



Roj: **STS 4003/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4003**

Id Cendoj: **28079110012021100738**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2021**

Nº de Recurso: **1201/2021**

Nº de Resolución: **734/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 734/2021

Fecha de sentencia: 02/11/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1201/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/10/2021

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

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE VALENCIA, SECCIÓN 10.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1201/2021

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 734/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 2 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.ª Genoveva, representada por el procurador D. José Antonio Navas González y bajo la dirección letrada de D. Carlos Torreño Lerma, contra la sentencia n.º 691/2020, dictada por la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial



de Valencia, en el recurso de apelación n.º 608/2020, dimanante de las actuaciones de juicio verbal especial sobre capacidad n.º 463/19, del Juzgado de Primera Instancia n. 4 de DIRECCION000 . Ha sido parte recurrida D. Francisco , D. Gabino , D. Genaro y D. Geronimo , representados por el procurador D. Marco A. Labajo González y bajo la dirección letrada de D.ª Raquel Marco Espejo. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Isabel Ballester Gómez, en nombre y representación de D. Geronimo , D. Francisco , D. Genaro y D. Gabino , interpuso demanda de juicio verbal especial sobre capacidad contra D.ª Genoveva en la que solicitaba:

"[...] previa audiencia de las personas afectadas y del médico forense proceda a acordar las medidas necesarias para la salvaguarda de la persona de la demandada, con nombramiento inmediato de tutor en la persona de D. Gabino , así como a intervenir judicialmente, sin prestar fianza o caución, los bienes referenciados, con las medidas necesarias para su buena administración, y la prohibición de disponer, gravar o enajenar los bienes inmuebles".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de DIRECCION000 y se registró con el n.º 463/2019. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de D.ª Genoveva .

3.- La procuradora D. Víctor Pérez Mateu de Ros, en representación de D.ª Genoveva , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte resolución por la que se deniegue la incapacitación solicitada por la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza sustituta del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de DIRECCION000 dictó sentencia de fecha 11 de febrero de 2020, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda de incapacitación instada por la Procuradora de los Tribunales D.ª ISABEL BALLESTER GÓMEZ en nombre y representación de D. Geronimo , D. Francisco , D. Genaro y D. Gabino frente a D.ª Genoveva , madre de los actores quien intervino en el procedimiento representada por el Procurador de los Tribunales D. VICTOR FERRER MATEU DE ROS, y con intervención del Ministerio Fiscal declaro la INCAPACIDAD TOTAL de D.ª Genoveva , si bien con dos excepciones en primer lugar en cuanto se autoriza a que la misma maneje una pequeña cantidad de dinero para sus gastos de bolsillo, sin necesidad de que tenga que solicitar del tutor de la esfera patrimonial dinero cuando lo necesite para gastos ordinarios de bolsillo, tal cantidad teniendo en cuenta que la nómina que percibe asciende a 677,40 euros no podrá ser superior al 15 % de la nómina, y en segundo lugar privándole del derecho de sufragio pasivo, si bien, por imperativo legal, no procede privarle del ejercicio derecho de sufragio activo, tras la reforma operada en la Ley orgánica del Régimen electoral, reforma por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, en virtud de la redacción actual de los artículos 3 y 4 así como de la Disposición adicional 8ª de la LOREG, pudiendo disfrutar de tal derecho en los términos legalmente previstos.

Asimismo procede, en virtud de las circunstancias del caso, establecer una doble tutela, separando los cargos de Tutor de la esfera personal y patrimonial de la tutelada, correspondiendo, para la esfera personal nombrar como tutora a su hija D.ª Belen y para la esfera patrimonial nombrar como tutor a su hijo D. Gabino , en los términos previstos en los Fundamentos Jurídico Primero y Segundo de esta resolución, si de su hoja histórico penal y certificación literal de nacimiento, no existe razón que lo impida, debiendo cuando sean nombrados rendir cuentas de su actuación a la autoridad judicial en los términos legalmente establecidos.

La tutora provisional deberá rendir cuentas de su actuación durante el tiempo que desempeñó tal cargo.

Ambos tutores se rendirán cuentas en el ámbito de sus respectivas responsabilidades, y el resto de los hermanos podrán tener conocimiento y traslado de tal rendición de cuentas anual. Anótese la presente resolución en los registros públicos correspondientes".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

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 608/2020 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 9 de diciembre de 2020, cuya parte dispositiva acuerda:



"Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Genoveva .

Segundo.- Confirmar íntegramente la sentencia de instancia.

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

Cuarto.- En cuanto al depósito consignado para recurrir se declara su pérdida".

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

1.- El procurador D. José Antonio Navas González, en representación de D.^a Genoveva , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"El recurso extraordinario por infracción procesal se funda, en un único motivo impugnatorio, de conformidad con el ordinal tercero del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determina la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El referido recurso se basa en los siguientes motivos impugnatorios: [...]

PRIMERO. - Al amparo de artículo 469, apartado 1, ordinal 2.º LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892). Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Vulneración de los principios de justicia rogada y de congruencia que rigen nuestro ordenamiento procesal civil (artículos 216 y 218.1.º LEC).

SEGUNDO. - Al amparo del artículo 469, apartado 1, ordinal 2.º, LEC. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Falta de motivación de la sentencia recurrida que sustituye la valoración probatoria de la juzgadora de instancia por la suya propia, sin hacer referencia a los motivos que le llevan a un criterio opuesto a aquélla con infracción de lo previsto en el artículo 218.2.º LEC y por infracción del art. 24 CE por error patente en la valoración de la prueba".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1.- Infracción de los art. 223.2 y 234.1. del Código Civil en relación con el artículo 236.1 del CC y el artículo 12.4 del Convenio de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006 y suscrito por España el día 30 de marzo de 2007.

2.- Vulneración del art. 3 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social".

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 2 de junio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por doña Genoveva contra la sentencia dictada, con fecha 9 de diciembre de 2020, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10.ª), en el rollo de apelación n.º 608/2020, dimanante del procedimiento de modificación de la capacidad n.º 463/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de DIRECCION000 .

2.º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con en su caso, sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. Transcurridos los cuales dese traslado al Ministerio Fiscal.

Contra esta resolución no cabe recurso".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

Por el Ministerio Fiscal se emitió el dictamen requerido.

4.- Por providencia de 10 de septiembre de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 26 de octubre del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes



1.- Por los hermanos D. Geronimo , D. Francisco , D. Genaro y D. Gabino se presentó demanda en la que solicitaron la declaración de la modificación de la capacidad de su madre D.^a Genoveva , con los efectos derivados de dicho pronunciamiento, lo que dio lugar a los autos de juicio especial 463/2019 del Juzgado de Primera Instancia de DIRECCION000 -Valencia.

2.- Por medio de instrumento público de fecha 17 de octubre de 2019, autorizado por el notario D. Manuel Chirivella Bonet, la demandada expresó sus deseos de que, en el caso de que ello fuera necesario, desempeñase su hija D.^a Belen el cargo de tutora.

3.- Con la demanda se pidieron medidas cautelares, consistentes en la constitución de una tutela provisional durante la sustanciación del procedimiento, para la que fue judicialmente designada la precitada hija de la demandada, D.^a Belen .

4.- Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, se dictó sentencia de fecha 11 de febrero de 2020, por parte de dicho juzgado, en la cual se declaró la incapacidad total de la demandada, sin perjuicio de la facultad de manejar una pequeña cantidad de dinero para sus gastos de bolsillo, no superior al 15% de su pensión, sin privación del derecho de sufragio activo.

Se sometió a la demandada al régimen jurídico de la tutela. A tales efectos, se constituyó una tutela, en la esfera personal, para la que fue nombrada la hija D.^a Belen , y otra, en la esfera la patrimonial, que desempeñaría el hijo D. Gabino , con recíproca rendición de cuentas entre ambos tutores.

5.- La referida resolución, en lo que ahora nos interesa, se fundó, en síntesis, en los razonamientos siguientes:

i) Que desde la celebración de la vista de la pieza de medidas cautelares, para la designación de tutor provisional, cargo para el que fue nombrada la hija de la demandada D.^a Belen , no se ha acreditado un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta al resolver tal cuestión.

ii) Que para proceder a dicho nombramiento provisional se tuvo en cuenta la voluntad de la demandada, expresada en instrumento público de fecha 17 de octubre de 2019, autorizado por el Notario D. Manuel Chirivella Bonet, y, aunque tal designación se efectuó cuando existía un diagnóstico de demencia, en ese momento se encontraba menos avanzada, sin que, en tal aspecto, se apreciase alterada la voluntad de la demandada, ni acreditada manipulación alguna sobre su persona. Esta preferencia se reiteró en la exploración judicial practicada.

iii) Que no se duda del interés y preocupación de todos los hijos por el estado de su madre y por su bienestar, así como que todos ellos participan de su cuidado y atención.

iv) Que la razón por la que la Sra. Genoveva prefiere que su hija se encargue de sus asuntos, deriva de que está diariamente más pendiente de ella, dado que, por su situación laboral, dispone de más tiempo libre, así como al tener más confianza en su persona y encontrarse más cómoda con su hija que con sus hijos o nueras, tal y como indicó en sede judicial.

v) Dado el escaso tiempo transcurrido desde que se designó a D.^a Belen como tutora provisional, no ha sido posible apreciar si su actuación es incorrecta, aportando el inventario que se interesó.

vi) Que se constató que, tras la celebración de la vista de las medidas cautelares, ya no se ha continuado con el turno rotativo de asistencia a la demandada, y se ha producido una disminución del contacto madre-hijos varones, que en nada se ha demostrado se deba a la dejadez de éstos últimos.

vii) La tutora provisional, pese a recibir un burofax de la entidad arrendataria del inmueble, titularidad de su madre, no se ha puesto en contacto con algún responsable de aquélla, ni con sus hermanos, esperando, según señaló, a que la Juzgadora le dijera qué hacer, lo que implica no tener claro cómo debe desempeñarse en tal cargo, siendo lo oportuno cuanto menos haber contactado con tal entidad para negociar nuevos términos (si considera perjudiciales para su madre), o cuánto menos saber qué deseaban y no dejar pasar el tiempo con el posible perjuicio para los intereses de su pupila.

viii) Que la tutora provisional, en las distintas vistas celebradas, se manifestó de forma divergente sobre el estado de su madre. Así, en la primera de ellas, refirió que gozaba de autonomía con necesidad de cierta ayuda; sin embargo, en la vista principal, expuso la necesaria supervisión de todos sus actos.

ix) Que no justificó D.^a Belen las razones por las cuales si su hermano D. Gabino se encargaba de los asuntos económicos de su madre (impuestos, etc.), sin quejas del resto de sus hermanos y madre, sorpresivamente, en la última anualidad (2019), ya no se encargó de tales cuestiones él, sino ella.

ix) Con fundamento en tales consideraciones, la Juzgadora concluye que:



"[...] respetando la voluntad de la Sra. Genoveva , la actual situación laboral de todos los hijos de la misma, lo acontecido tras la vista de la medida cautelar, siendo que de facto diariamente su hija se encarga de una atención más directa y continuada de su madre, al no trabajar y sí sus hermanos lo que dificulta un poco más que éstos puedan encargarse con más implicación y tiempo en el cuidado y atención de su madre diariamente, pero no considerando que no hay motivo alguno para entender que Gabino se hubiera encargado inadecuadamente de los aspectos económicos y patrimoniales de su madre, mientras lo hizo, por las razones expuestas y considerando esta Juzgadora que las razones del enfrentamiento entre los hijos deben quedar al margen del cuidado y atención de su madre, no acreditando nada de lo afirmado la tutora provisional sobre la irregular administración de sus hermanos, no se observa obstáculo para nombrar dos tutores, uno para la esfera personal y otro para la esfera patrimonial, correspondiendo el cargo de tutor de la esfera personal a la hija de la Sra. Genoveva , Belen , sin que ello en ningún caso implica coartar ni eliminar la relación del resto de hijos con su madre, extendiéndose a los aspectos relativos a su cuidado diario personal (aseo personal, pautas alimenticias, cuidado del estado del domicilio, pudiendo decidir qué personas que se encarguen de la limpieza) y en lo que respecta a la esfera de su salud diaria en orden a ayudarla y supervisarla en el manejo de medicamentos, y acudir a consultas médicas, control del cumplimiento del tratamiento pautado, y en caso de ser necesario concertar visitas médicas y acompañar a las mismas.

Deberá rendir cuentas de lo actuado durante el tiempo que actuó como tutora Provisional.

En cuanto a la tutela de la esfera patrimonial y de los bienes de la tutelada se considera como la persona más adecuada para desempeñar el cargo de tutor en esta esfera a su hijo Gabino .

Las decisiones de la esfera personal que pudieran implicar decidir sobre una intervención quirúrgica se adoptarán con el acuerdo del tutor patrimonial. El tutor patrimonial deberá procurar que la tutora de la esfera personal pueda disponer de dinero adecuado para atender a las necesidades personales y de salud de la tutelada.

La posibilidad de designar dos tutores se recoge en el artículo 236 del Código Civil, según el cual, "cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente".

6.- Interpuesto recurso de apelación por D.^a Genoveva , su conocimiento correspondió a la sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, que dictó sentencia en la que, aceptando la fundamentación de la pronunciada en primera instancia, confirmó la resolución recurrida, con el razonamiento siguiente:

"En efecto, el que Gabino llevara los asuntos económicos de la familia, en concreto ante el fallecimiento de su padre, el que las relaciones sean buenas entre todos los hermanos, y el no haber sabido gestionar la tutora provisional el burofax que le fue remitido relativo a la vivienda arrendada, son razones suficientes como para considerar como acertada la decisión del Juzgador de instancia, a la que se une el propio Ministerio Fiscal encargado de velar por la protección del incapaz, pues es evidente que el interés a proteger, el interés más relevante, es el de la persona incapacitada necesitada de la mejor protección tutelar, y no el interés de los llamados a ejercerla".

7.- Contra dicha sentencia se interpuso por la demanda D.^a Genoveva recursos extraordinarios por infracción procesal y casación, circunscritos exclusivamente a la designación de tutor, al no haberse respetado la voluntad de la recurrente de que dicho cargo fuera desempeñado por su hija D.^a Belen .

8.- El Ministerio Fiscal apoya el recurso de casación interpuesto, al considerar, en síntesis, que es inequívoca la voluntad de D.^a Genoveva , en el sentido de que sea su hija nombrada tutora, sin distinción en relación a su persona y bienes, como así consta en la escritura pública de 17 de octubre de 2019, así como en la exploración judicial llevada a efecto el 19 de diciembre de 2019, en la que la recurrente manifestó que "prefiere que su hija se encargara de sus cosas en el futuro, cuando ella ya no pueda". El informe forense de 7 de enero de 2020, le diagnostica una enfermedad de Alzheimer con deterioro cognitivo moderado.

Se señala, también, que al designarse tutor para los bienes se prescinde de la voluntad de D.^a Genoveva . La incidencia, que relata la sentencia en términos evanescentes, en relación con el burofax remitido por los arrendatarios, no justifica prescindir de la voluntad exteriorizada de la persona con discapacidad, a lo que se añade que una mala gestión patrimonial, sin que conste produjera daños, no posibilita prescindir de la manifestada preferencia.

Por último, se analiza que la misma solución derivaría de la aplicación del art. 272 del CC, en su redacción actualmente vigente, tras la reforma del referido código por Ley 8/2021.

**SEGUNDO.-** *Alteración del conocimiento del orden de resolución de los recursos interpuestos*

Esta Sala ha admitido la posibilidad de alterar el orden legal en el que, en principio, deberían resolverse los recursos (disposición final 16.ª 1. regla 6.ª LEC) y examinar en primer lugar el recurso de casación, porque una eventual estimación del mismo determinaría la carencia de efecto útil del recurso por infracción procesal igualmente interpuesto, "[...] toda vez que las denuncias sobre infracción de normas procesales, en cuanto instrumentales de la controversia sustantiva objeto del recurso de casación, habrían perdido relevancia" (sentencias 910/2011, de 21 de diciembre; 641/2012, de 6 de noviembre; 223/2014, de 28 de abril; 71/2016, de 17 de febrero; 634/2017, de 23 de noviembre; 170/2019, de 20 de marzo o 531/2021, de 14 de julio).

Es, por ello, que procederemos al examen previo de los motivos sobre los que se articula el recurso de casación interpuesto.

TERCERO.- *Análisis del recurso de casación***3.1** *Fundamento y desarrollo de los motivos*

El primero de los motivos de casación se fundamenta en la infracción de los arts. 223.2 y 234.1 del Código Civil, en relación con el artículo 236.1 del CC y el artículo 12.4 del Convenio de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006.

En su desarrollo, se sostiene que no existe causa que justifique prescindir de la voluntad exteriorizada de la recurrente, relativa a que sea su hija D.ª Belen quien ejerza las funciones de tutora, tanto en la esfera personal como patrimonial. Esta voluntad se ha expresado en la escritura notarial de fecha de 17 de octubre de 2019, así como ratificada, ulteriormente, ante la jueza de instancia, con fecha 21 de diciembre del mismo año, en la exploración judicial llevada a efecto.

En el segundo motivo del recurso, se alega la vulneración del art. 3 a) del RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en tanto en cuanto recoge como principio básico "el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas".

Ambos motivos son susceptibles de un tratamiento conjunto, al basarse en fundamentos coincidentes.

3.2 *Base normativa aplicable*

En la anterior redacción del Código Civil, vigente durante la sustanciación del proceso en ambas instancias, se señalaba, en su art. 223 II, que "[...] cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor".

En congruencia con ello, el art. 236 establecía que: "Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223".

Por su parte, el art. 236.1, igualmente considerado como infringido, normaba que: "La tutela se ejercerá por un sólo tutor salvo: Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente".

Y, por último, el art. 234, en su penúltimo párrafo, disponía que: "Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere".

Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, la materia se encuentra ahora regulada en el art. 271, párrafo primero, del CC, que proclama, en el mismo sentido, que "[...] cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador", así como que dicha propuesta "vincularán a la autoridad judicial al constituir la **curatela**" (art. 272 párrafo primero CC).

No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la **curatela** o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que



las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (art. 272, párrafo segundo).

La disposición transitoria sexta de Ley 8/2021, relativa a los procesos en tramitación a su entrada en vigor, norma que se regirán conforme a lo dispuesto en ella, conservando su validez las actuaciones que se hubiesen practicado hasta ese momento. Y, por su parte, la disposición transitoria tercera, dispone que las previsiones de autotutela se entenderán ahora referidas a la autocuratela y se regirán por lo dispuesto en la nueva ley.

3.3 La autocuratela

La posibilidad legal de nombrar curador, antes tutor, es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos por el art. 10 CE, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada, para designar la persona que ejerza la función de curador o incluso excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo.

Las características, que delimitan jurídicamente la autocuratela, tal y como es concebida por la ley, son las siguientes:

i) Nos hallamos ante un negocio jurídico de derecho de familia, de carácter unilateral, pues proviene de la voluntad del otorgante, sin necesidad de concordarla con la propia de la persona designada, al tiempo de su otorgamiento.

ii) Es personalísimo, pues pertenece exclusivamente a la esfera dispositiva de la persona interesada que la ejerce, en tanto en cuanto le compete la designación de la persona que, en virtud de su disponibilidad, solicitud, empatía, cercanía y afecto, considera más idónea para prestarle los apoyos precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad; en definitiva, para acompañarla, asistirle o incluso excepcionalmente representarla, con la confianza que ejercerá dicho cargo con respeto a su voluntad, deseos, preferencias, creencias, valores y trayectoria vital (arts. 249 y 250 CC). Sin perjuicio, claro está, de la facultad de designar a una persona jurídica pública o privada que desempeñe tales funciones.

La ley prevé la posibilidad de que se delegue al cónyuge o a otra persona, la elección entre las llamadas en escritura pública a ejercer el cargo. No, por lo tanto, la designación de curador, sino la elección entre los escogidos por la persona interesada (art. 274 CC).

iii) En un negocio jurídico inter vivos, en tanto en cuanto desencadena sus efectos en vida de la persona con discapacidad, al ser concebida precisamente para el apoyo, acompañamiento amistoso, ayuda técnica, ruptura de barreras, consejo e incluso ejercitar excepcionalmente funciones representativas, cuando sea menester.

iv) Es solemne, puesto que su validez precisa que la voluntad se manifieste en escritura pública notarial, como las medidas voluntarias de apoyo (art. 271 CC).

v) Vincula al juez al proceder al nombramiento de curador, sin perjuicio de que pueda prescindir de dicha designación mediante resolución motivada, por razones graves, desconocidas al tiempo del otorgamiento o por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la designación, en los términos del párrafo segundo del art. 272 del CC.

vi) Es revocable, puesto que entra en el marco de las facultades dispositivas del otorgante dejar sin efecto una previa designación efectuada.

vii) Inscribible en el Registro Civil (art. 4-10º Ley 20/2011, de Registro Civil).

viii) Por último, las facultades de la persona interesada no sólo se limitan a la designación de quien vaya a ejercer las funciones de curador, incluso sus sustitutos (art. 273 CC), sino también contempla la opción de establecer las disposiciones, que se consideren oportunas con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo (art. 271 II CC).

3.4 Estimación del recurso

La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000, declara, en su art. 1, que la dignidad humana es inviolable, será respetada y protegida; asimismo prohíbe toda discriminación por razón de discapacidad (art. 21.1) y proclama que "[...] la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad".

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, fue ratificada por España, publicada en el BOE de 21 de abril de 2008, la cual entró en vigor el 3 de mayo de dicho año, con lo que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno a tenor de los arts. 1.5



CC y 96.1º de la Constitución. La transposición del convenio al Código Civil se llevó a efecto por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Pues bien, en el preámbulo del referido Convenio, se parte de la base de que "la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye vulneración de la dignidad y el valor inherente del ser humano", así como de la "importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones".

En el sentido expuesto, el art. 3 a) norma que la Convención se fundamenta, entre otros, en "[...] el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas".

En la exposición de motivos de la nueva ley 8/2021, de 2 de junio, concretamente en su apartado III, se insiste en que la reforma que el artículo segundo introduce en el Código Civil "[...] sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal".

Dicho principio se normativiza a lo largo del articulado del Código Civil, en el que se reconoce la autonomía de la persona con discapacidad y se proclama el respeto a su voluntad, preferencias, deseos, creencias, valores y trayectoria vital (arts. 249, 250, 268, 270, 276 y 282 CC, entre otros).

En la sentencia 269/2021, de 6 de mayo, hacíamos referencia a que uno de los principios que deriva del Convenio de Nueva York, en su interpretación jurisprudencial, era el de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, y razonábamos al respecto que: "[...] no deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible, ha de ser respetada, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada".

Igualmente, en la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre, tras la entrada en vigor de la nueva ley, hemos proclamado que "la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias", con los matices que se explica a continuación.

Con respecto a la autotutela, antes de la precitada reforma por Ley 8/2021, esta Sala ya se había manifestado en el sentido del carácter vinculante de la designación de tutor llevada a efecto por el interesado para proveer necesidades futuras, de la que únicamente se podría prescindir, mediante una resolución judicial con motivación reforzada, en beneficio de la persona con discapacidad.

En la sentencia 487/2014, de 30 de septiembre, se respeta la voluntad de la persona discapacitada sobre la elección de curador en la persona de su hijo, frente al nombramiento de la hija, acordado en la sentencia de la Audiencia Provincial, que se casa, tomando en consideración los arts. 223 y 234 CC, el Real Decreto Ley 1/2013, y también el art. 3 del Convenio, relativo a la necesidad de respetar "la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones".

En similar sentido, en la sentencia 298/2017, de 16 de mayo, hemos señalado 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. Así resulta de lo dispuesto en el art. 234.II CC", para lo cual se requiere una motivación reforzada. En el mismo sentido, con reproducción de la anterior, se expresa la sentencia 458/2018, de 18 de julio.

Por su parte, en la sentencia 465/2019, de 17 de septiembre, insistiendo en la misma doctrina, hemos declarado que:

"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".

Más recientemente, en la sentencia 706/2021, de 19 de octubre, nos hemos ocupado, aplicando ya la nueva normativa, del carácter vinculante de la designación de curador llevada a efecto por la persona interesada, que vincula a la autoridad judicial, salvo en el caso previsto en el art. 272 II CC. En dicha resolución señalamos que:

"El artículo 234 del CC considerado como infringido precisamente señala que para el nombramiento de tutor se preferirá al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del art. 223 CC y es precisamente ello lo que procede, máxime cuando D^a Zaira exteriorizó, en su momento, tanto notarial como judicialmente, de forma expresa, su voluntad de no ser sometida a una tutela institucional, ya sea ésta pública o privada. Lo dispuesto en los actualmente vigentes arts. 271 y 272 del CC, de aplicación al caso, conducen a la misma decisión".

Y se razonaba también:

"Pues bien, en el caso presente, no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio prevalente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o modificación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos, ya que D^a Zaira convivía y sigue conviviendo con su hija D^a Zaira, que es la persona que le asiste en sus necesidades, conforme sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora".

Pues bien, en el caso presente, no concurren razones consistentes que avalen prescindir de la voluntad de la demandada que, en primer término, al superar el juicio notarial de capacidad, al tiempo del otorgamiento de la escritura pública de 19 de octubre de 2019, procedió a la designación de tutora en la persona de su hija; así como, posteriormente, se expresó de la misma forma, en la exploración judicial llevada a efecto por la juzgadora de primera instancia, en la que, con claridad y precisión, expuso, de forma coherente, las razones por las que quería que fuera su hija la que desempeñara tal cargo, por su mayor disponibilidad, atención y confianza, sin que ello suponga desdén para sus otros hijos varones a los cuales no cabe hacerles reproche alguno, con respecto al cariño y cuidados que dispensan a su madre, como tampoco a ésta por atribuir a su única hija el ejercicio de tal función.

La fundamentación de la sentencia de primera instancia, aceptada por la Audiencia, relativa a un puntual incidente, sin constancia de perjuicio patrimonial alguno para la demandada, concerniente a una comunicación recibida de un arrendatario, que no fue contestada, no reúne la entidad suficiente, como sostiene el Ministerio Fiscal, para ser calificada como una circunstancia sobrevenida de entidad grave que acredite la necesidad de prescindir de la preferente la voluntad de la demandada, principio sobre el que se edifica el sistema de apoyos para que la persona con discapacidad pueda ejercitar su capacidad jurídica en sus condiciones de igualdad.

La demandada, por otra parte, exteriorizó su voluntad de que fuera su hija la que asumiera el cargo de curadora, tanto en la esfera personal, para la que fue designada por la Audiencia, como en la esfera patrimonial, por lo que procede dejar sin efecto el nombramiento de su hijo D. Gabino, circunscrito al ejercicio de ésta última función. Tampoco las circunstancias especiales concurrentes avalan el establecimiento de la doble tutela. La estimación de este motivo de casación conduce a que carezca de interés jurídico adentrarnos en el examen del recurso extraordinario por infracción procesal, al carecer de cualquier clase de consecuencias jurídicas.

CUARTO.- Asunción de la instancia

En consecuencia, tanto se aplique la legislación derogada como la actualmente vigente, el recurso debe ser estimado, en tanto en cuanto la sentencia recurrida no respetó la voluntad de la demandada, sin razones bastantes que justificasen debidamente una decisión de tal clase.

La aplicación de la nueva ley determina que se deje sin efecto la declaración de incapacidad, que ya no existe como tal, la cual debe ser sustituida por la declaración de la procedencia de la fijación de medidas judiciales de apoyo. Procede, igualmente, la sustitución de la tutela por la **curatela**, ya que aquélla queda circunscrita a los menores de edad, no sujetos a la patria potestad o en situación de desamparo (art. 199 CC).

Ahora bien, al hallarse desligado del recurso de casación interpuesto, no procede, en este trance decisorio, revisar las concretas medidas judiciales de apoyo acordadas, sin perjuicio de la aplicación de la disposición transitoria quinta, tal y como hemos resuelto en la sentencia 706/2021, de 19 de octubre. Es cierto, que una adaptación de la cuestión controvertida a la nueva ley se llevó a efecto en la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre; pero, en tal caso, a diferencia del presente, respondió a su vinculación con los motivos de casación objeto de recurso, mientras que, en el presente caso, queda circunscrito a la designación de curador.

**QUINTO.- Costas y depósitos**

La estimación del recurso de casación formulado determina no se haga especial pronunciamiento en costas y que proceda la devolución del depósito constituido para recurrir (art. 398 LEC y disposición adicional 15, apartado 8 de la LOPJ).

Al no entrar a conocer del recurso extraordinario por infracción procesal no procede imponer las costas del mismo.

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 Genoveva , y, en consecuencia, se casa la sentencia 691/2020, de 9 de diciembre, de la sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, dictada en el rollo de apelación 608/20210, que dejamos sin efecto.

2.º- Con estimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada, revocamos en parte la sentencia 22/2020, de 11 de febrero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de DIRECCION000 -Valencia, en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento que declara la incapacidad total de la demandada, que es sustituido por el de la procedencia de la fijación de medidas judiciales de apoyo, debiendo las acordadas por el Juzgado ser revisadas para adoptarlas a la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, por el referido juzgado.

3.º- Se designa curadora de D.^a Genoveva , a su hija D.^a Belen , tanto en las esferas personal como patrimonial.

4.º- Todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de primera instancia, recurso de apelación y casación, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.