualidad de que se vea imposibilitada de hacerlo por sí misma, requiriendo los apoyos correspondientes propios de la curatela, o, en su caso, el sometimiento al mecanismo más severo de la tutela; es decir exteriorizar su preferencia sobre la concreta persona o personas que se encargarán de su cuidado, excluir expresamente a otras, o refutar la tutela institucional.

La expresada posibilidad legal, también admitida en el derecho catalán y aragonés, no es otra cosa que el reconocimiento de la dignidad de la persona, que comprende la facultad de autodeterminarse; o, dicho de otro modo, de ser protagonista de su propia existencia, de adoptar las decisiones más trascendentes, que marcan su curso vital, según sus deseos, sentimientos y aptitudes, en la medida en que quepa satisfacerlos.

En este sentido, la STS 298/2017, de 16 de mayo , sobre la llamada "autotutela", declara lo siguiente que: "[...] la voluntad expresada en escritura pública dirigida a designar a una persona para que, en caso de una futura modificación judicial de la capacidad, se le encomiende la función de prestar los apoyos que procedan ( art. 223 CC ) debe ser respetada por el juez, que solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija".

El necesario respeto, que se otorga a tal facultad de autonomía privada, exige su conocimiento, para lo cual el Notario autorizante deberá comunicarla de oficio al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento ( art. 223 CC párrafo tercero) y el art. 234, la fija como criterio preferente a la hora de proceder al nombramiento del tutor.

Ahora bien, comoquiera que respetar el orden legal del art. 234 CC puede ser contrario al interés superior del discapacitado, el Legislador permite alterarlo o incluso prescindir de todas las personas en él mencionadas, pero bajo un doble condicionamiento, que concurren circunstancias que así lo justifiquen, pues la regla general es respetar el orden prestablecido, así como que tales razones resulten debidamente explicitadas en la resolución judicial que así lo acuerde, con una motivación suficiente. Sobre esta exigencia de motivar adecuadamente un nombramiento, que se aparte de tal orden legal, se ha pronunciado esta sala en las sentencias 504/2012, de 17 de julio ; 341/2014, de 1 de julio ; 635/2015, de 19 de noviembre y 373/2016, de 3 de junio .

El interés superior del discapacitado impone el correlativo deber de velar preferentemente por su bienestar, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. Comprende la obligación de que se utilice el patrimonio del discapacitado en su propio provecho, sin que sufra restricciones en su calidad de vida, con la finalidad de conservarlo y transmitirlo mortis causa a sus herederos. Y supone también la elección de las personas más idóneas para prestarle las ayudas necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica o en su caso suplir su voluntad.

Hemos declarado que dicho interés rector de la actuación de los poderes públicos, enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York "[...] no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado" ( SSTS 635/2015, 19 de noviembre ; 403/2018, de 27 de junio y 458/2018, de 18 de julio ).

Pues bien, el precitado interés posibilita la alteración motivada del orden legal de nombramiento judicial de tutor o curador, ponderando factores, como los que advierte la precitada STS 458/2018, de 18 de julio , recogiendo una consolidada doctrina jurisprudencial, de las que son también expresión las SSTS 341/2014, de 1 de julio ; 635/2015, de 19 de noviembre y 596/2017, de 8 de noviembre , entre otras:

"[...] las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los



parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela, que es lo que ocurre en el caso enjuiciado".

### 1.3.- Apreciación de las circunstancias concurrentes.

La Audiencia constata la existencia de un conflicto entre hermanos, exteriorizado en dos bloques, tres que se llevan muy bien entre sí y regular con los otros tres, que, a su vez, se llevan muy bien entre ellos y regular con los otros tres, lo que conduce al tribunal provincial, prescindiendo de la tutela institucional decretada en primera instancia, a la designación de una persona de cada grupo, con exclusión también de la persona preferentemente designada como tutora por la recurrente, sin reseñar suficientemente las concretas razones por mor de las cuales el interés superior de la discapacitada requiere la desvinculación de su exteriorizada voluntad, que exige un plus reforzado de motivación. En definitiva, constituyendo una tutela mancomunada en contra de los deseos de la otorgante, lo que exige la constatación de justificadas razones que así lo exijan debidamente exteriorizadas.

Se hace referencia al conflicto entre hermanos para prescindir de la voluntad de la madre expresada en documento público notarial, y esta razón, por sí sola no es suficiente, sino trasciende en contra del interés de la tutelada. Así lo hemos manifestado en la STS 635/2015, de 19 de noviembre, cuando señalábamos que el "[...] conflicto familiar entre quienes están llamados a asumir el cargo de tutor, no debería en sí mismo justificar en principio la alteración del orden de prelación. Si lo es en cuanto puede trascender en contra del interés de la tutelada y puede afectar a la atención, al cuidado y a la representación de sus intereses personales y patrimoniales que se verían perjudicados o no tan bien atendidos"; mas la sentencia de la Audiencia nada razona al respecto.

Tampoco se expresan las poderosas razones en virtud de las cuales la hija Cecilia, con la que convive y que desea asuma su tutela, se considere inidónea para el ejercicio de tal función. Y, por último, no se exteriorizan los motivos que conducen a considerar que lo mejor para la discapacitada sea la constitución de una tutela mancomunada atribuida a los dos hijos varones de la recurrente -uno de ellos además expresamente excluido de tal función por la madre- cuando el conflicto existente entre hermanos hará sumamente dificultosa la adecuada y fluida gestión de sus intereses personales y patrimoniales; puesto que, como advierte el Ministerio Fiscal, favorable al acogimiento de este motivo de infracción procesal, puede eventualmente bloquear el ejercicio de la tutela, lo que es contrario a los intereses de la tutelada.

En función de los argumentos expuestos procede que la Audiencia dicte nueva sentencia razonando suficientemente sobre los extremos reseñados.

**2.-** Entramos ahora en el conocimiento de los otros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal a través de los cuales se pretende la nulidad de actuaciones a partir de la demanda. El segundo de ellos se fundamenta, al amparo del art. 469.1.4 de la LEC, en la vulneración del art. 24 CE, basado en un conjunto plural de alegaciones, que analizaremos en este apartado.

**2.1.-** Se señala como vulnerado el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes del art. 24.2 CE. El Tribunal Constitucional ha desarrollado una conocida doctrina sobre su contenido (entre otras muchas, SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 246/2000, de 16 de octubre, FJ 3; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3; 88/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 4/2005, de 17 de enero, FJ 3; 359/2006, de 18 de diciembre, FJ 2; 77/2007, de 16 de abril, FFJJ 2 y 3; y 86/2008, de 21 de julio, FJ 3), en el que se ha afirmado que presenta una estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), así como con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), del que es realmente inseparable. Precisamente, como destaca la STC 128/2017, de 13 de noviembre, esta inescindible conexión permite concluir que constituye el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso.

En definitiva, el invocado derecho fundamental comprende, desde una perspectiva positiva: a) el derecho a que sean admitidas las pruebas pertinentes, decisivas en términos de defensa, propuestas con observancia de la legalidad procesal, y siempre que, en su obtención, no se hubieren vulnerado derechos fundamentales; b) el derecho a que la prueba admitida sea practicada, desplegándose, en consecuencia, la actividad procesal necesaria a tal fin; c) derecho a que no se produzca indefensión, denegando, sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable, la práctica de una prueba trascendente; d) por último, a que la prueba practicada sea valorada por parte del tribunal, pues fuera de tal caso el mentado derecho carecería de efectividad.

Desde un plano puramente negativo, no queda comprendido en su ámbito objetivo de aplicación: a) La admisibilidad ilimitada de pruebas; b) La admisión de pruebas no propuestas con respeto a la legalidad



procesal o ilícitamente obtenidas; y c) La práctica de pruebas no llevadas a efecto por causa imputable a la parte, que alega la vulneración de tal derecho fundamental.

Como recuerda nuestra sentencia 647/2014, de 26 de noviembre, con cita de la STS de 22 de febrero de 2006, el alcance de tal derecho se delimita a la observancia de los requisitos siguientes:

"i) Pertinencia. El art. 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba "pertinentes", implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi* [supuesto que debe decidirse] ( SSTC 147/2002, de 15 de junio ; 70/2002, de 3 de abril ; 165/2001, de 16 de julio ; y 96/2000, de 10 de abril ), pues lo contrario significaría que se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad ( AATC 96/1981, de 30 de septiembre ; 460/1983, de 13 de octubre ; y 569/1983, de 23 de noviembre ), vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el art. 24.2 CE ( STC 17/1984, 7 de febrero ).

ii) Diligencia. Tratándose de un derecho de configuración legal, la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido en el ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio ( SSTC 173/2000, de 26 de junio, y 167/1988, de 27 de septiembre ). Es preciso, por un lado, que la parte legitimada haya solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento ( SSTC 236/2002, de 9 de diciembre ; 147/2002, de 15 de junio ; 165/2001, de 16 de julio ; y 96/2000, de 10 de abril ).

iii) Relevancia. Es exigible que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante (por todas, STC 157/2000, de 12 de junio ); cosa que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa ( STC 147/2002, de 15 de julio ), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito ( STC 70/2002, de 3 de abril ), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente ( STC 116/1983, de 7 de diciembre )".

De este modo, al revisar la procedencia de la denegación de la prueba, debemos tener presente su pertinencia y relevancia para que fueran estimadas las pretensiones de la recurrente.

Pues bien, bajo las premisas expuestas podemos resolver el recurso interpuesto.

**2.2.-** Se queja la parte recurrente, que no se le dio traslado del expediente documental utilizado por el Ministerio Fiscal, para promover la declaración de la modificación de la capacidad de la demandada, ni tampoco de la documentación utilizada por el equipo psicosocial para elaborar su dictamen; mas la precitada documentación sólo sirvió para que el Ministerio Fiscal decidiese la promoción de la presente demanda, con lo que su utilidad, a los efectos pretendidos en el recurso, no se ha justificado, al no haberse demostrado la supuesta incidencia sobre el resultado del juicio y la indefensión padecida al respecto, lo que es extrapolable a la otra documentación, que tampoco fue valorada por la sentencia de la Audiencia como fundamento de su decisión.

**2.3.-** Dentro de este apartado, y por las mismas razones, debemos desestimar la queja derivada de que no se admitió el testimonio de la notaria autorizante del documento público, en el que se hizo uso por la otorgante de su derecho a la designación de tutor; mas no comprendemos qué incidencia tiene la denegación de tal prueba en el resultado del presente juicio y la correlativa indefensión alegada por tal causa por la parte recurrente, pues si la fedataria pública autorizó dicho acto jurídico es porque le constaba la capacidad de la demandada para exteriorizar una voluntad consciente y libre al llevar a efecto el juicio de capacidad como presupuesto de la autorización notarial del documento.

En efecto, el Notario, además de cerciorarse de la identidad de los intervinientes, debe dar fe de que, a su juicio, los otorgantes tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que el instrumento se refiera; así se refleja expresamente en el art. 156.8 del Reglamento vigente de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, cuando señala que toda escritura pública contendrá la afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera; juicio que, por supuesto, debe ser fruto de un contacto personal y apreciación directa del fedatario con respecto de la persona o personas otorgantes.

Es cierto que la fuerza probatoria plena del documento público no se puede extender a lo que constituyan apreciaciones subjetivas del fedatario autorizante, o, dicho de otra forma, no puede abarcar los juicios de valor, que se contengan en instrumento de tal clase, que no son constataciones objetivas de hechos. En este sentido, no tiene carácter probatorio pleno el juicio de capacidad testamentaria efectuado por el notario ( art. 696 del Código Civil ), sin perjuicio de que encierre una presunción *iuris tantum* de exactitud, pues la jurisprudencia viene proclamando que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante, adquiere,



dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *ius tantum* de actitud, que sólo puede desvirtuarse mediante una evidente y completa prueba en contrario, ( SSTS 250/2004, de 29 de marzo , 289/2008, de 26 de abril , 685/2009, de 5 de noviembre , 20/2015, de 22 de enero , 435/2015, de 10 de septiembre , 461/2016, de 7 de julio y 146/2018, de 15 de marzo etc.).

Pues bien, no nos hallamos ante el ejercicio de una acción de impugnación del testamento, y, por otra parte, se presume el juicio de capacidad de la otorgante efectuado por la notaria que autorizó el instrumento público de la autotutela; por lo que ninguna exigencia de la carga de la prueba al respecto corresponde a la parte recurrente.

**3.-** Infracción del art. 469.1.4 LEC , por vulneración del derecho de defensa, a un proceso con todas las garantías y a un juez imparcial.

Se queja que la jueza a quo laminó el derecho de defensa de la parte recurrente, en cuanto a su participación efectiva en la práctica de la prueba, especialmente con respecto al interrogatorio de la médica forense, en desigualdad de armas con el Ministerio Fiscal, lo que generó una indiscutible indefensión.

En el recurso se sostiene además que se violó una de las garantías esenciales de la función jurisdiccional, cual es la imparcialidad del juzgador ( SSTC 146/2006 y 11/2000 ), dirigida a asegurar que la razón última de la decisión adoptada sea conforme al ordenamiento jurídico y por un tercero ajeno tanto a los intereses en litigio como a sus titulares ( SSTC 45/2006, de 13 de febrero, FJ 4 y 143/2006, de 8 de mayo , FJ 3). Se trata la efectuada de una grave imputación carente de base, pues la juzgadora a quo se limitó a ejercer sus facultades de dirección del proceso, entre las que figura la de admisión o rechazo a las preguntas formuladas por las partes, sometiendo a las mismas a un test de pertinencia, utilidad y legalidad, con posibilidad de ser recurridas. Tampoco se explicita qué relevancia tiene el interrogatorio de la médica forense sobre el grado de discapacidad, que no se discute; y la vulneración del orden legal en la designación de tutora.

Por otra parte, tampoco se ha causado lesión del derecho de defensa ( art. 24.2 CE ), con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, puesto que no existe relación directa entre las pruebas denegadas y los hechos a probar en el contexto en que ha quedado delimitado el proceso, y el rechazo o la falta de práctica de aquéllas no impidieron a los recurrentes proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

**TERCERO.-** Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D<sup>a</sup> Carolina .

**3.1.-** Los mismos argumentos, reseñados en el precedente fundamento jurídico, valen para estimar el recurso por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia ( art. 469.1.2º LEC ), al haberse infringido el deber de motivación del art. 218.2 LEC . Para rechazar los motivos formulados al amparo del art. 469.1.4º LEC , relativos a la vulneración de los derechos fundamentales de defensa, a un proceso con todas las garantías, a un juez imparcial, así como el de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa del art. 24.2 CE , igualmente nos remitimos a los razonamientos precedentemente expuestos al emplearse argumentos prácticamente idénticos a los formulados por las otras partes recurrentes.

**3.2.-** No obstante, se adiciona un motivo más, por infracción del art. 469.1.2º de la LEC , por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto por violación del deber de congruencia del art. 218.1 LEC .

No podemos considerar que en este aspecto la sentencia haya incurrido en infracción procesal, al utilizar los juzgadores de segunda instancia la facultad que les concede el art. 234 penúltimo párrafo del CC , para nombrar como tutores a las personas que consideren más idóneas, con la finalidad pretendida de respetar el interés superior de la discapacitada, principio fundamental en esta clase de procesos ( SSTS 635/2015, de 19 de noviembre , 403/2018, de 27 de junio o 458/2018, de 18 de julio entre otras), en los que, por sus propias connotaciones, se encuentran constreñidos los principios dispositivo y de aportación de parte ( arts. 751 y 752 LEC ); cuestión distinta es si con dicha decisión se vulneró el contenido sustantivo de aquél precepto del Código Civil, lo que ya no conforma una infracción de una norma adjetiva o procesal fiscalizable por el recurso extraordinario interpuesto.

La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal conduce a que no quepa entrar en el recurso de casación formulado.

**CUARTO.-** *Sobre las costas.*

No se hace especial condena en costas, toda vez que se estima el recurso extraordinario por infracción procesal en uno de sus motivos, y se remiten los autos a la Audiencia para que dicte nueva sentencia motivadamente ( arts. 394 y 398 LEC ), sin que por ello se entre en el examen del recurso de casación formulado.



## 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 en parte los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos, contra la sentencia dictada el 10 de julio de 2018, por la sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 1422/2017 .

2.º- Dejamos sin efecto la sentencia de apelación y acordamos la remisión de los autos a la precitada sección 24 de la Audiencia de Madrid, para que motive, de forma suficiente, las razones por mor de las cuales el interés superior de la discapaz exige prescindir de su voluntad exteriorizada y preferente en la designación de tutor en los términos indicados.

3.º- No imponer a ninguna de las partes las costas de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

4.º- Y devolver a las partes recurrente los depósitos constituidos.

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

Así se acuerda y firma.

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Eduardo Baena Ruiz M.ª Angeles Parra Lucan

**Jose Luis Seoane Spiegelberg**