



Universidad de Valladolid



MÁSTER ABOGACÍA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER:

**PROCESO DE INCAPACITACIÓN Y
ASISTENCIA LETRADA**

AUTORA: JENNIFER GONZÁLEZ MARTÍN

TUTORA: MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO

CONVOCATORIA: ENERO 2016

INDICE

1. SUPUESTO PRÁCTICO	3
2. HECHOS	6
3. CONCEPTOS	7
a. Capacidad jurídica y capacidad de obrar	
b. Incapacidad.	
c. Incapacitación	
4. LEGISLACIÓN APLICABLE	8
5. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	
5.1 Causas para ser declarado incapaz	9
5.2 Competencia y legitimación	11
5.3 Validez de los actos del incapaz	16
5.4 Procedimiento a seguir	20
5.4.1 Pruebas a realizar	
5.4.2 Sentencia	
5.4.3 Medidas cautelares	
5.5 Medidas de protección del incapaz	32
5.6 Recursos	37
6 CONCLUSIONES	39
7 BIBLIOGRAFÍA	42
8 JURISPRUDENCIA	44

1. SUPUESTO PRÁCTICO

D. Romualdo Picón, viudo de 78 años de edad, padece la enfermedad de Alzheimer en un grado muy avanzado, según diagnóstico de su médico habitual. Es vecino de la localidad de Medina del Campo, donde tiene su domicilio particular –vivienda de su propiedad-, en el que es atendido desde hace dos años en las labores domésticas y cuidados personales por una empleada, D^a Jasmine Cuzco.

D. Romualdo tiene dos hijos mayores de edad que residen en Valladolid. Con uno de ellos no se habla desde hace más de 10 años y con el otro tiene buen trato, pues incluso le visita en Medina al menos una vez por semana y se mantiene en contacto telefónico permanente con él.

El pasado 10 de enero de 2015, como consecuencia de las denuncias que efectuara el director de la sucursal bancaria “Money S.A.” de Medina del Campo, en la que D. Romualdo tiene varios depósitos bancarios de elevados montantes, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Medina dictó un auto incoando diligencias previas al concurrir indicios de que D. Romualdo podría estar siendo víctima de engaños y coacciones por parte de D^a Jasmine, ya que en el último mes D. Romualdo había sacado elevadas cantidades de dinero de su cuenta corriente y depósitos para ingresarlo en otra cuenta distinta que dos meses atrás había abierto a su nombre y al de D^a Jasmine. Concluidas las investigaciones previas, el Juez de Instrucción de Medina dictó un auto de sobreseimiento provisional de la causa.

El día 2 de enero de 2015 D. Romualdo había otorgado un poder general a favor de D^a Jasmine y tres días más tarde otorgó escritura pública en la que dejó dispuesto que, en caso de que fuera necesario organizar una tutela respecto de sí mismo, se designara tutora a D^a Jasmine, pues le venía cuidando desde el fallecimiento de su mujer y tenía plena confianza en ella.

A la vista de la denuncia presentada por la referida entidad bancaria, a la que se sumó un escrito de un amigo personal de D. Romualdo dirigido al Ministerio Fiscal en el que alertaba de la posible situación de discapacidad de éste, el 30 de enero de 2015 el Ministerio Fiscal presentó en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Medina del Campo demanda de declaración de incapacidad de D. Romualdo, por entender que padece una

enfermedad irreversible que le impide gobernarse por sí mismo y administrar su patrimonio, a la que éste contestó oponiéndose y alegando que se encontraba en perfectas condiciones físicas y mentales.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Medina del Campo dictó sentencia el 18 de marzo de 2015 declarando la *incapacidad total* de D. Romualdo para gobernar su persona y bienes, y designando como tutor a los Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

La representación de D. Romualdo interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valladolid, quien el 20 de octubre de 2015 dictó sentencia desestimando el recurso y confirmando en todos sus términos la sentencia de incapacitación de D. Romualdo, sin que el tribunal de apelación procediera a su examen personal y directo por entender que el trastorno grave e irreversible que sufría el susodicho había quedado perfectamente acreditado con las pruebas practicadas en la instancia, así como la pertinencia de la tutela y de la concreta designación de tutor realizada.

DICTAMINE JURÍDICAMENTE, con fundamento en la normativa vigente y en la jurisprudencia aplicable al caso, en particular sobre los siguientes extremos:

- a) Órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso de incapacitación.
- b) Tipo de proceso por el que se tramitaría la pretensión.
- c) Sujetos legitimados para instar la incapacitación.
- d) Pertinencia de la designación de un defensor judicial.
- e) Pruebas que podrían o deberían haberse practicado en la primera y segunda instancia.
- f) Pertinencia en este caso concreto de una sentencia que estableciera una curatela y concretos apoyos que protegieran la persona y patrimonio de D. Romualdo.

- g) Pertinencia de la concreta declaración de tutor contenida en la sentencia de incapacitación.
- h) Validez del poder general a favor de D^a Jasmine y efectos del documento notarial estableciendo la “autotutela”, así como la concreta persona del futuro y eventual tutor.
- i) Posibilidad de instar y adoptar medidas cautelares en el supuesto descrito.
- j) Recursos que podrían interponerse contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid y motivos que los podrían fundamentar.

2. HECHOS

PRIMERO.- Don Romualdo Picón viudo de 78 años y con dos hijos mayores de edad de los cuales mantiene una relación constante con uno de ellos, ha sido diagnosticado de Alzheimer en grado muy avanzado por parte de su médico habitual.

Reside en Medina del Campo en una vivienda de su propiedad, donde es atendido por Doña Jasmine Cuzco.

SEGUNDO.- El 10 de enero de 2015 el director del banco habitual de Don Romualdo denunció ante el Juzgado de Instrucción N° 1 de Medina del Campo irregularidades o comportamientos extraños que se estaban llevando a cabo en referencia con las cuentas corrientes y depósitos de los que es titular Don Romualdo, pues se procedía a la retirada de elevadas cantidades de dinero para después proceder a ingresarlas en una cuenta bancaria que meses antes el anciano había abierto a su nombre y al de su empleada Doña Jasmine, considerando el director de la sucursal que Don Romualdo podría estar siendo víctima de coacciones o engaños. Sin embargo el Juez de Instrucción de Medina del Campo procedió a dictar auto de sobreseimiento provisional de la causa.

TERCERO.- Anteriormente a estos hechos, concretamente el 2 de enero de 2015 don Romualdo otorgó un poder general a favor de su asistente D^a Jasmine, y tres días después, por medio de escritura pública dispuso que en caso de ser necesario una tutela, ésta quedaría en manos de la mencionada mujer, pues le tenía plena confianza.

CUARTO.- En atención a la denuncia interpuesta por el representante de la entidad bancaria, y del escrito de un amigo íntimo del anciano, el Ministerio Fiscal interpuso el 30 de enero de 2015 demanda de declaración de incapacidad ante el Juzgado de Primera Instancia de Medina del Campo, por entender que debido a la enfermedad incurable que padece no es capaz de gobernarse a si mismo ni a su patrimonio, demanda que fue contestada por Don Romualdo oponiéndose a dichas pretensiones.

QUINTO.- El Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Medina del Campo dictó sentencia por la que decretaba la incapacitación total de Don Romualdo para gobernarse tanto a el mismo como a su patrimonio.

SEXTO.- En dicha sentencia se procedió a nombrar como tutor del mismo a los Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

SEPTIMO.- Por parte de la representación de Don Romualdo se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valladolid, recurso que fue desestimado el 20 de octubre de 2015, sin admitir prueba alguna, confirmando en todos sus términos la sentencia de instancia.

3. CONCEPTOS

- **Capacidad jurídica y capacidad de obrar:**

La capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones y está íntimamente relacionada con la personalidad, pues es un atributo que se adquiere en el mismo momento del nacimiento y se mantiene a lo largo de toda su vida, es decir, toda persona por el mero hecho de serlo posee capacidad jurídica aunque no posea capacidad de obrar para ejercitar esos derechos.

Por su parte la capacidad de obrar es aquella que permite a la persona realizar válida y efectivamente actos jurídicos, ejercitar derechos y asumir obligaciones, y a diferencia de la capacidad jurídica no corresponde a todos, adquiriéndola en principio, a los 18 años de edad entendiéndose que es en ese momento cuando la persona es plenamente capaz de autorregular sus intereses.

- **Incapacidad:**

La incapacidad es una situación, provocada por el padecimiento de una enfermedad o deficiencia física o psíquica, de carácter permanente, que priva a algunas personas de su capacidad de obrar.

Para proteger a estos individuos que no poseen una voluntad totalmente consciente y libre, ni suficiente discernimiento para adoptar las decisiones adecuadas en la esfera

personal, y/o en la de administración de sus bienes, la Ley ha previsto la declaración de incapacidad.¹

- **Incapacitación:**

Es el acto judicial en cuya virtud se suprime o reduce la capacidad de obrar de una persona en la que concurren determinadas circunstancias anómalas, modificando su estado civil, de acuerdo con la situación en que se encuentre.

4. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Art 22. quater de la ley Orgánica del Poder Judicial en relación a la competencia de los Tribunales españoles en el orden civil.
- Art 199 a 201 del Código Civil “de la incapacitación”.
- Art 222.3 LEC sobre cosa juzgada.
- Art 525 LEC sobre ejecución provisional de sentencias.
- Art 748 a 755 LEC “disposiciones comunes a los procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores”
- Art 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “de los procesos sobre la capacidad de las personas”
- Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General
- Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado

¹ “Guía práctica sobre la incapacidad judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas con discapacidad”, Fundación Jiennense de tutela, Pág. 30

- Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en mayo de 2008.

5. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5.1.- Causas para ser declarado incapaz.

En este punto analizaremos cuales son las causas legalmente establecidas por las que una persona puede ser declarada incapaz.

Apunta el artículo 199 del Código Civil que “nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”.

Esas causas vienen determinadas posteriormente en el artículo 200 del Código Civil al establecer que “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

En consecuencia, son tres las deficiencias que, en términos generales, originan la incapacitación:

- 1.- Alteraciones o deficiencias psíquicas o mentales.
- 2.- Alteraciones o deficiencias físicas.
- 3.- Alteraciones o deficiencias psico-físicas.

Ahora bien, aunque estas condiciones, o más bien deficiencias son necesarias, no son suficientes, de tal forma que para proceder a la incapacitación de una persona la enfermedad o deficiencia debe cumplir, además, unos requisitos:

- Que impida a la persona gobernarse por sí mismo
- Persistencia de la causa que determina dicha incapacidad

Sentencia del Tribunal Supremo 421/2013 de 24 de junio "las causas de incapacidad, están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, de modo que, a diferencia con lo que ocurría en la antigua redacción del Código civil, no existe una lista, sino que el Art. 200 CC establece que "son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma". Es evidente que el Art. 322 CC establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 mayo 1998 , 26 julio 1999 ; como afirma la sentencia de 28 julio 1998 ," (...) para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...) lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma".

En el caso que nos ocupa, el Alzheimer es una enfermedad degenerativa de las células cerebrales de carácter progresivo para la cual no existe recuperación. La enfermedad ataca las células nerviosas en todas las partes de la corteza del cerebro, así como algunas estructuras circundantes, deteriorando así las capacidades de la persona de gobernar las emociones, reconocer errores y patrones, coordinar el movimiento y recordar. Finalmente la persona afligida pierde toda la memoria y funcionamiento mental.²

Como consta en el informe médico, don Romualdo se encuentra en un estadio muy avanzado de la enfermedad, y es por ello por lo que se cumplen todas las características que hemos analizado para considerar que la enfermedad que padece el anciano es causa para, al menos, iniciar un proceso de incapacitación pues se trata de una enfermedad mental que le puede impedir gobernarse por si mismo teniendo en cuenta la fase en la que se encuentra la misma y que es de carácter persistente, puesto que no existe cura para ella.

² <http://www.alzheimer.info/>

5.2.- Competencia y legitimación.

Competencia:

Competencia de los Tribunales españoles: determina el artículo 22 quater b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que “en defecto de los criterios anteriores (competencia exclusiva y sumisión) serán competentes los Tribunales españoles en materia relacionada con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes, cuando estos tuviesen su residencia habitual en España”.

La competencia objetiva y territorial por su parte viene determinada por el artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) al establecer que “será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite”.

Por tanto en el caso que nos ocupa la demanda debiera de ser interpuesta ante el Juzgado de Primera Instancia de Medina del Campo.

Debemos analizar en este momento un problema que puede suscitarse en relación con la competencia de los tribunales y que aparece cuando el presunto incapaz cambia de residencia una vez iniciado el procedimiento.

Como regla general para todo tipo de procesos civiles, el artículo 411 LEC establece que “las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia”. Sin embargo en materia de incapacitación de las personas no rige este artículo por la especialidad de estos tipos de procesos como así ha quedado acreditado en virtud del Auto del Tribunal Supremo de 4 de Noviembre de 2008 al establecer que “(...)de forma que las especiales circunstancias de este tipo de procesos que requieren la necesaria intermediación del Juez, y el ser lo prevalente en este caso la facilidad para el examen judicial y pericial médico del presunto incapaz, determina la competencia del Juzgado correspondiente a su lugar de residencia sin que sea de aplicación

el artículo 411 de la LEC relativo a la perpetuación de la jurisdicción y planteado por el Juzgado de Sevilla”.

Esto se concreta en que, en caso de cambio de domicilio del presunto incapaz, los tribunales ante los que se interpuso la demanda de incapacitación deberán inhibirse a favor de los tribunales de la nueva residencia del sujeto.

Legitimación:

El artículo 757.1 LEC enumera las personas **legitimadas activamente** para interponer la demanda de incapacitación al establecer “ la declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz (novedad introducida con la ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad)³, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz”.

En opinión de Vicente Gimeno Sendra el incluir al presunto incapaz como uno de los titulares de la legitimación activa tiene una efectividad más que dudosa y que procesalmente no solo convierte al demandado en demandante, sino en actor contra sí mismo, desdibujando aun más los contornos de este proceso en que no existe un conflicto de intereses sino una única finalidad de protección de los derechos del presunto incapaz.⁴

Al margen de ello, legalmente se articula un sistema de *numerus clausus*, de manera que, solamente las personas establecidas en el artículo mencionado pueden iniciar el procedimiento, legitimación que debe ser apreciada de oficio, ya que como determina la Sentencia del Tribunal Supremo 681/2004 de 7 julio “ el acusado carácter de orden público que domina los procesos sobre capacidad de las personas, ha de traducirse en un reforzamiento de las facultades del juzgador para velar por su regularidad”.

No existe preferencia de unos legitimados sobre otros para instar la incapacitación, es decir, ha desaparecido la legitimación primaria y secundaria, de forma que cualquiera de

⁴ GIMENO SENDRA Vicente. Derecho Procesal Civil II. Los procesos especiales. Ed Colex. 2010. Pág. 256.

las personas legitimadas pueden demandarla sin necesidad de contar con las demás, aunque nada impide que todos o algunos de ellos vengan al proceso como parte activa, instando conjuntamente la declaración judicial.⁵

En segundo lugar, el artículo 757.2 LEC establece la obligación del Ministerio Fiscal de iniciar el procedimiento al determinar que “El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado”.

Independientemente de las personas legitimadas activamente para interponer la demanda de incapacitación de una determinada persona, el artículo 757 LEC continúa diciendo que “cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación”

Ese poder se transforma en obligación para algunos funcionarios públicos como determina la ley al establecer que “las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

En el caso que nos ocupa el representante de la entidad bancaria denunció ante el Juzgado de Instrucción la posible comisión de un delito de apropiación indebida o estafa, por las irregularidades que se llevaban a cabo en las cuentas corrientes de don Roumaldo, sin embargo las diligencias previas concluyeron con un auto de sobreseimiento provisional de la causa.

Esta circunstancia podría haber dado lugar a que el Juzgado pusiera en conocimiento del Ministerio Fiscal dichas circunstancias (puesto que el Juez no está legitimado para iniciar el procedimiento de oficio), o como sucedió posteriormente, que las personas que denunciaron esa posible estafa realizaran dicha comunicación y que fuera éste, el Ministerio Fiscal, quien inicie el procedimiento si lo estima oportuno.

⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal civil parte especial*. Ed Tirant lo Blanch, 2013, Pág. 46.

En cuanto a la **legitimación pasiva**, ésta corresponde, en todo caso, a la persona cuya incapacidad se pretende. Esta persona tiene el derecho de defensa y, en principio, capacidad de actuación procesal, que solo perderá o verá restringida con la sentencia. Ahora bien, el estado natural de esa persona puede impedirle el ejercicio de sus derechos, en cuyo caso será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido el promotor del procedimiento, pues de ser así el Tribunal nombrará un defensor judicial a no ser que ya estuviera nombrado.⁶

Por tanto, solo el presunto incapaz designado en la demanda resulta pasivamente legitimado, ya que todas las demás personas que puedan intervenir en esta posición de parte procesal (defensor Judicial o Ministerio Fiscal) lo harán como representantes del demandado, actuando en beneficio de éste, pero no ostentan una legitimación propia.

En este punto debemos hacer varias aclaraciones: el Art. 747 LEC establece la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en determinados procedimientos, entre los que se encuentran todos los relativos a la capacidad de las personas. Esto quiere decir que el Ministerio Fiscal siempre va a ser parte en el proceso de incapacidad, aunque no sea el promotor de la acción y velará en todo momento por la salvaguardia de la persona afectada y por el respeto al principio de legalidad.

Por tanto el Ministerio fiscal puede intervenir:

- Como promotor de la acción de incapacidad (siempre que las demás personas legitimadas no lo hicieran). En este supuesto para proteger los intereses del presunto incapaz será nombrado un defensor judicial.
- Como representante y defensor del presunto incapaz cuando éste no comparezca por su propio nombre y representación.
- En defensa de la legalidad y el interés público en los demás casos.

⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*. Ed Thomson Reuters Aranzadi. 2014. Pág 844.

Esta idea nos lleva a realizar otra aclaración: en los supuestos en que el presunto incapaz se persona como parte deberá comparecer con abogado y procurador como así determina el artículo 750 LEC, y esto es así porque en tanto no se declare su incapacidad, el demandado tiene el pleno ejercicio de sus derechos civiles y puede intervenir en el proceso y designar abogado y procurador. Ahora bien, el tribunal puede apreciar de oficio la eventual falta de capacidad del demandado (Art. 9 LEC), por lo que sin prejuzgar el fondo del asunto puede designarle un defensor judicial.

Como ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencia 141/2012 de 2 de julio “En este concreto ámbito, en el que la persona interna se halla prácticamente indefensa mientras está encerrada, la ley y la jurisprudencia de derechos humanos impone que el órgano judicial tome la iniciativa en la información, no presuponer su conocimiento por el afectado, como erróneamente sostiene el Auto de la Audiencia Provincial para disculpar lo sucedido, ni tampoco dar por cubierta esa defensa con la presencia del Ministerio Fiscal, el cual actúa en defensa de la legalidad y no como defensor judicial del interno, quien ha de tener por tanto siempre su propia voz y defensa dentro del procedimiento, ya que en este momento procesal no está declarado incapaz. El resultado es una nueva lesión del derecho fundamental del art. 17.1 CE del recurrente”.

Analizaremos pues, la pertinencia de nombrar un **defensor judicial** al caso que nos ocupa en el que fue el Ministerio Fiscal quien inicia el procedimiento.

El defensor judicial es un cargo atribuido por el juez a un familiar o a un tercero, (ya sea persona física o jurídica) para representar y amparar ocasionalmente los intereses del menor o el incapaz, cuando aquellos sean contrapuestos a los del padre, madre, tutor o curador, o bien cuando los dos últimos por cualquier causa no desempeñen sus cargos.⁷

Los rasgos que caracterizan a esta institución son;

- Se trata de un cargo ocasional ya que solo ha de ser nombrado cuando concurren las circunstancias del Art. 163 y 299 CC, entendiéndose con ello que una vez que las circunstancias que derivaron su nombramiento cesaren, la función del defensor judicial finalizaría.

⁷ BLANCO GONZÁLEZ, Aurelia. *El defensor judicial*, Ed Tórculo. 2003. Pág. 36

- Es un cargo subsidiario, pues su nombramiento esta supeditado a la no existencia de un tutor o un curador, o que éstos no ejerzan su función.

- La función del defensor judicial no es otra que la de amparar y representar al menor o al incapaz.

- Es un cargo nombrado exclusivamente por un juez.

Como hemos analizado anteriormente, uno de los casos en los que es preceptivo que el juez nombre un defensor judicial se produce cuando es el Ministerio Fiscal quien inicia el procedimiento de incapacitación, y esto es así porque en estos casos no podrá ejercer su función de defensa del incapaz, y si éste voluntariamente no nombra abogado y procurador que le defienda y represente en el procedimiento, el defensor judicial nombrado por el juez lo hará por él.

Aplicando toda esta doctrina y normativa al caso concreto que estamos tratando, el presunto incapaz nombró por medio de escritura pública como tutora (en caso de que fuera necesario) a Doña Jasmine, por tanto la representación de Don Romualdo vendría a recaer en ella y no en el defensor judicial por el carácter subsidiario del cargo, y porque, como veremos posteriormente, los actos del presunto incapaz, antes de la sentencia, son válidos mientras no se pruebe lo contrario, por tanto, para que procediera el nombramiento del defensor judicial sería necesario que el Ministerio Fiscal logre probar que en el momento en que se llevó a cabo la escritura por la que se designó tutor, don Romualdo no se encontraba en el pleno ejercicio de sus capacidades mentales y por tanto dicha disposición es ineficaz.

5.3.- Validez de los actos del incapaz.

La cuestión a debatir en este punto versa sobre los actos que el presunto incapaz llevo a cabo antes de iniciarse su proceso de incapacitación, tales como otorgar poder general a Doña Jasmine y determinar mediante escritura pública que en caso de necesitar una tutela sería ella quien debiera ser nombrada tutora de don Romualdo.

La pregunta es ¿son validos esos actos?

La Doctrina y la Jurisprudencia han elaborado una doctrina sobre la anulabilidad o la nulidad de los actos realizados por personas incapaces, pero en cualquier caso hay que distinguir entre personas incapacitadas judicialmente, cuya validez de los actos dependerá de si se ajusta a lo establecido en la sentencia de incapacitación, y las personas que aun siendo incapaces, no han sido reconocidas como tal a través de la correspondiente sentencia judicial.

El Tribunal Supremo en Sentencia 1101/2004 de 19 de noviembre ha determinado que “el que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso. En particular, no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual (de cuya coincidencia plena con la de la otra parte sobre cosa y precio nace el contrato de compraventa: artículos 1258, 1262 y 1450 del Código Civil), cuando falte en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración (la Sentencia de 4 de abril de 1984 precisa que la incapacidad mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable). Claro está, que al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente.

En ese sentido la jurisprudencia (Sentencias de 17 de diciembre de 1960, 28 de junio de 1974, 23 de noviembre de 1981) ha destacado de modo reiterado la validez de los actos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada (o aunque no lo sea nunca), a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate. También ha precisado que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras que su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo (Sentencias de 7 de febrero de 1967 y 10 de abril de 1987).

Por lo expuesto la Audiencia Provincial, al declarar la nulidad del contrato de compraventa celebrado por la madre de la actora con sus hermanos, no ha infringido el artículo 210 del Código Civil , pese a que no hubiera sido previamente declarada incapaz por resolución judicial. Como se ha dicho, la causa de la nulidad no es el estado civil de la vendedora, sino la demostración de una falta de entendimiento y voluntad que son precisos

para consentir, destruida con prueba bastante la presunción iuris tantum de la capacidad de obrar de que se trata”

En resumen: hemos de partir de la idea de que en principio la capacidad de las personas se presume siempre, puesto que como analizamos anteriormente la capacidad de obrar de una persona se adquiere como regla general al cumplir los 18 años. Es por ello que en tanto en cuanto una persona no sea declarada judicialmente incapaz por medio de una sentencia firme, los actos que realice son válidos, pero ello no es una presunción iuris et de iure sino que es una presunción iuris tantum, es decir, admite prueba en contrario, y esto es lo que ha declarado el Tribunal Supremo en diversas sentencias como la STS 145/2006 de 14 de febrero al determinar que “tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia. Así, además de las que se citan en el recurso, la sentencia de 24 de septiembre de 1997 afirma que «en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad».

En el caso que nos ocupa, el Ministerio Fiscal como demandante será quien tenga que probar, a través de los correspondientes informes médicos, u otros medios de prueba admitidos en derecho, tales como una prueba testifical de familiares y allegados o una prueba documental, que acrediten que la enfermedad que padece el presunto incapaz es degenerativa, y que en el momento de realizar los actos en cuestión ya estaba aquejado de la misma y por tanto, no contaba con la capacidad suficiente como para llevarles a cabo. Si esa presunción de capacidad logra ser desvirtuada los actos llevados a cabo por don Romualdo antes de dictarse sentencia de incapacitación serán nulos de pleno derecho, pues se han celebrado sin uno de los requisitos fundamentales de cualquier acto, cual es el consentimiento de la parte. Concretamente existe un informe del médico de cabecera de don Romualdo que ya le diagnosticó la enfermedad en un estado avanzado antes de la interposición de la demanda, con que si el informe médico es anterior a la ejecución de los actos que estamos tratando hemos de entender que esa presunción de capacidad debe quedar desvirtuada, aunque será el juez en todo caso quien decida.

Mención especial ha de hacerse aquí al nombramiento de tutor por medio de escritura pública: en este sentido existe una doble problemática, por un lado el valor de la escritura pública y por otro lado la posibilidad de “autotutela” en el caso que nos ocupa.

En cuanto al valor de la escritura pública y en concreto al juicio de capacidad que lleva a cabo el notario en el momento del otorgamiento de la misma, el artículo 167 del reglamento notarial establece que “El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”.

Esto quiere decir, que el notario realizará un examen de la capacidad de la persona que pretende otorgar escritura pública, para comprobar que tiene la suficiente como para realizar el acto que pretende. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el “juicio notarial sobre la capacidad del otorgante no puede descansar más que en una probabilidad, nunca en una certeza absoluta, porque el fedatario no es, y desde luego, no tiene porque serlo, un psiquiatra ni un psicólogo”⁸

Esto nos lleva a entender que ese juicio del notario establece una capacidad al otorgante que admite prueba en contrario como así lo ha determinado el Tribunal Supremo en Sentencia 20/2015 de 22 de enero al establecer “el juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum* (STS 19 de septiembre de 1998), considerando que tal presunción ha sido desvirtuada por la prueba valorada, sin que ello sea poner en duda la honestidad y buena fe o el prestigio de dichos profesionales, explicándose los motivos por los que tales profesionales no pudiesen detectar el estado mental de la testadora”.

En cuanto a la autotutela, esta regulada en el artículo 223.2 del Código Civil “Asimismo, 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”.

Por tanto para poder ejercer el derecho de nombrar, por medio de escritura pública, qué persona se hará cargo de la tutela del otorgante, en el supuesto caso de que en un futuro sea declarado incapaz, se requiere plena capacidad de obrar, y es por ello que aunque

⁸ ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Capacidad, incapacidad e incapacitación*, Ed colección Scientia Iuridica .2013. pag 148.

en un principio ese nombramiento es válido, en el caso que nos ocupa puede ser desvirtuado si se probara que don Romualdo carecía de la plena capacidad de obrar en el momento de determinar esta autotutela.

5.4.- Procedimiento a seguir.

Antes de nada hemos de establecer la obligación de respetar y cumplir todas las garantías dentro del procedimiento, como así establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2011 de 14 de febrero “Por otra parte, y ya en relación con el procedimiento de incapacitación y la relevancia de los intereses que en él se ventilan, este Tribunal ha puesto de manifiesto que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley mediante un procedimiento en el que se respeten de forma escrupulosa los trámites o diligencias exigidas legalmente que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia de la causa y fundamento de su incapacitación, se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contraria al artículo 24.2 CE (por todas, STC 174/2002, de 9 de octubre , F. 5)”.

En cuanto a las características del procedimiento, al tratarse de un proceso no dispositivo participa de los principios esenciales de los mismos, los cuales algunos ya hemos analizado, y que podemos sistematizar en:

- Indisponibilidad del objeto: de tal forma que la voluntad de las partes no puede condicionar la decisión judicial sobre el objeto planteado.⁹

⁹ MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, y otros. *Derecho Jurisdiccional II*, Ed Tirant lo Blanch. 2015 Pág. 770.

Esta idea determina que en este tipo de procesos no surtirá efectos la renuncia, la transacción ni el allanamiento, y en cuanto al desistimiento requiere la conformidad del Ministerio Fiscal (Art. 751 LEC).

- El proceso, como regla general se iniciará a instancia de parte y nunca de oficio pero existen algunas excepciones:

- Se concede legitimación al Ministerio fiscal que actuará siempre en defensa de la legalidad o del interés público (promoviendo la incapacitación) o actuando en defensa y representación del presunto incapaz cuando éste no lo hiciera de manera personal.
- La ley determina las personas legitimadas tanto activa como pasivamente.
- Es siempre necesaria la postulación por medio de abogado y procurador. (Art. 750 LEC).

- Si nos centramos en el procedimiento a seguir , el artículo 753 LEC determina para la tramitación de los procesos relativos a la capacidad de las personas, matrimonio, filiación y menores, que éstos se sustanciarán por los tramites del juicio verbal pero con ciertas peculiaridades: como que la contestación a la demanda se realizará por escrito en el plazo de 20 días.

Además se permite excluir la publicidad de los actos procesales, es decir, que se puede acordar que todas las actuaciones se realicen a puerta cerrada sin audiencia pública (Art. 754LEEC). Ahora bien, esta celebración a puerta cerrada no es automática u obligatoria, sino posible, sin sujeción a las excepciones generales, lo que significa que este tipo de procesos podrá celebrarse de manera pública si no concurren circunstancias concretas que aconsejen lo contrario.¹⁰ Contra la resolución que acuerde la exclusión de la publicidad solo cabrá recurso de reposición.

¹⁰ ASECIO MELLADO, José María. *Derecho procesal civil*. Tirant lo Blanch.2012, pág 430.

Las sentencias que se dicten se inscribirán de oficio en los correspondientes registros públicos (Art. 755 LEC). La sentencia se inscribirá al margen de la inscripción de nacimiento y deberá expresar el límite y la extensión para poder ser oponible frente a terceros.

A petición de parte podrá ser inscrita en el Registro mercantil, si el incapaz fuera comerciante.

Como establece el artículo 525.1.1º LEC salvo pronunciamientos patrimoniales, las sentencias no son susceptibles de ejecución provisional.

Por último el artículo 222.3 LEC establece en relación con la cosa juzgada que “En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil”.

Analizadas las características propias de todo proceso no dispositivo, que como tal son aplicables al procedimiento de incapacitación, hemos de determinar que las peculiaridades propias de este tipo de procesos se centran en tres puntos clave del mismo: la prueba, la sentencia y las medidas cautelares.

Pruebas a realizar.

Una de las peculiaridades definitorias de este tipo de procesos tiene que ver con las pruebas a practicar en los mismos, ya que como determina los artículos 752 y 759 LEC, al margen de las pruebas que en la demanda o en la contestación a la misma puedan solicitar tanto el Ministerio Fiscal como las partes en el proceso, el Juez, de oficio puede practicar todas las pruebas que estime oportunas pero deberá practicar tres medios de prueba de manera imperativa:

1. El Juez examinará al presunto incapaz. Dicho examen consistirá en una entrevista privada del Juez con el presunto incapaz para que éste pueda hacer una valoración personal del estado del demandado.

Sentencia del Tribunal Supremo 244/2015 de 13 mayo. “(...)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 (Sentencia 341/2014, de 1 de julio)”

2. Oír a los parientes más próximos al mismo: no existe al respecto una determinación sobre el grado de proximidad de los parientes, pero habrá de entender que será aquellos que mantengan una relación habitual con el presunto incapaz y que puedan dar noticia de las circunstancias personales del mismo. En todo caso no se trata de una prueba testifical, sino que consiste en una entrevista informal del Juez con dichos parientes.

3. Acordará recabar los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. En este caso no es suficiente con que las partes en el proceso o el Ministerio Fiscal hayan aportado un informe médico, pues el Juez, aun existiendo dichos informes deberá recabar la elaboración de uno nuevo, pues el artículo 759 LEC es muy explícito al determinar que “nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal”.

Como ha determinado la Sentencia del Tribunal Supremo 244/2015 de 13 de mayo “En estos procedimientos no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art. 752.2º último inciso LEC) . El juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada. Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia, en la que habrá de exponer como ha llegado a aquella determinada convicción psicológica”.

Otra de las peculiaridades de estos procesos en materia probatoria se da en el grado de apelación de la Sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia, y es que, como establece el artículo 759.3 LEC “Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo”.

Es decir, el Tribunal de apelación debe, de manera imperativa, practicar los tres medios de prueba a los que nos hemos referido anteriormente. STS 610/2005 de 15 julio “El Art. 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto una trascendental modificación respecto el derogado Art. 208 del Código civil , al imponer, expresamente y para todo caso, la práctica de las pruebas a que se contrae su apartado 1, extendiendo así el principio de inmediación, de especial relevancia en estos procesos, al Tribunal de apelación. Cualquiera que sea la crítica que doctrinalmente pueda merecer el precepto, la obligación que impone al Tribunal de apelación es de estricta observancia por constituir una norma esencial en esta clase de procesos, cuya omisión constituye causa de nulidad de acuerdo con el Art. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

En opinión de Manuel Cerrada Moreno “Esta disposición (Art 759.3 LEC) está encaminada a garantizar la necesaria inmediación en este tipo de procesos, ya que sería absurdo que si la ley considera necesario que el Juez de Primera instancia practique obligatoriamente esas pruebas, la decisión pudiera ser alterada por un tribunal de segunda instancia que no hubiera presenciado las mismas.¹¹

La inobservancia de estas diligencias determina la nulidad de actuaciones, según reiterada jurisprudencia, pues son preceptos con alcance constitucional al referirse a litigios que afectan al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad, proclamado por el artículo 10 de la Constitución española.

La sentencia.

La mayoría de la doctrina ha entendido que la sentencia en el proceso de incapacitación es constitutiva, en consonancia con la acción que se ejercita al promover el

¹¹ CERRADA MORENO Manuel, “la incapacitación: cuestiones problemáticas del proceso civil de declaración a la luz de la jurisprudencia” *Revista Noticias Jurídicas* 01/07/2010.

proceso. La incapacitación crea un nuevo estado civil de dependencia de la persona, fruto precisamente de una resolución judicial de carácter típicamente constitutivo: desde ella arranca la incapacidad y no desde la ineptitud natural.¹² Es por ello que la sentencia que se dicte en el procedimiento es una sentencia constitutiva con efectos ex nunc, de tal forma que la situación de incapacidad tan solo se inicia a la fecha de la firmeza de la sentencia, sin ningún efecto retroactivo. Prueba de ello es la sentencia del Tribunal Supremo 24/1998 de 27 enero al establecer que “La sentencia de incapacitación, dictada en proceso declarativo de menor cuantía (tal como estableció la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24, de reforma del Código Civil en materia de tutela) es sentencia constitutiva que, cuando en el demandado concurre una de las causas que prevé el artículo 200 del Código Civil, le constituye en el estado civil de incapacitado y debe marcar el alcance de 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”.

La sentencia debe contener una serie de pronunciamientos de manera obligatoria como así determina el artículo 760.1 LEC que podemos esquematizar en:

- Determinación de los límites y la extensión de la incapacidad, entendiéndose de esta manera la diferencia entre incapacidad total e incapacidad parcial.

La incapacidad total pretende proteger a las personas que carecen de la capacidad para autogobernarse en cualquier ámbito de su vida, mientras que la parcial supone la limitación para autogobernarse pero solo en determinadas facetas de la vida cotidiana que debe ser determinada expresamente en la sentencia.

En función de lo que establezca la sentencia el incapaz podrá llevar a cabo por si mismo ciertas actividades, aunque necesita un apoyo o representante (curador) para otras, mientras que si se determina la incapacitación total por medio de la sentencia será necesario el nombramiento de un tutor que sustituya al incapaz en el ejercicio de todos sus derechos.

En la práctica es rara la determinación en Sentencia de la limitación del derecho de sufragio, pero en caso de producirse, se requiere una declaración especial como así

¹² Coord RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *Derecho de la persona*. Ed Bosch. 2011. Pág 164.

establece la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General en su artículo 3.1 b) que carecen de derecho de sufragio “los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.” Esto quiere decir, que en caso de silencio, el incapaz seguirá gozando de tal derecho, el cual viene recogido en el artículo 29 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, al establecer que “Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante:

i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar;

ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda;

iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar”.

- Determinar la necesidad o no de internamiento. Puede acordarlo ex novo o bien pronunciarse sobre la continuidad del que con anterioridad se hubiere decretado.

- También debe determinar el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.

- Nombramiento de tutores, curadores o personas que asumen la guarda cuando así se haya solicitado en la demanda.

La sentencia en el proceso de incapacitación es consecuente con los principios que rigen este proceso, especialmente por el de indisponibilidad del objeto del proceso e investigación de oficio y de protección de las personas e intereses del presunto incapaz, esto hace que la congruencia entre la sentencia y la demanda queda supeditada a estos principios, de manera que el Tribunal no se encuentra vinculado por las causas de incapacitación que se alegaron en la demanda cuando resulta ser otra distinta, ni por las medidas solicitadas, ya que puede adoptar otras que estime mas adecuadas para el presunto incapaz.¹³

Al margen de ello es claro que la toma de cualquier medida restrictiva de derechos, debe de ser analizada caso por caso, en atención a las características propias de cada persona y en todo punto motivada por el tribunal que la adopte.

Como ha determinado la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) 57/2014 de 18 de septiembre en el caso Ivinovic contra Croacia, “el Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] observa que los tribunales nacionales incapacitaron legalmente, a título parcial a la demandante, impidiendo, de esta manera, que gestionara su dinero y otros bienes de manera autónoma y, también, que pudiera tomar decisiones sobre su tratamiento médico de manera independiente. El Tribunal opina que privar a un individuo de su capacidad jurídica, incluso parcialmente, es una medida muy severa que debería reservarse para circunstancias excepcionales (véase *mutatis mutandis*, X e Y contra Croacia, núm. 5193/09, apartado 91, 3 de noviembre de 2011). Teniendo en cuenta las graves consecuencias que tal medida puede tener en la vida privada de la demandante, el Tribunal considera que era necesario que los tribunales encargados del caso examinaran cuidadosamente todos los factores pertinentes para poder garantizar así el respeto de los requisitos del artículo 8 del Convenio”.

¹³ GIMENO SENDRA Vicente. *Derecho procesal civil II: Los procesos especiales*. Ed Lolex. 2010. Pág. 263.

Según el artículo 761 LEC la sentencia de incapacitación no impedirá, que sobrevinidas nuevas circunstancias, pueda incoarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida. En tales supuestos la sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificar la extensión o límites de la misma.¹⁴

Medidas cautelares.

Como es sabido, la tramitación de un proceso de incapacitación, y en realidad de cualquier tipo de procedimiento, puede dilatarse en el tiempo. Para evitar los posibles perjuicios que el paso del tiempo pueda derivar tanto en la persona como en el patrimonio del presunto incapaz la LEC articula una serie de medidas dirigidas precisamente a su protección.

Esto nos lleva a determinar que las medidas cautelares pueden ser clasificadas de dos tipos: medidas personales, dirigidas a defender los intereses y derechos del presunto incapaz, y que pueden consistir por ejemplo en el internamiento del presunto incapaz en un centro especializado, nombramiento provisional de representantes etc, y medidas patrimoniales dirigidas a garantizar la conservación y administración del patrimonio, entre las que podemos encontrar la anotación preventiva de la demanda, acordar el depósito de joyas y bienes muebles o valores, indisponibilidad de cuentas corrientes, o más concretamente la indisponibilidad por encima de una determinada cantidad de dinero, lo que se ha dado en llamar “dinero de bolsillo” y el inventario de bienes. etc.

La adopción de las medidas cautelares se podrán solicitar en cualquier momento del procedimiento tanto de oficio como a instancia de parte, así lo ha declarado entre otras la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife por Auto 2/2005 de 17 de enero. El recurso versaba sobre la medida cautelar de internamiento de una anciana en una residencia, tras el cual el Juez estableció que “(...)esta norma (Art. 762 LEC) prevé la posibilidad de que el tribunal competente adopte, incluso de oficio, "las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio",

¹⁴ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal civil: proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*. Ed Marcial Pons. 2010. Pág 495.

indicando, en su párrafo tercero, que tales medidas "podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación".

Esta última regla deja sin apoyadura la objeción de la parte recurrente relativa al hecho de estar ya en trámite el expediente de incapacitación. Por otro lado, se pone de manifiesto, del contenido literal del artículo, que las medidas cautelares en esta materia no implican ni exigen la concurrencia de un trastorno psíquico del afectado, sino tan solo la necesidad de otorgar al mismo la protección que por sus concretas circunstancias no puede garantizarse por sí mismo.

El citado art. 762 no establece un cauce rígido o especial para la adopción de las medidas, caracterizadas por su carácter urgente y transitorio, salvo la "audiencia de las personas afectadas", siendo así que la interesada, D^a Carolina, que ya había sido objeto de examen por parte de la juez de instancia en el expediente de incapacitación, fue nuevamente oída en referencia concretamente a la medida que se pretendía adoptar”.

Como establece el artículo 762 LEC “cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación”.

Como ya mencionamos anteriormente, la actuación de oficio por parte del Tribunal a la hora de adoptar medidas cautelares no le otorga legitimación para promover de oficio el proceso de incapacitación pues lo prohíbe expresamente el artículo 762.1 en línea con el 757 LEC. El Tribunal por tanto cuando tenga conocimiento de una posible causa de incapacitación deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, que no quedará vinculado por dicha comunicación, sino que promoverá el procedimiento solamente si lo estima conveniente.

Por su parte el Ministerio Fiscal, en cuanto tuviera conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacitación de una persona podrá solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas Art. 762.2 LEC.

Finaliza el artículo mencionado estableciendo que “Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley”.

Esto es, como regla general, las medidas cautelares se adoptarán previa audiencia de las personas afectadas, y para ello se exige la celebración de una vista con audiencia del presunto incapaz así como al resto de las personas que puedan verse afectadas. No obstante, existen momentos en los que la adopción de la medida debe ser urgente y no admite demora alguna. En este caso, si existe una posible causa de incapacitación, puede adoptarse la medida cautelar sin audiencia de la parte, ya que las razones de urgencia así lo aconsejan y la ley expresamente no lo prohíbe. Adoptada en este caso la medida cautelar, se notificará debidamente al afectado, así como a todas las personas que tengan interés legítimo y que podrán oponerse a la medida adoptada, tras lo cual se celebrará una vista y se resolverá mediante auto, apelable ante la Audiencia Provincial.

El Juez podrá adoptar las medidas que considere adecuadas, según las circunstancias del caso, y que sean necesarias para la protección del presunto incapaz y su patrimonio.

Ahora bien, es evidente que para la adopción de medidas cautelares es necesario la existencia de un mínimo de prueba documental, que podrá ser recabada por las personas o entidades que estén en contacto con los ancianos; por ejemplo, los Servicios Sociales o los centros de salud, para acreditar la existencia de una causa de incapacitación de la persona de la que se está solicitando la medida cautelar.

En el caso concreto que estamos analizando está claro que el patrimonio de don Romualdo puede sufrir graves perjuicios por el transcurso del tiempo ya que las transferencias de dinero a la cuenta que el mismo tienen con Doña Jasmine son constantes, si a eso le sumamos que la capacidad para gobernarse por sí mismo puede ser ya muy limitada y que la enfermedad hará que cada vez esa capacidad vaya mermando más, puesto que como sabemos padece de una enfermedad progresiva, consideramos necesario al supuesto que nos ocupa la adopción de diferentes medidas cautelares, que en caso de no ser acordadas de oficio por el juez, el Ministerio Fiscal deberá solicitar de manera inmediata.

Concretamente se podrían adoptar las siguientes:

- Anotación preventiva de demanda.(Art. 42.5 de la Ley Hipotecaria), esta medida está dirigida a evitar que durante la sustanciación de un procedimiento judicial puedan hacer tránsito de bienes de la persona afectada a terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral. Dicha anotación se llevaría a cabo en el registro de la propiedad para evitar la venta del inmueble de que es titular don Romualdo.

Esta claro que esta medida tiene efectos jurisdiccionales frente a terceros, pero en ningún caso es constitutiva de la incapacidad.

- Acordar la indisponibilidad por parte del presunto incapaz de sus cuentas corrientes por encima de una cantidad de dinero. En aplicación de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en mayo de 2008, y concretamente sus artículos 8 y 9, los cuales, abogan por la obligación de los Estados de la toma de conciencia respeto de las personas con discapacidad y potenciación de las medidas necesarias para que dichas personas puedan vivir de manera independiente y participar plenamente en todos los aspectos de su vida en la manera de lo posible, hace necesario que la indisponibilidad de sus cuentas corrientes no sea absoluta, sino que se le permita hacer uso de unas cantidades de dinero tales que le permitan realizar sus necesidades o aficiones diarias, por ello se puede establecer una cantidad máxima de dinero mensual de la cual el “presunto capaz” pueda disponer.

- Revocación de los poderes otorgados por el presunto incapaz.

- Nombramiento de un administrador del patrimonio. Es una medida que se adopta en el momento en que existe un riesgo evidente de deterioro en el patrimonio del presunto incapaz. El administrador provisional solo podrá realizar actos de conservación y simple administración del patrimonio sin tener potestad para disponer de esos bienes.

- Realización de un inventario de bienes, para asegurar también la integridad del patrimonio mobiliario.

- En función del informe médico se podría acordar incluso el internamiento de don Romualdo en un centro especializado. Medida que deberá cumplir todas las garantías constitucionales establecidas en el artículo 17 de la Constitución Española, así como el procedimiento legalmente establecido en el artículo 763 LEC

5.5.- Medidas de protección del incapaz.

La sentencia de incapacitación puede nombrar, como medida de protección del incapaz, a un tutor o un curador, dependiendo del caso concreto, cuya finalidad como apunta el Art. 215 del Código civil será “la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda”

Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo 341/2014 de 1 de junio “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 Art. 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 "para 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 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".

En el supuesto a tratar, la Sentencia de Primera Instancia optó por el nombramiento de tutor, consignando esta función a los Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León, es decir, optó por una tutela administrativa.

Antes de nada hemos de partir de un breve estudio de la institución tutelar, y es que se trata de un órgano estable, de actuación habitual, cuya finalidad consiste en la sustitución de la capacidad limitada de la persona¹⁵. Es decir, el tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación, como así determina el artículo 266 del Código Civil.

Esos actos a los que se refiere el artículo son los denominados actos personalísimos, los cuales no pueden ser llevados a cabo a través de ningún representante y les podemos concretar en 3:

- Contraer matrimonio: Aunque el Art. 56 CC exige dictamen médico sobre la aptitud para contraer matrimonio, pues la falta de tal aptitud puede dar lugar a la nulidad (Art. 73.1 CC).En este sentido, es de aplicación el Art. 23 de la Convención

¹⁵ ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Capacidad, incapacidad e incapacitación.*, Ed Colección Scientis Iuricica. 2013. Pág. 88

de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad al establecer que “Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”

- Otorgar testamento: el Art. 663 CC exige también aptitud mental para otorgarlo y en caso de incapacitación, el Art. 665 CC prevé dictamen médico para garantizar que concurren la conciencia y voluntad mínima para otorgarlo.

- Reconocimiento de hijo extramatrimonial: el Art. 121 del CC exige aprobación judicial.

Al margen de estos actos, existen otros para los que el tutor necesitará la autorización judicial para llevarlos a cabo en nombre del tutelado, que son todos aquellos actos establecidos en el artículo 271 CC, concretamente:

1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.

5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.

6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.

8.º Para dar y tomar dinero a préstamo.

9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

10. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

En cuanto a la elección de tutor hay que estar a lo dispuesto en el artículo 234 del Código Civil, el cual establece un orden de preferencia en cuanto a la designación del mismo:

1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.

2.º Al cónyuge que conviva con el tutelado.

3.º A los padres.

4.º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.

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

Aunque se abre la puerta a que el Juez de manera motivada pueda alterar el orden de la prelación, y solo en defecto de todos ellos, el Juez procederá a normar como tutor a la persona que, en relación con los intereses del tutelado, considere más idóneo, y solamente en caso de un total desamparo del incapaz se procedería al nombramiento de una tutela administrativa, que es aquella que recae sobre la entidad pública correspondiente, en este supuesto los Servicios sociales de la Junta de Castilla Y León.

Con todo lo expuesto, podemos determinar que la designación de tutor establecida en la Sentencia de Incapacitación es nula, pues no se ajusta a lo establecido en el Código civil, pues en el caso que nos ocupa, es cierto que ha de prescindirse de las primeras opciones que hace referencia al tutor nombrado por el propio incapaz, pues como hemos analizado anteriormente esa designación realizada por don Romualdo es nula por falta de capacidad suficiente para llevarla a cabo, pero don Romualdo tiene dos hijos, por ello atendiendo a lo establecido legalmente el nombramiento del tutor debe recaer en cualquiera de ellos.

Ahora bien, como lo que prima en este tipo de procesos es la protección del incapaz, de estos dos hijos, solamente con uno de ellos mantiene una relación afectiva cercana, es por ello que aunque legalmente podría ser nombrado tutor cualquiera de ellos, es preferible que esta función recaiga sobre el hijo más cercano emocionalmente.

Procede en este momento analizar la posibilidad de haber nombrado un curador al caso que nos ocupa.

Como establece el artículo 287 CC “Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento”.

A diferencia de la tutela, la curatela se trata también de un sistema de protección estable, pero no de actuación habitual ni de contenido uniforme. Esta pensada principalmente para los menores emancipados cuyos padres fallecieron o quedan impedidos para la asistencia que les otorga la ley.

Como ya estableciera la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1991 “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 precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial, conforme dispone el Art. 290, en relación al 271 y 272 todos ellos del Código Civil”.

Por tanto la gran diferencia con la tutela, es que el curador no es un representante del incapaz ni le suple en el ejercicio de sus derechos, sino que se coloca a su lado apoyándole en aquellos actos que por su incapacidad (atenuada) no puede llevarles a cabo por sí solo.

En el caso que nos ocupa, y atendiendo a las circunstancias personales de don Romualdo , hacen que sea recomendable el nombramiento de un tutor y no de un curador, y ello porque la enfermedad que padece le impide gobernarse por sí mismo, además de que es probable que con el tiempo sea aun peor. La curatela supone que el incapaz tiene una cierta posibilidad de autodominio y el curador simplemente suple esa deficiencia, pero según las circunstancias concretas del caso no considero oportuno el nombramiento de un curador sino de un tutor.

5.6.- Recursos.

Contra la sentencia que declare la incapacidad total o parcial, se puede interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

En el caso a tratar se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valladolid que fue desestimado sin aceptar prueba alguna y sin ser practicadas de oficio.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal regulado en el Art. 468 y ss. LEC en virtud de la vulneración de las normas procesales cometida en la sentencia. El motivo que ha de

alegarse para ello es claro: vulneración del artículo 759.3 LEC. Este artículo establece que “si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo”.

Esto quiere decir que la práctica de pruebas preceptivas en este tipo de procesos tales como la audiencia con el presunto incapaz, sus parientes mas cercanos y la solicitud de un informe pericial médico deben realizarse también por el órgano de apelación, cosa que no sucedió en el caso que estamos estudiando, por lo que la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid debe ser declarada nula. Así lo ha manifestado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo, por ejemplo en su sentencia de 15 de julio de 2005 que analizamos anteriormente.¹⁶

A parte del mencionado recurso podría interponer un recurso de Casación ante el Tribunal Supremo. En el recurso de casación no es posible alegar la impugnación de la valoración de la prueba, pues es a los jueces de instancia, y en su caso al de Tribunal de Apelación a quien incumbe la valoración de la prueba en base a la propia apreciación del estado natural del presunto incapaz, pues de lo contrario se convertiría la casación en una tercera instancia.¹⁷

Ahora bien, no es posible interponer los dos recursos, es decir, que se habrá de optar por uno u otro, ya que de interponerse los dos se dará preferencia al recurso extraordinario por infracción procesal (Art. 466 LEC).

En el caso que nos ocupa, y teniendo en cuenta que la vulneración que se pretende hacer valer es meramente procesal sería más conveniente acudir al recurso extraordinario por infracción procesal, que se interpondrá en el plazo de 20 días desde el día siguiente a la notificación de la sentencia, y se interpondrá ante el mismo órgano que dictó la resolución que se pretende recurrir.

¹⁶ Véase Pág. 21 de éste informe

¹⁷ CHIMENO CANO, Marta. *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*. Ed Thomson Aranzadi 2004. Pág. 104.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Son causa de incapacitación el padecimiento de una enfermedad de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por si mismo y cuyo carácter sea persistente, como es el caso del Alzheimer siempre que se encuentre en un estadio tal que conlleve las características antes expuestas.

SEGUNDA.- La demanda de incapacitación deberá interponerse ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar en donde resida el incapaz. En cuanto a la legitimación activa esta limitada, pues solo las personas establecidas en el Art. 751 LEC podrá interponer la demanda, y en todo caso el Ministerio fiscal.

La legitimación pasiva corresponde al presunto incapaz, que podrá nombrar abogado y procurador de manera válida, aunque siempre será defendido por el Ministerio Fiscal, salvo que sea éste quien interponga la demanda, en cuyo caso el juez le nombrará un defensor judicial que se encargue de la protección de sus intereses.

TERCERA.- El procedimiento a seguir será el del juicio verbal, aunque con ciertas peculiaridades como que la contestación a la demanda se realizará por escrito, sin embargo las principales características se encuentran en relación con las pruebas, pues existen una serie de pruebas preceptivas que el juez deberá realizar de oficio e incluso en la segunda instancia, estas pruebas concretamente son tres: El reconocimiento personal del propio incapaz por parte del Juez, se oirá a los parientes más próximos y se recabará por parte del juez la elaboración de un dictamen médico. Las medidas cautelares, las cuales podrán ser solicitadas en cualquier momento del proceso. Y la sentencia, que deberá incluir unos pronunciamientos mínimos tales como los límites de la capacidad del incapaz y los actos que puede o no llevar a cabo, se establecerá el régimen concreto a que quede sometido el incapaz en relación con la tutela o la curatela y si procede el internamiento en centro especializado del incapaz.

CUARTA.- En el caso concreto procede que en la Sentencia se acuerde que el incapaz quede sometido al régimen de la institución de la tutela, que supondrá que la persona nombrada por el Juez, que en el caso concreto y siguiendo el art 234 CC recaerá en

uno de sus hijos, concretamente en aquel que tiene una relación constante y afectiva con el incapaz, lo representará y suplirá su falta de capacidad para realizar todos los actos necesarios para su persona y patrimonio.

Consideramos que no procede, en este caso, el nombramiento de un curador, pues éste está pensado para los supuestos de limitación parcial o atenuada de la capacidad de obrar, de tal forma que el curador se colocará al lado del incapaz para apoyarle en la realización de los actos que el incapaz no pueda realizar. En el caso que nos ocupa, la enfermedad que padece don Romualdo es de tal gravedad que su capacidad de obrar queda gravemente mermada por no decir anulada y sin posibilidad de mejora. Por tanto resulta más conveniente para su protección el nombramiento de tutor.

QUINTA.- Procederá en este caso solicitar por parte del Ministerio Fiscal, o en su defecto de oficio por el juez, el establecimiento de unas medidas cautelares, que eviten los posibles efectos que la tramitación del proceso pueda suponer tanto para la persona del incapaz como para sus bienes. Concretamente es conveniente la determinación de una anotación preventiva de demanda que evite el tránsito jurídico del inmueble de la propiedad de don Romualdo, así como la indisponibilidad de los bienes por él mismo, estableciendo en relación a sus cuentas corrientes un límite en cuanto a la cantidad de la que podrá disponer, la elaboración de un inventario de bienes y el nombramiento de un administrador provisional que se encargará simplemente de las labores de conservación del patrimonio. En cuanto a las medidas cautelares de carácter personal se podrá establecer la revocación de los poderes otorgados por el presunto incapaz y, en caso extremo y en atención al informe médico, su internamiento en un centro especializado.

SEXTA.- En relación con los actos realizados por el presunto incapaz antes de la iniciación del procedimiento de incapacitación son, en principio válidos. Para entender esta afirmación hemos de partir de la presunción de capacidad de obrar que posee toda persona desde el momento que adquiere la mayoría de edad.

Sin embargo, dicha presunción puede ser desvirtuada en tanto en cuanto se logre probar que en el momento de realizarlos, la persona ya estaba aquejada por la enfermedad o deficiencia física o psíquica que cumple con las características para derivar en el procedimiento de incapacitación. En el caso que nos ocupa el informe del médico de

cabecera ya estableció que don Romualdo padecía la enfermedad que el impedía gobernarse por si mismo, con lo que puede considerarse prueba suficiente para anular esos actos anteriores.

SÉPTIMA.- Por último, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Medina del Campo podrá ser objeto de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valladolid. Por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial puede ser objeto de dos tipos de recursos: Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo y el Recurso extraordinario por infracción procesal que se interpondrá en el plazo de 20 días ante el mismo órgano que dictó la sentencia apelada, es decir, la Audiencia Provincial.

En el caso que nos ocupa será recomendable la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, pues lo que se alega es la nulidad de la sentencia de la Audiencia por no seguir el procedimiento establecido al no admitir ni practicar de oficio pruebas en esa segunda instancia.

“Este es mi dictamen que someto a otro fundado en derecho”

En Valladolid a 8 de enero de 2016

FDO Jennifer González Martín

Colegiada N° -- Del Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal civil: proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*. Ed Marcial Pons. 2010.
- ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho procesal civil*. Ed. Tirant lo Blanch 2012.
- BLANCO GONZÁLEZ, Aurelia. *El defensor judicial*. Ed. Tórculo 2003
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis. “ los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad” *Revista La Ley* 1201/2014
- CERRADA MORENO, Manuel. “La incapacitación: cuestiones problemáticas del proceso civil de declaración a la luz de la jurisprudencia” *Revista Noticias Jurídicas* 01/07/2010.
- CHIMENO CANO, Marta. *Incapacitación, tutela, e internamiento del enfermo mental*. Thomson Aranzadi, 2004.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal civil parte especial*. Ed. Tirant lo Blanch 2013.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil II. Los procesos especiales*. Ed Colex. 2010.
- MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional II*. Ed. Tirant Lo Blanch 2015.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi 2014

- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (coord.). *Derecho de la persona*. Ed. Bosch 2011
- ROMERO COLOMA, Aurelia. *Capacidad, incapacidad e incapacitación*. Colección Scientia Juridica 2013.

8. JURISPRUDENCIA UTILIZADA

Tribunal Europeo de derechos humanos

- Sentencia del TEDH 57/2014 de 18 de septiembre.

Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2011 de 14 de febrero
- Sentencia del tribunal Constitucional 141/2012 de 2 de julio

Tribunal supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo 24/1998 de 27 enero
- Sentencia del Tribunal Supremo 681/2004 de 7 julio .
- Sentencia del Tribunal Supremo 1101/2004 de 19 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Supremo 610/2005 de 15 julio.
- Sentencia del Tribunal Supremo 145/2006 de 14 de febrero.
- Auto del Tribunal Supremo 146/2008 de 4 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 421/2013 de 24 de junio.
- Sentencia del Tribunal Supremo 341/2014 de 1 de junio
- Sentencia del Tribunal Supremo 20/2015 de 22 de enero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 244/2015 de 13 mayo

Audiencias Provinciales

- Auto Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 2/2005 de 17 de enero.