



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 341/2014, de 1 de julio de 2014*

*Sala de lo Civil*

*Rec. n.º 1365/2012*

#### **SUMARIO:**

**Tutela y curatela. Incapacidad. Distinción entre tutela y curatela. Delación de la tutela.** Cuando proceda la incapacidad total, porque no exista ninguna faceta de la autonomía de la persona con discapacidad que esta pueda realizar por sí sola o, cuando menos supervisada por otra, la guarda legal que corresponde constituir es la tutela. La curatela está prevista para incapacitaciones parciales, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacidad. En puridad, para distinguir cuándo procede una institución tutelar u otra, hay que atender a si la sentencia de incapacitación atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es ésta la característica diferencial entre la tutela y la curatela. En el primer caso, aunque la representación tan sólo sea patrimonial, debe constituirse la tutela, aunque sus funciones serán las que se correspondan con la extensión de la incapacidad; mientras que en el segundo caso en que no se atribuye representación, procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado. En principio, el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado. El conflicto familiar entre los hermanos, llamados legalmente a asumir la tutela de la madre incapacitada, no debería justificar por sí solo y sin motivación la alteración del orden de prelación, si no fuera porque debido a dicho conflicto, en ese caso concreto, la atención, cuidado y representación de los intereses personales y patrimoniales de la madre incapaz se verían perjudicados o no tan bien atendidos. El tribunal de instancia ha infringido el art. 234 CC porque ha prescindido de las personas llamadas a asumir la tutela, sin haberlo motivado en que así lo exige el beneficio del incapacitado. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho.

#### **PRECEPTOS:**

Código Civil, arts. 1.5, 200, 223, 234, 267, 269, 270, 272, 289 y 290.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 752.1, 760.1 y 761.

Constitución Española, art. 96.1.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Ley Orgánica 5/1985 (LOREG), art. 3.

**PONENTE:**

*Don Ignacio Sancho Gargallo.*

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a uno de Julio de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, como consecuencia de autos de juicio verbal seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Cieza.

El recurso fue interpuesto por Justo , representado por la procuradora Mariela del Valle Rojas Fernández del Pino.

Es parte recurrida Santiago , que no se ha personado ante esta Sala.

Autos en los que también es parte el Ministerio Fiscal.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

*Tramitación en primera instancia*

**Primero.**

La procuradora Blasa Lucas Guardiola, en nombre y representación de Justo , interpuso demanda de juicio verbal para obtener declaración de incapacidad de la demandada, Leocadia , ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Cieza, para que se dictase sentencia:

"por la que la persona objeto de estos autos sea declarada incapaz para gobernarse por si misma, y se acuerde el nombramiento de Tutor, en la persona de su hermano, mi mandante D. Justo .".

**Segundo.**

La procuradora María Turpin Herrera, en representación de Santiago , presentó escrito por el que solicitaba al Juzgado se le tuviera por personado en el presente procedimiento.

**Tercero.**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

El Letrado Mariano Olmo García, en representación de la Fundación Murciana para la Tutela y Defensa Judicial de Adultos, presentó escrito por el que manifestaba su disposición para ser designada tutora de Leocadia .

**Cuarto.**

El Juez de Primera Instancia núm. 3 de Cieza dictó Sentencia con fecha 15 de marzo de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: 1.- Se estima parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora D<sup>a</sup>. Blasa Lucas Guardiola, en nombre y representación de D. Justo , contra D<sup>a</sup>. Leocadia .

2.- Se declara la incapacidad total de D<sup>a</sup>. Leocadia .

3.- Se nombra tutor de D<sup>a</sup>. Leocadia a la Fundación Murciana para la Tutela y Defensa Judicial de Adultos.

4.- Se declara la inhabilitación del derecho de sufragio activo de D<sup>a</sup>. Leocadia .

5.- No se procede hacer especial pronunciamiento en materia de costas."

*Tramitación en segunda instancia*

**Quinto.**

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Justo y Santiago .

La resolución de este recurso correspondió a la sección 4<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Murcia, mediante Sentencia de 29 de marzo de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por D. Justo , representado por el Procurador Sr. García Morcillo, y por D. Santiago , representado por el Procurador Sr. Ródenas Pérez, contra la sentencia de 15 de marzo de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Cieza en autos de Juicio Verbal sobre Declaración de Incapacidad nº 429/09 de los que dimana este rollo -nº 568/2011-, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada."

*Interposición y tramitación del recurso de casación*

**Sexto.**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

El procurador Fernando García Morcillo, en representación de Justo , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º. Infracción de los arts. 234 y siguientes de Código Civil .".

**Séptimo.**

Por Providencia de fecha 4 de mayo de 2012, la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

**Octavo.**

Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Justo , representado por la procuradora Mariela del Valle Rojas Fernández del Pino; y como parte recurrida Santiago , que no se ha personado ante esta Sala. Autos en los que también es parte el Ministerio Fiscal.

**Noveno.**

Esta Sala dictó Auto de fecha 11 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Justo contra la sentencia dictada, con fecha 29 de marzo de 2012, por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Cuarta), en el rollo de apelación nº 568/2011 , dimanante de los autos de juicio verbal de incapacitación número 429/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Cieza."

**Décimo.**

Dado traslado, el Ministerio Fiscal presentó escrito de impugnación al recurso de casación formulado.

**Undécimo.**

Al no solicitarse la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de junio de 2014, en que ha tenido lugar.

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



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### *Resumen de Antecedentes*

#### **Primero.**

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

i) Justo instó la incapacitación total de su madre, Leocadia . También pidió que se le nombrara a él tutor de su madre, por ser el pariente próximo más idóneo, ya que su hermano, Santiago , no estaba en condiciones de asumir la tutela pues padecía una esquizofrenia paranoide, con síndrome Diógenes, que había mermado su capacidad volitiva.

ii) Santiago también se personó en el procedimiento, pidió la incapacitación de su madre, pero interesó que se le nombrara a él tutor.

iii) El ministerio fiscal, a la vista de lo actuado, también pidió la incapacitación total de Leocadia y que se nombrara tutor a la Fundación Murciana para la Tutela.

#### **Segundo.**

La sentencia dictada en primera instancia, después de haber practicado la exploración judicial, de haber recabado el preceptivo informe del médico forense y de haber oído a los parientes más próximos, que son sus dos hijos, constató que Leocadia , que se encontraba ingresada en una residencia, sufría un deterioro cognitivo moderado y un impedimento físico, que le impedía cuidarse por si misma y administrar sus intereses personales y patrimoniales. Por esta razón declaró su incapacitación total, junto con la privación del derecho de sufragio.

En cuanto al nombramiento de tutor, la sentencia de primera instancia advirtió que existía un conflicto entre los dos hermanos, hijos de la declarada incapaz. Justo pidió expresamente que se le nombrara a él y no a su hermano Santiago , y éste último pidió que se le nombrara tutor a él y no a Justo . A la vista de este conflicto de intereses entre los hijos de la incapacitada, el juzgado siguió la recomendación contenida en el informe del médico forense y nombró tutor a la Fundación Murciana para la Tutela.

#### **Tercero.**

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por ambos hermanos. Cada uno de ellos, en sus respectivos recursos, pedía la revocación del nombramiento de tutor a favor de la Fundación Murciana para la Tutela y que se le nombrara a él. En ambos casos se insistía



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

en que la sentencia recurrida había alterado el orden de prelación legal para la designación de tutor.

La Audiencia desestima ambos recursos y confirma la designación de la Fundación Murciana para la Tutela, en atención a que Santiago carece de condiciones para asumir la función de tutor de su madre y a que el conflicto entre los dos hermanos desaconseja el nombramiento de Justo .

**Cuarto.**

Frente a la sentencia de apelación tan sólo formula recurso de casación Justo , sobre la base de un sólo motivo.

**Quinto.**

En su informe, el ministerio fiscal revisa los antecedentes médicos de la incapacitada y, después de advertir que las deficiencias son esencialmente somáticas y no psíquicas, entiende que conforme a ellas, al superior interés del incapaz y al criterio restrictivo marcado por la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, debería haberse establecido una incapacitación parcial y nombrar un curador, en vez de un tutor, que le sirva sólo para aquellas facetas para las que la Sra. Leocadia no pueda gobernarse por sí misma. El informe no especifica cuáles son estas facetas. Pero sí pide que se anule la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio, pues no consta en la sentencia de incapacitación ninguna referencia a la supuesta pérdida de las habilidades necesarias para el ejercicio del derecho de voto. Finalmente, interesa que se nombre curador al recurrente, Justo , pues el conflicto familiar entre los dos hermanos no justifica por sí sólo que se hubiera alterado el orden legal de los llamados a ejercer la tutela.

*Alcance de nuestro enjuiciamiento*

**Sexto.** *Sobre la revisión del juicio de incapacitación .*

La constitución de la tutela y el nombramiento de la persona que deba hacerse cargo de la tutela están en función del alcance de la incapacitación, mediante la cual se determina la capacidad de obrar de la persona y la particular necesidad de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. El art. 760.1 LEC prescribe que "(l) a sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado ...". Y al mismo tiempo, permite que si hubiera sido expresamente solicitado, como ocurre en el presente caso, la propia sentencia que declare la



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

incapacitación pueda nombrar la persona que, con arreglo a la Ley, haya de asistir o representar al incapaz y velar por él.

En la Sentencia 282/2009, de 29 de abril, tuvimos oportunidad de exponer las pautas de interpretación de las normas legales sobre la incapacitación y la tutela a la luz de la Constitución y de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, y ratificada por España en 23 noviembre 2007 (BOE el 21 abril 2008), que forma parte del ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en los arts. 96.1 CE y 1.5 CC. Partíamos de la consideración, que reiteramos ahora, de "que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección". Y añadíamos, a continuación, que "(p)ara que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad. Esto comporta que puedan producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello (...) la incapacitación (...) no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado".

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

El autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la voluntad, de querer o desear algo. De ahí que si algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan el autogobierno o lo excluyen, ya sea porque impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulan o merman la voluntad, constituirán causas de incapacitación. Pero lo serán en atención a este efecto de impedir en la realidad el autogobierno de una persona determinada. Y como la realidad ordinariamente es complicada,



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

es preciso admitir que, como recordaba ya la Sentencia 479/1994, de 20 mayo , en algún caso el estado mental de una persona admite distintos grados de discernimiento, y conforme a ellos la pérdida de autogobierno sea parcial o referida a algunas actividades vitales y no a otras.

De este modo, la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacitación, lo que se plasma en la graduación de la incapacitación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Como hemos recordado recientemente, "el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada" ( Sentencias 282/2009, de 28 abril , y 504/2012, 17 de julio ).

Debe ser un traje a medida. Para ello hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona.

Es cierto que en el juicio de incapacitación los principios dispositivo y de aportación de parte quedan condicionados por la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica. Así, conforme al apartado 1 del art. 752 LEC , el juicio de incapacitación debe decidirse " con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento ". El tribunal no se ve vinculado por la conformidad de las partes sobre los hechos ( art. 752.1.II LEC ), puede decretar de oficio cuantas pruebas estime





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

pertinente y, en cualquier caso, ha de explorar a la persona con discapacidad, oír el dictamen del facultativo y dar audiencia a los parientes más próximos.

Pero estas previsiones legales afectan al tribunal de instancia, y al de casación sólo cuando, como consecuencia de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, asuma la instancia.

Por eso, en un supuesto como el presente, en el que la incapacitación fue decidida en primera instancia, sin que llegara a ser objeto del recurso de apelación, pues no fue recurrida ni siquiera por el ministerio fiscal, no cabe, con motivo de un recurso de casación que afecta únicamente al pronunciamiento de la designación del tutor, revisar el enjuiciamiento practicado sobre la incapacitación, que ha quedado firme. Podría ser revisado como cualquier sentencia de incapacitación, para adecuar la declaración judicial de incapacidad a la realidad ( art. 761 LEC ), pero siempre en el marco de un enjuiciamiento con contradicción y después de que hubiera sido solicitado.

En consecuencia, no podemos resolver en el sentido informado por el ministerio fiscal, no sólo porque de otro modo estaríamos revisando un enjuiciamiento que no ha sido objeto de recurso, sino porque lo haríamos sin que hubiera podido existir contradicción; ni tampoco de oficio advertimos una razón evidente para declarar la nulidad de lo actuado y remitir la causa al tribunal de instancia para que vuelva a juzgar.

**Séptimo.** *Sobre la constitución de la guarda legal consiguiente a la incapacitación .*

Tan flexible como el juicio de incapacitación es la constitución de la tutela. El contenido de la tutela está en función del alcance de la incapacitación y, en concreto, de los ámbitos para los cuales se haya previsto la protección y su contenido (representación, supervisión, asistencia, cuidado...). De ahí que si hubiera procedido, por ser objeto de enjuiciamiento, la revisión de la incapacidad, consiguientemente se hubiera podido revisar la tutela. Pero como ha quedado al margen la revisión de la incapacitación, no cabe tampoco revisar el alcance de la tutela.

No obstante, conviene hacer algunas aclaraciones, en la medida en que en el informe del ministerio fiscal se contraponen la tutela, reservada para la incapacitación total, a la curatela, prevista para la incapacitación parcial. Esta concepción es correcta, aunque admite alguna matización, siempre de acuerdo con el espíritu que subyace a la reseñada Convención de Nueva York, que se orienta a la concepción de la tutela como un sistema de protección de la persona incapacitada que debe preservar y fomentar al máximo su autonomía.

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Cuando proceda la incapacidad total, porque no exista ninguna faceta de la autonomía de la persona con discapacidad que esta pueda realizar por sí sola o, cuando menos, auxiliada o supervisada por otra, la guarda legal que corresponde constituir es la tutela. En estos casos, como el presente, la persona que será designada tutor asume la representación legal de la persona incapacitada, en la medida que resulte necesaria para los intereses de esta última. El ejercicio de esta representación debe atender a las preferencias de la persona discapacitada, que se puedan haber manifestado con anterioridad o que de algún modo puedan serlo en ese momento, y siempre bajo el control judicial.

Lógicamente, quedan a salvo aquellos actos que la persona discapacitada solo pueda realizar por sí sola, ya sea por Ley -los derechos personalísimos- o por la sentencia de incapacitación -por ejemplo el ejercicio del derecho de sufragio activo- ( art. 267 CC ). El contenido de la tutela abarca tanto el cuidado y la atención personal como la administración patrimonial ( arts. 269 y 270 CC ).

La curatela de los incapacitados se concibe en términos más flexibles, desde el momento en que el art. 289 CC declara que " tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido ". Está pensando en incapacitaciones parciales, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacidad, y consecuentemente determina la competencia del órgano tutelar. Sólo en el caso en que " la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según el Código, autorización judicial " ( art. 290 CC ), enumerados en el art. 272 CC. En el código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el art. 289 CC , podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad. Y a esta idea responde la jurisprudencia según la cual "el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial" ( Sentencia 995/1991, de 31 diciembre ).

En puridad, para distinguir cuándo procede una institución tutelar u otra, hay que atender a si la sentencia de incapacitación atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es ésta la característica diferencial entre la tutela y la curatela. En el primer caso, aunque la representación tan sólo sea patrimonial, debe constituirse la tutela, aunque



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

sus funciones serán las que se correspondan con la extensión de la incapacidad; mientras que en el segundo caso en que no se atribuye representación, procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado.

En consecuencia, no podemos revisar el contenido de la tutela, sino constatar que la constituida es acorde con la incapacitación declarada, que es total, sin perjuicio de que sí podamos entrar a juzgar sobre lo que realmente ha sido objeto de recurso, la designación de la persona del tutor.

*Recurso de casación: designación de tutor*

**Octavo.** *Formulación del único motivo de casación .*

El motivo denuncia la infracción de los arts. 234 y ss. CC , por haberse producido una errónea interpretación y aplicación de dichas normas, al haberse vulnerado el orden de llamada al cargo de tutor regulado en el mismo, que es la regla general. El recurso insiste en que debería haberse nombrado tutor al recurrente, que es hijo de la incapacitada y goza de idoneidad para hacerse cargo de la tutela. Rechaza que el beneficio de la incapaz justifique el nombramiento de una fundación tutelar, que no tiene ninguna relación con su madre. Según el recurrente, la atribución de la tutela a una fundación tutelar debería quedar reducida a los casos de desamparo de la incapaz, porque no existan familiares próximos en condiciones de desempeñar el cargo tutelar.

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

**Noveno.** *Estimación del único motivo de casación .*

El recurso cuestiona la correcta aplicación de las normas sobre la delación de la tutela y el nombramiento de tutor contenidas en el Código civil y, en concreto, el grado de discrecionalidad del juez a la hora de no seguir el orden de prelación legal de las personas llamadas a hacerse cargo de la tutela en el art. 234 CC .

El art. 234 CC establece un orden legal de prelación de personas llamadas a asumir la tutela de un menor o de un incapacitado. Este orden de prelación intercala las personas que pudieran haber sido designadas por el propio tutelado, conforme al art. 223 CC, o por sus padres en sus disposiciones de última voluntad, con los parientes más próximos.

En concreto los llamados son los siguientes y por este orden:



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

1º El designado por el propio tutelado, conforme al art. 223 CC .

2º El cónyuge que conviva con el tutelado.

3º Los padres

4º La persona o personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad.

5º El descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Esta enumeración viene precedida por la mención " para el nombramiento de tutor se preferirá " y va seguida por una previsión que contribuye a determinar cómo vincula la decisión judicial: " (e)xcepcionalmente, 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 ".

En principio, el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla.

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.

En el presente caso, inicialmente los dos hijos aspiraban a ser nombrados tutores de su madre, una vez incapacitada. La sentencia de apelación argumentó que no debía nombrarse a Santiago porque, debido a su enfermedad (padecía una esquizofrenia paranoide y síndrome de Diógenes, así como una deficiencia sensorial grave, con una minusvalía del 83%), no estaba en condiciones de asumir el cuidado y la representación de su madre. Esta decisión, que ha sido suficientemente razonada, no es cuestionada ahora, porque no ha recurrido Santiago .

La razón por la que la audiencia consideró que era mejor no nombrar tutor a su otro hijo, Justo , no radica en su falta de aptitud para asumir la tutela, sino en la existencia de un conflicto familiar, que lo desaconseja.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

El conflicto familiar entre los hermanos por sí sólo no debería justificar la alteración del orden de prelación, si no fuera porque debido a dicho conflicto, a la postre y en ese caso concreto, la atención, cuidado y representación de los intereses personales y patrimoniales de la madre incapaz se verían perjudicados o no tan bien atendidos como si una fundación tutelar se hiciera cargo de la guarda legal de la incapaz.

La sentencia de apelación, que razona bien por qué Santiago no puede hacerse cargo de la tutela de su madre, no justifica en qué medida el conflicto familiar que existe entre los dos hermanos impide que Justo asuma la tutela, desde la perspectiva del mejor interés de la madre incapacitada.

La decisión judicial de primera instancia, ratificada por la audiencia, parece que se apoya en el informe forense, que valora la situación familiar y de la incapaz, y concluye que, a la vista del reseñado conflicto familiar y de intereses, Leocadia "se encontraría más amparada y cuidada en la institución donde se encuentra ingresada en la actualidad". Pero obsérvese que con ello no se razona ni justifica la designación de la institución tutelar, pues el nombramiento del hijo no es incompatible con que Leocadia siga en la residencia donde se encuentra en la actualidad. En realidad, no existe ninguna correlación lógica necesaria entre permanecer en la misma residencia y nombrar a la institución pública tutelar, en vez de al hijo de la incapaz. Sin perjuicio, además, de que en la propia sentencia se pueden establecer medidas especiales de protección, como sería en este caso, que siguiera ingresada en la misma residencia.

El tribunal de instancia ha infringido el art. 234 CC porque ha prescindido de las personas llamadas a asumir la tutela, sin haberlo motivado en que así lo exige el beneficio del incapacitado.

La consecuencia es dejar sin efecto el nombramiento, remitir los autos al tribunal de apelación, para que resuelva sobre la designación del tutor, previa audiencia del incapacitado y la práctica de los medios de prueba que de oficio estime oportunos para cerciorarse de si el interés de la incapacitada exige dejar de nombrar tutor a su hijo Justo , y designar a una fundación pública tutelar, en cuyo caso su justificación deberá reflejarse en la sentencia.

Aunque el nombramiento de tutor ha quedado sin efecto, para evitar que la persona incapacitada quede desprotegida, se acuerda, como medida cautelar de protección, mantener en las funciones de la guarda legal correspondiente a la tutela a la Fundación Murciana para la Tutela, mientras no se resuelva de forma definitiva sobre la designación de la persona del tutor.

**Décimo.** *Sobre la revisión de la privación del derecho de sufragio .*



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Una vez recuperada la instancia, el tribunal de apelación podría cuestionarse si de oficio procede dejar sin efecto la privación del derecho de sufragio, en atención a que se trata de una decisión que no ha sido justificada en la instancia, y no es una consecuencia necesaria de la incapacitación total, como claramente se desprende de la Convención de Nueva York y así lo argumentamos en la Sentencia 421/2013, de 24 de junio : "(e)l artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General , señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacitación para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacitación para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacitación, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por si misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal".

*Costas*

**Undécimo.**

Estimado el recurso de casación, no procede imponer las costas del recurso a ninguna de las partes, de conformidad con lo regulado en el art. 398.2 LEC .

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

**FALLAMOS**

**1º** Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Justo , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (sección 4ª) de 29 de marzo de 2012, que resolvió los recursos de apelación (rollo núm. 568/2011 ) interpuestos contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Cieza de 15 de marzo de 2011 .

**2º** Dejamos sin efecto la sentencia de apelación y acordamos la remisión de los autos al tribunal que conoció de la apelación, para que resuelva sobre la designación del tutor, previa



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

audiencia de la incapacitada y la práctica de los medios de prueba que de oficio estime oportunos para cerciorarse de si el interés de la incapacitada exige dejar de nombrar tutor a su hijo Justo , y designar a una fundación pública tutelar, lo que en su caso deberá motivarse.

**3º** Para evitar que la persona incapacitada quede desprotegida, se acuerda, como medida cautelar de protección, mantener en las funciones de la guarda legal correspondiente a la tutela a la Fundación Murciana para la Tutela, mientras no se resuelva de forma definitiva sobre la designación de la persona del tutor.

**4º** No imponemos las costas del recurso a ninguna de las partes.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sancho Gargallo , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.