



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El proceso de incapacitación

Presentado por:

Natalia Zarzuelo Ruiz

Tutelado por:

Montserrat De Hoyos Sancho

Valladolid, 26 de junio de 2020

1. INTRODUCCIÓN	5
1.1. PROCESOS SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.....	5
1.1.1 <i>Distinción entre capacidad de obrar y capacidad jurídica.....</i>	<i>5</i>
1.1.2 <i>Distinción entre incapacidad, discapacidad e incapacitación.....</i>	<i>5</i>
1.1.3 <i>Ámbito de aplicación de estos preceptos.....</i>	<i>8</i>
1.2. REFORMAS LEGALES DEL AÑO 2015.....	9
1.3. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE INCAPACITACIÓN Y NOTAS DISTINTIVAS RESPECTO DE LA DECLARACIÓN DE PRODIGALIDAD.....	12
2. MOTIVOS DE INCAPACITACIÓN.....	14
3. PROCEDIMIENTO.....	17
3.1. COMPETENCIA.....	18
3.2. LEGITIMACIÓN.....	21
3.2.1. <i>Legitimación activa.....</i>	<i>21</i>
3.2.2. <i>Posición del presunto incapaz.....</i>	<i>24</i>
3.2.3. <i>Intervención del Ministerio Fiscal.....</i>	<i>27</i>
3.3. MEDIDAS CAUTELARES.....	29
3.3.1. <i>Caracteres.....</i>	<i>29</i>
3.3.2. <i>Tipos de medidas cautelares.....</i>	<i>29</i>
3.3.3. <i>Tramitación.....</i>	<i>33</i>
3.4. PRUEBA.....	34
3.5. SENTENCIA Y RECURSOS.....	37
3.5.1. <i>Efectos.....</i>	<i>37</i>
3.5.2. <i>La gradación de la incapacitación.....</i>	<i>42</i>
3.5.3. <i>Publicidad de las resoluciones judiciales sobre incapacitación.....</i>	<i>45</i>
3.5.4. <i>Recursos.....</i>	<i>47</i>
3.6. REINTEGRACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.....	49

4. CONCLUSIONES.....	52
5. BIBLIOGRAFÍA.....	55
6. JURISPRUDENCIA.....	57

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo el análisis del proceso de incapacitación y de sus singularidades tanto desde la perspectiva legal como jurisprudencial.

En primer lugar se lleva a cabo una distinción en relación con otros conceptos similares, así como un análisis de la reforma que tuvo lugar en 2015 en relación con la incapacitación, sus notas distintivas y sus motivos.

A continuación se procede a un estudio detallado relativo al procedimiento, la sentencia y los recursos que se pueden llevar a cabo en relación con la modificación judicial de la capacidad de las personas. Finalmente se procederá al examen de las causas de reintegración y modificación de la capacidad.

PALABRAS CLAVE: Proceso de incapacitación, presunto incapaz, incapacitado, legitimación, medida cautelar, sentencia, modificación judicial de la capacidad.

ABSTRACT: The present work has as objective the analysis of the procedure of incapacitation and its singularities from the legal perspective as well as from the jurisprudence.

Firstly, a distinction is made in relation with other similar concepts as well as an analysis of the reform produced in 2015 in related to incapacitation, such as its distinctive notes and cause.

This is followed by an in-depth study of procedure, judgement and appeals that can be made in relation to the legal modification on legal capacity of persons. Finally, causes for reintegration and modification of the extension of legal capacity will be examined.

KEY WORDS: Procedure of incapacitation, Alleged unable, Unfit, Legitimation, Precautionary measure, Sentence, Legal modification of competence.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. PROCESOS SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

1.1.1. *Distinción entre capacidad de obrar y capacidad jurídica*

Antes de comenzar con el procedimiento de incapacitación conviene hacer mención a qué se entiende por capacidad de obrar y por capacidad jurídica.

La palabra capacidad es sinónimo de personalidad, la cual puede manifestarse de dos formas diferentes:

- ❖ *“La aptitud del sujeto para la mera tenencia y goce de los derechos, la cual suele denominarse capacidad de derecho o capacidad de goce.*
- ❖ *La aptitud para el ejercicio de los mismos y para concluir actos jurídicos, conocida como capacidad de obrar o capacidad de ejercicio”¹*

En relación con esta última hay que señalar que es contingente y variable, dándose en cada persona de una forma o grado diferente.

Asimismo, a diferencia de lo que ocurre en la capacidad jurídica, donde solo se tienen en cuenta la existencia de la persona para que se dé, para la capacidad de obrar se exige conciencia y voluntad; produciéndose como consecuencia de su inexistencia, en ocasiones de forma absoluta, una reducción o una limitación a esta capacidad.

1.1.2. *Distinción entre incapacidad, discapacidad e incapacitación*

Pese a que la incapacitación es una limitación a los derechos del afectado, ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento Civil ofrecen una definición de incapacitación.

Puede ser definida como la privación o limitación de la capacidad de obrar de una persona establecida por sentencia judicial ante la concurrencia de alguna de las causas previstas en la ley.

Esta institución tiene como objetivo fundamental la protección del propio incapacitado y de su patrimonio.

¹ CERRADA MORENO Manuel: *La incapacitación: cuestiones problemáticas del proceso civil de declaración a la luz de la jurisprudencia.* 2010, accesible en: [http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4562-la-incapacitacion:-cuestiones-problematicas-del-proceso-civil-de-declaracion-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-/](http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4562-la-incapacitacion:-cuestiones-problematicas-del-proceso-civil-de-declaracion-a-la-luz-de-la-jurisprudencia/)

En la actualidad, destacadamente, desde la aprobación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, son rechazados los términos “incapacitado” e “incapacitación” por la connotación negativa que conllevan; a pesar de ello, actualmente aún no se ha realizado una reforma profunda de tal materia y las principales normas aún siguen empleando estos términos.

La incapacitación es una modificación de la capacidad de obrar, pero no toda modificación judicial de la capacidad de obrar es una incapacitación. Esto es así porque existen más resoluciones judiciales, que afectan a la capacidad de obrar de una persona.

Lo relevante en este procedimiento en concreto es que, al verse afectados los derechos y libertades fundamentales de la persona, únicamente es el Juez el que puede proceder a la limitación o no de la capacidad de obrar.

Existen personas que aun no encontrándose inmersas en un proceso de incapacitación o no estando declaradas incapacitadas por una sentencia judicial, se encuentran en condiciones de salud física o mental que le impiden autogobernarse. Estas personas son las denominadas “incapaces naturales”, queriendo significar esto que *“la falta de capacidad natural de querer y entender no siempre tiene un reflejo en la vida jurídica”*²

Una diferencia fundamental entre estos dos estados, aparentemente muy similares, es que para el caso de que un sujeto, mayor de edad, que se encuentre incapacitado, no requerirá prueba de su falta de aptitud mental para los actos cometidos mientras dure esta situación. En cambio, para aquel sujeto, también mayor de edad, que no se encuentre declarado incapacitado judicialmente, pero sí se halle en un momento carente de razón o en estado de embriaguez total o sonambulismo, por ejemplo, se podrán impugnar los actos otorgados mientras dure su incapacidad, pero siempre y cuando se pruebe la falta de entendimiento y voluntad del autor.

Por otra parte, el término discapacidad hace referencia, a la *“situación de merma o carencia de alguna capacidad física, sensorial o psíquica de la persona, que limita o impide su participación plena e igualitaria en la sociedad o el ejercicio efectivo de sus derechos”*³

² DE PABLO CONTRERAS Pedro, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ Carlos, PEREZ ÁLVAREZ Miguel Angel, PARRA LUCÁN María Ángeles: *Curso de Derecho Civil (I). Volumen II. Derecho de la Persona*. 2016. Edisofer S.L. Libros Jurídicos. pp 136.

³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua española.

Es decir, la discapacidad podría definirse como el impedimento o la dificultad para llevar a cabo alguna de las actividades consideradas por la sociedad como cotidianas a causa de una alteración de sus funciones intelectuales o físicas.

El artículo 49 de nuestra Constitución establece el amparo necesario para las personas afectadas por tales deficiencias físicas, sensoriales o psíquicas para completarlas a la hora de ejercer sus derechos.

En 1980 la Organización Mundial de la Salud establece una clasificación de las diferentes discapacidades:

- ❖ *“Las deficiencias, que se presentan en lo corporal, lo fisiológico de un individuo, lo orgánico y que todo ser humano padece, en mayor o menor medida.*
- ❖ *Las discapacidades, que significan las restricciones a la actividad normal de un individuo debidas a cualquier deficiencia.*
- ❖ *Las minusvalías, entendidas como situaciones que colocan al que sufre en posición de desventaja, y que derivan de deficiencias o discapacidades que limitan o impiden participar o desempeñar roles sociales en niveles considerados normales.”⁴*

Actualmente el término discapacidad se encuentra recogido en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social.

El término discapacidad es una consecuencia del abandono del término “minusvalía”, que pasa de denominar las dificultades de una persona para realizar una actividad, a ser un término genérico globalmente reconocido gracias a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) aprobada en 2001 por la OMS.

“Es cierto que se debe de valorar la intensidad con la que se manifiesta la discapacidad en cada sujeto, a través de una escala en la que se recoge el tanto por ciento apreciado respecto de la situación en que no se

⁴ SÁNCHEZ CALERO Francisco Javier, MORENO QUESADA Bernardo, GONZÁLEZ PORRAS José Manuel, OSSORIO SERRANO Juan Miguel, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN Julia, GONZÁLEZ GARCÍA José, OROZCO PARDO Guillermo, RODRÍGUEZ MARÍN Concepción, MATEO SANZ Jacobo B, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS Blanca: *Curso De Derecho Civil I. Parte General Y Derecho De La Persona*. Tirant Lo Blanch. 2019. pp152

padece.”⁵ Si bien, incapacitación y discapacidad son situaciones diferentes, cabe la posibilidad que de esta valoración del grado de discapacidad se produzca el inicio del procedimiento de declaración de la misma. Una persona incapacitada es discapacitada, pero no todo discapacitado es un incapacitado judicialmente.

Una persona discapacitada tiene derecho a la libre toma de decisiones, de forma que el consentimiento deberá realizarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles, tal y como se establece en el artículo 6 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social.

1.1.3. *Ámbito de aplicación de estos procesos*

Encontramos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Capítulo II del Título I del Libro IV, bajo el título “*de los procesos sobre la capacidad de las personas*”, cuatro procesos cuyo objetivo común es la obtención de resoluciones judiciales relacionadas con la incapacitación o reintegración de la capacidad de obrar de las personas, que por motivo de una enfermedad o deficiencia física o psíquica de carácter persistente, se ven imposibilitados para autogobernarse tanto en lo personal como en lo patrimonial.

Así mismo, se pretende que con dichas resoluciones relativas al estado civil de las personas, se establezcan las medidas oportunas para su protección jurídica y su curación o recuperación, o para, una vez producida la mejora de la persona afectada por medidas restrictivas o de protección, estas sean retiradas o modificadas.

Los procesos de los que nos venimos refiriendo son:

- ❖ **El proceso de incapacitación**, el cual procederemos a analizar después con más detalle.
- ❖ **El proceso de declaración de prodigalidad**
- ❖ **El proceso para la reintegración de la capacidad y de modificación del alcance de la incapacitación**
- ❖ **La autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno mental.**

⁵ SÁNCHEZ CALERO Francisco Javier y otros: *Curso De Derecho...* op. cit. pp152

Estos procedimientos tienen en común que son de interés público por afectar a derechos y principios constitucionales de manera restrictiva. Consecuentemente, en el año 2000 el legislador ve conveniente establecer un procedimiento contradictorio, con todas las garantías para la persona implicada, destacar que la actuación jurisdiccional en estos casos tiene fines puramente protectores.

Se establece como principios rectores la indisponibilidad del objeto y la investigación de oficio, a mayores es reseñable que el Ministerio Fiscal intervendrá o bien como promotor, o bien como parte en defensa de quienes son incapaces de actuar por sí mismos debido a una incapacidad de obrar.

Es importante destacar el artículo 199 del CC, donde se puede leer:

“Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.”

La singularidad de estos procesos es el propio objeto, puesto que se refieren a la condición misma de las personas, a su libertad y a su patrimonio.

1.2. REFORMAS LEGALES DEL AÑO 2015

En el Código Civil desde su aprobación se establecía, concretamente en su artículo 200, una enumeración cerrada de las personas que debían encontrarse sujetas a la tutela; así se afirmaba que eran aquellas personas que reunían una serie de circunstancias de indudable gravedad que conllevaba la privación de capacidad. Esta enumeración “*numerus clausus*” era:

- ❖ Locura o demencia
- ❖ Sordomudez, siempre y cuando fuese acompañada de una imposibilidad de acompañarse absoluta, es decir, que no supiese ni escribir ni leer la persona afectada por tal situación.
- ❖ Prodigalidad
- ❖ Encontrarse sufriendo la pena de interdicción civil, pena accesoria de determinadas condenas penales. Fue abolida de forma definitiva en 1984.

Hasta las sucesivas reformas posteriores, única y exclusivamente procedía la incapacitación por estas causas concretas.

Se han ido sucediendo en el tiempo diversas reformas hasta la última en 2015. Las reformas que la preceden y que han ido marcando las directrices y las necesidades de esta última han sido:

❖ La Ley 13/1983 de 24 de octubre, y la nueva redacción del Código Civil

Nos encontramos ante una ley que modificó intensamente el contenido original del Código Civil.

Uno de los cambios más significativos es que el cambio de una enumeración que hasta entonces había sido cerrada de las causas de incapacitación a ser una denominación más general y conservada en la actualidad.

En este momento, se produce la inclusión de la institución de la curatela, que en 2015 también se vio reformada, de igual forma, tiene lugar la inclusión de la posibilidad de incapacitación de menores de edad cuando sea previsible que la incapacitación perdurará hasta después de alcanzada la mayoría de edad.

❖ La Ley 41/2003 de protección de las personas con discapacidad

Con ella se pretende la regulación de nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad centrándose en un aspecto sumamente relevante, el patrimonial.

Conviene puntualizar que en términos más actuales, discapacitado y persona judicialmente incapacitada no tienen por qué ser sinónimos necesariamente, puesto que existen grados de discapacidad que no exigen tal declaración judicial.

Con la reforma de 2015 se pretende una regulación no tan centrada en los intereses patrimoniales de las personas con discapacidad, sino aspectos más personales, como por ejemplo todo lo relativo a las circunstancias de su vida ordinaria. También es importante el cambio referido a la terminología empleada en el Código Civil por otros más precisos y respetuosos, dándose un enfoque más acertado con la realidad existente de cada persona.

Tras estas aclaraciones previas, podemos proceder a tratar con más detalle la última reforma que ha tenido lugar en 2015 y produce la modificación de diversas normas y que, a su vez, afecta a la materia que vamos a abordar a lo largo del trabajo.

La reforma que se produce en 2015 del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro civil se produce como consecuencia de la ratificación del Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Pretende la adecuación de nuestro ordenamiento a tal Tratado; así mismo se produce la renovación de las normas establecidas en materia del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, englobándose en tal capacidad tanto la titularidad de los derechos como la legitimación necesaria para su ejercicio

“La nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.”⁶

Se produce un cambio en el sistema vigente, pasa de un sistema en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones relativas a las personas con discapacidad, a otro fundado en el respeto de la voluntad y preferencias de las personas afectadas por una discapacidad.

La ley de 2015 consta de 5 artículos, modificándose la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo tercero, constando el mismo con catorce apartados.

La primera modificación destacable es la del artículo 756 en su apartado 1 donde se establece que el proceso judicial solo procede cuando es necesario el nombramiento de curador. En su apartado 3 se resuelve el problema producido con el cambio de residencia habitual de la persona inmersa en un proceso pendiente de apoyos, facilitándose el desarrollo del proceso y acercándose al lugar donde se encuentre.

En la reforma de los apartados 6 y 7 del artículo 757 de la LEC se establece la posibilidad de alegaciones por parte de aquellas personas que sean consideradas los curadores de las personas con discapacidad o cualquier sujeto o persona con interés legítimo; consiguiéndose con esto mayores datos acerca de la situación de la persona

⁶ *Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en Materia de Discapacidad*, accesible en: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>

discapacitada y evitándose las situaciones de desigualdad que hasta entonces se producían entre los familiares del afectado.

Por otro lado, con la reforma se reorganizan las pruebas que deben de practicarse en el procedimiento de incapacitación.

Por último señalar en relación con tal reforma, que en lo que respecta al régimen transitorio opta por una fórmula flexible “*según la cual las funciones de apoyo se ejercerán conforme a la nueva ley desde su entrada en vigor, y se establece una amplia legitimación para solicitar de la autoridad judicial, en cualquier momento, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con arreglo al sistema anterior.*”⁷

1.3. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE INCAPACITACIÓN Y NOTAS DISTINTIVAS RESPECTO DE LA DECLARACIÓN DE PRODIGALIDAD.

El procedimiento de incapacitación es un proceso no dispositivo y por consiguiente los principios esenciales del mismo son:

- ❖ **Indisponibilidad del objeto**
- ❖ Como regla general **se inicia instancia de parte** y nunca de oficio. Aunque hay que resaltar la existencia de una legitimación activa amplia en la que se incluye al Ministerio Fiscal para la defensa del interés público
 - Como en todos los procesos es la ley la que determina la legitimación activa y pasiva
- ❖ El procedimiento se tramita por el cauce establecido para el **juicio verbal**, y la contestación a la demanda se llevará a cabo 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. 754LEC)*”⁸

⁷ *Anteproyecto de Ley...* op. cit.

⁸ *Anteproyecto de Ley...* op. cit.

- ❖ Inscripción de oficio en los correspondientes registros públicos, en el margen de las inscripciones de los correspondientes nacimientos, de las sentencias dictadas, debiéndose incluir el límite y la extensión de las mismas para ser oponibles erga omnes.
- ❖ Las sentencias no son susceptibles de ser ejecutadas provisionalmente.

Dicho esto, debemos tener en cuenta que la declaración de prodigalidad es una variante del procedimiento de incapacitación. En este caso con esta declaración se “*limita la capacidad de obrar del demandado para realizar actos de disposición de sus bienes*”⁹

Por consiguiente la declaración de prodigalidad solo difiere del proceso de incapacitación respecto de:

- ❖ La legitimación activa. En el artículo 757.5 de la LEC se establece lo siguiente:

“La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.”
- ❖ La legitimación pasiva corresponde al pródigo. Una persona es calificada como pródigo cuando concurren las siguientes circunstancias:
 - *“conducta desordenada y ligera en la gestión o uso del propio patrimonio, bien a causa de un espíritu desordenado o por el desarreglo de costumbres.*
 - *Que esa conducta sea irregular, pueden ser tanto más o menos habituales como excesivos, pero los actos aislados o puntuales no pueden ser calificados como constitutivos de la condición jurídica de prodigalidad*
 - *Que ponga injustificadamente en peligro la conservación del patrimonio, con perjuicio de aquellas personas a las que se reserva el derecho de la acción, unidas al pródigo por vínculos estrechísimos de familia y respecto de las cuales tienen éstos obligaciones morales y jurídicas ineludibles”*¹⁰
- ❖ El contenido de la sentencia

En todo lo demás se regirá por las reglas expuestas para el proceso de incapacitación.

⁹ GIMENO SENDRA Vicente: *Derecho Procesal Civil II. Los procesos especiales*. 2016. Castillo De Luna Ediciones Jurídicas pp 253.

¹⁰ GIMENO SENDRA Vicente: *Derecho Procesal Civil...* op. Cit. pp 254.

2. MOTIVOS

En cuanto a los motivos de incapacitación, el artículo 200 del Código Civil establece lo siguiente:

“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.”

Del anterior artículo podemos concluir que los requisitos esenciales para la declaración de incapacidad son los siguientes:

- ❖ La necesidad de que la persona padezca una **enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico**

Con estos términos se está haciendo referencia a alteraciones de cualquier tipo, tanto a las que afectan a la inteligencia como las que afectan al comportamiento, es decir, se pueden referir a discapacidades intelectuales o depresiones u obsesiones. También se engloban dentro de estos términos genéricos, aquellas de carácter físico que dificultan o impiden completar o el desarrollo de la personalidad o de la comunicación.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de julio de 2002, sentencia nº 813, rec. 1704/2000

"En términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes"

- ❖ Que tal enfermedad tenga **carácter persistente**

Al exigirse esta característica lo que se pretende es que solo se acuda a este tipo de procedimiento cuando nos encontremos ante una situación de verdadera necesidad, es decir, *“se pretende evitar que una situación transitoria, aunque sea grave, ponga en marcha el procedimiento judicial: procedimiento innecesario ya que la realización de un acto jurídico en tales circunstancias puede anularse demostrando que efectivamente se dieron.”*¹¹

- ❖ Y que produzca el **impedimento de gobernarse por sí misma**

¹¹ SÁNCHEZ CALERO Francisco Javier y otros. op. cit. pp150

Lo que quiere decir que la capacidad natural de la persona para tomar decisiones sobre su vida se encuentra perjudicada por tales enfermedades o deficiencias, careciendo de pleno conocimiento y libertad para la toma de decisiones que engloban tanto los aspectos personales como patrimoniales de la misma, o a ambos simultáneamente. Es importante destacar que una persona no tiene capacidad de autogobierno cuando *“deja a merced de sus propios impulsos y fuerzas está expuesta, por causa de su enfermedad o deficiencia, a llevar a cabo una actividad socialmente valorada como inconveniente o perjudicial para ella misma o para otros”*¹²

Los autores del texto legal pretenden que queden recogidos todas las situaciones que conlleven como consecuencia la falta de autogobernarse, considerando indiferente cual es el origen de tal situación, es decir, no se tiene en cuenta si es *“congénita o adquirida, por enfermedad, traumatismo, edad o por un acto voluntario o involuntario el sujeto como el alcoholismo”*¹³

Podemos afirmar que esta tercera característica supone el elemento decisivo en la necesidad de iniciar un procedimiento de incapacitación judicial de una persona, de forma que si la enfermedad o deficiencia, de carácter permanente, no tiene como consecuencia el impedimento de autogobierno, los sujetos afectados por las mismas no pueden ser objeto de un proceso de incapacitación.

Es decir, nos encontramos ante una *conditio sine qua non* para la incapacitación, *“debiendo referirse a la capacidad general del sujeto ante la vida social y no a su ineptitud ante una determinada relación o situación en que se encuentre, implicando, pues, el autogobierno una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial.”*¹⁴

Por la jurisprudencia se señalan como causas de incapacitación:

- ❖ Las enfermedades mentales.
- ❖ El alcoholismo y la toxicomanía en fases crónicas

¹² SÁNCHEZ CALERO Francisco Javier y otros. op. cit. pp150

¹³ DE PABLO CONTRERAS Pedro y otros. op. cit. pp142.

¹⁴ MELÓN MUÑOZ Alfonso, MARTÍN NIETO Paloma, GÓMARA HERNÁNDEZ José Luis, MELÓN PARDO Carlos, CORTAJARENA MANCHADO Andoni, VEGA LABELLA José Ignacio, RUIGÓMEZ MOMENÉ Adolfo, SERRANO DE TOLEDO Luis G., JIMÉNEZ BONILLA Salvador, ALONSO DE LEONARDO-CONDE Adolfo, VILAS ÁLVAREZ David, LASHERAS HERRERO Pilar, MARTÍNEZ SOTO Silvia, GONZÁLEZ Juan José: *Memento Práctico Francis Lefebvre Procesal Civil. 2019.* FRANCIS LEFEBVRE. Cap 17. Sección 1. Cuestiones comunes. A.1.

En relación con esto podemos citar la siguiente sentencia del Tribunal Supremo, en su Sala de lo Civil, 4283/2015 de fecha 20 de octubre de 2015. Resuelve un recurso de casación interpuesto contra la sentencia anterior de 17 de julio de 2013.

En la sentencia en primera instancia, se declara la incapacidad total de D^a Agueda al declararse probado a través de las correspondientes pruebas practicadas, que era incapaz de gobernar su persona y sus bienes, debido a que se le diagnosticó un trastorno límite de la personalidad, enfermedad de carácter permanente y crónica muy variable. Quedó probado que la demandada tiene conductas de riesgo tanto para sí misma como para otros individuos. A todo esto debemos sumarle el consumo habitual de drogas. Si bien es cierto que su conducta no viene alterada por el mismo, sino por su trastorno de personalidad, es un factor a tener en cuenta. Se produce su declaración de incapaz total y produciendo su internamiento en un centro psiquiátrico.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación, cuyo resultado fue la ratificación y complementación de la sentencia de primera instancia. Finalmente se interpuso recurso de casación y de infracción procesal, ambos admitidos. En relación con el primero, el fundamento del mismo era que la medida adoptada había sido inapropiada puesto que aún mantenía capacidades para su autogobierno en determinados aspectos de su vida cotidiana y la alteración de la conducta no venía motivada por su enfermedad sino por el consumo de drogas. Finalmente se desestimó el recurso de casación con el argumento de que tanto en primera instancia como en apelación se había demostrado que el origen de tal incapacidad total era la enfermedad y no la drogodependencia aunque constituyera un factor relevante.

Otra sentencia que podemos mencionar en relación con esta cuestión es la Sentencia de la Audiencia Provincial Islas Baleares 2776/2019, de 12 de Diciembre de 2019. En este caso estamos ante una recurso de apelación contra la sentencia que declara la incapacitación total de D^a Antonieta por padecer síndrome de Diógenes desde 2008 y una problemática de alcoholismo crónico. Sin embargo se en el recurso se estima que tal enfermedad no conlleva una incapacidad total sino parcial, produciéndose la modificación de la capacidad.

El médico forense, a fecha 3 de agosto de 2019, estableció que la demandada era capaz de gobernarse por sí misma si no bebía, de modo que no estaríamos ante una realidad que impida el autogobierno de su persona ni de sus bienes si cuenta con la figura del curador como medida de apoyo.

Se concluye con la estimación parcial del recurso de apelación, estableciéndose la curatela, ya que nos encontramos ante un caso en que Doña Antonieta padece dolencias que pueden ser tratadas eficazmente a través de un tratamiento terapéutico adecuado y correctamente supervisado.

Podemos afirmar, por consiguiente, que no son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias que no guarden relación con la capacidad de gobernarse a sí mismos, sin perjuicio de que en ciertos casos se tengan en cuenta como causas de impedimento para la realización de determinados actos concretos.

A pesar de que el término “persistente” es poco preciso, se exige que la enfermedad sea prolongada en el tiempo con entidad suficiente para la adopción de medidas tan importantes como la incapacitación de una persona y su sometimiento a la institución de guarda. Se pretende así la exclusión de situaciones transitorias de trastorno mental o pérdidas temporales de la capacidad de autogobernarse.

Hay que resaltar que no se exige que tales enfermedades o deficiencias sean incurables, sino que del artículo 761 de la LEC se desprende que se admite una evolución de tales enfermedades y como consecuencia una modificación de la sentencia de incapacitación e incluso la recuperación de parte o toda la capacidad.

Señalada la diferencia entre incapacitación y discapacidad; podemos afirmar que una persona discapacitada puede llegar a ser incapacitada cuando concurren las circunstancias anteriormente descritas como causas de incapacitación.

3. PROCEDIMIENTO

Este proceso se engloba dentro de los procesos especiales. De acuerdo con el artículo 753 LEC, situado dentro de las disposiciones generales de los mismos, se establece que teniendo en cuenta la indisponibilidad de la materia regulada en los mismos, la capacidad de las personas, se procederá por los trámites del juicio verbal.

Tiene naturaleza jurisdiccional, contenciosa y contradictoria; además de ser un proceso informado por los principios de legalidad y oficialidad. “*Estas cuestiones no se hallan*

sometidas al principio dispositivo característico del proceso civil, ya que son por completo ajenas al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes.”¹⁵

El objeto del mismo es la pretensión de una declaración de incapacitación para una persona física determinada por “*enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*” (artículo 200 Código Civil)

Asimismo, antes de proceder más a fondo con el análisis de este procedimiento, conviene señalar que no surte efecto en el mismo la renuncia, el allanamiento ni la transacción. Aunque sí se contempla el desistimiento, siempre y cuando cuente con la conformidad del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal, en este tipo de procesos, ocupa un papel especialmente importante, ya sea como promotor o parte, en lo que respecta a la defensa y protección del discapacitado que no tiene capacidad para actuar por sí mismo.

También destacar que la conformidad de las partes sobre los hechos no es vinculante para el tribunal, quien debe de decidir con independencia y con base a los hechos probados.

3.1. COMPETENCIA

Es competente objetiva y territorial en los procesos relacionados con la capacidad de las personas el Juez de Primera Instancia del lugar donde resida la persona sobre la que se pretende tal declaración o medida solicitada. Es importante puntualizar que “*el lugar de residencia puede no coincidir con el domicilio habitual.*”¹⁶

Como concepto de residencia habitual debemos entender que en este caso hace referencia al lugar donde pasa gran parte de su tiempo el presunto incapaz y donde se prevé que lo pasará en un futuro. Para determinar cuál es ese lugar se deberá tener en cuenta la vinculación del demandado con el mismo y la intención de permanecer en él.

Esto es así por razones de inmediación y urgencia en relación a la adopción y aplicación de las medidas, así como del necesario seguimiento y evolución de la persona objeto de los procedimientos por el Tribunal.

¹⁵ MELÓN MUÑOZ Alfonso y otros. op. cit. Cap 17. Sección 1. Cuestiones comunes. A.1.

¹⁶ BANACLOCHE PALAO J: *Comentario al artículo 756 de la LEC* en Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil. 2001. p. 350

Así se recoge expresamente, con carácter general en el art. 52.1.5º LEC

“En los juicios en que se ejerciten acciones relativas a la asistencia, representación de incapaces, incapacitados o declarados pródigos, será competente el tribunal del lugar en que éstos residan”

Más concretamente el art. 756 de la LEC dispone 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”.

Es importante tener en cuenta el debate doctrinal que quedó resuelto con estos artículos, en el que se discutía si lo que debía de tenerse en cuenta era el domicilio legal o si por el contrario debíamos de hacer referencia al domicilio legal. Esta cuestión quedó resuelta gracias a este artículo 756, puesto que no hace referencia a domicilio sino a residencia habitual.

Conviene hacer una serie de puntualizaciones sobre en qué consiste el concepto residencia habitual en ciertos casos especiales:

- ❖ En relación con los enfermos mentales internos en centros psiquiátricos, este centro no es considerado como domicilio habitual, sino que lo será el domicilio familiar al que, una vez salgan de ellos, presumiblemente regresarán. Por consiguiente será el domicilio familiar el lugar tenido en cuenta para la determinación de la competencia judicial.
- ❖ Solo para el caso en que sea previsible que los enfermos al salir del centro psiquiátrico no retornaran al domicilio familiar, será el centro el lugar a tener en cuenta para determinar la competencia judicial.
- ❖ Para el caso en que los enfermos mentales convivan con sus padres, se tendrá en cuenta el domicilio de los padres.
- ❖ Los enfermos de Alzheimer que sean ingresados en residencias geriátricas trasladan a la misma su domicilio siempre y cuando su ingreso sea de carácter permanente o prolongado en el tiempo.
- ❖ Las personas objeto de este tipo de proceso, que se encuentren en prisión, dependiendo del tiempo de duración de la condena, se tomará en cuenta como residencia la prisión donde permanezcan encarcelados.

Asimismo, para el caso de que en la circunscripción relativa a la residencia del causante existan varios Juzgados de Primera Instancia competentes, el Consejo General del Poder

Judicial está autorizado para señalar a uno de ellos como competente para el conocimiento exclusivo de tales asuntos. (art. 98 LOPJ)

“En aquellas localidades en las que existen Juzgados especializados en materia de capacidad de las personas, corresponderá a estos órganos judiciales el conocimiento de las causas de incapacitación. El Tribunal examinará de oficio su competencia para conocer del asunto, y su falta de competencia podrá asimismo ser apreciada a instancia de parte.”¹⁷

Encontrándose pendiente un procedimiento de incapacitación de una persona, todos aquellos procesos de diferente naturaleza en los que se encuentre como parte al presunto incapaz, deberán ser suspendidos hasta la resolución del proceso de incapacitación.

La acumulación se produce en relación a varios procedimientos de incapacitación que pudieran estar incoados simultáneamente contra la misma persona, conforme a lo que se establece en el artículo 76 LEC.

Es importante puntualizar que al encontrarnos ante una competencia establecida por una norma de derecho imperativo o de obligado cumplimiento. Es el Juzgado de oficio el que debe de examinar su propia competencia una vez que se haya presentado la demanda.

“El tribunal con competencia para conocer de un asunto, la tendrá también para resolver sobre todas sus incidencias, lo que determina que, habiéndose procedido a la incapacitación y a la declaración de tutor por un juzgado, no puede este con posterioridad negar su competencia territorial para la preceptiva rendición de cuentas del tutor si el tutelado cambia de domicilio”¹⁸

En relación con el conflicto negativo de competencia debemos hacer mención al Auto del Tribunal Supremo, en la sala primera de lo civil, 200/2015, con fecha de 2 de diciembre de 2015.

Con fecha 11 de junio de 2015 el Ministerio Fiscal presentó ante los Juzgados de Valencia una demanda de juicio especial sobre la determinación de la capacidad jurídica, en

¹⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN Antonio: *“Capacidad, discapacidad, incapacitación. Modificación judicial de la capacidad.”* Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid. Antonio Fernández de Buján. 2011. N°23. Pp 65

¹⁸ DUTREY GUANTES Yolanda y otros. op. cit. Cap. 7. C. procedimiento de incapacitación. 2935.

la cual se hacía constar el domicilio de Inocencia, la presunta incapaz, en Valencia. Fue admitida ante los Juzgados de Primera instancia de Valencia, solicitándose autorización judicial para el internamiento del presunto incapaz, acordándose su práctica.

D^a Inocencia a 29 de julio de 2015 manifestó que había alquilado una vivienda en Valdemoro con intención de residir allí, como consecuencia, el Juzgado de Primera Instancia de Valencia en un Auto de 16 de septiembre de 2015 se declaró falto de competencia territorial atribuyéndosela a los Juzgados de Valdemoro. Este juzgado no aceptó la inhibición y planteo un conflicto negativo de competencia.

Finalmente se declaró competente al tribunal de Valdemoro para el conocimiento de dicha causa tanto por la manifestación efectuada por Inocencia tanto por la documentación del expediente (un justificante bancario de adeudo por domiciliación del recibo por consumo eléctrico del indicado inmueble, sito en Valdemoro, de 9 de marzo de 2015). Se decreta que existen bases suficiente para considerar verificado que la persona afectada reside en esa localidad, y que por tanto debe ser el Juez de Valdemoro el que juzgue.

Una vez interpuesta la demanda, el Juez es el encargado de dar traslado de la misma al presunto incapaz, al Ministerio Fiscal en los casos en que proceda y a los legitimados atendiendo al interés que estos puedan tener en defender la plena capacidad o incapacidad del presunto incapaz.

3.2. LEGITIMACIÓN

3.2.1. Legitimación activa

La legitimación para promover la declaración de incapacitación se encuentra establecida en el artículo 757.1 LEC. Corresponde al propio incapaz, el cónyuge o persona que mantenga con el demandado una situación análoga de afectividad, los descendientes, los ascendientes y los hermanos.

De este artículo hay que destacar principalmente dos novedades:

- ❖ La primera es la introducción, a diferencia del artículo 202 Código Civil actualmente derogado, de la expresión “*quien se encuentre en una situación de hecho asimilable al cónyuge*”.

El precepto se está refiriendo a lo comúnmente denominado como pareja de hecho. En cada caso, el Tribunal competente, deberá valorar si la relación entre ambas personas es de suficiente entidad como para que se le reconozca la legitimación activa en este tipo de procedimientos.

❖ La segunda de las grandes incorporaciones fue la posibilidad de que el “*presunto incapaz*” pueda promover su propia declaración de incapacidad.

Esta posibilidad fue introducida con una modificación de la redacción originaria del precepto por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad.

En tales supuestos el incapaz se convierte simultáneamente en demandante y demandado, pero demostrándose que en este caso no se produce ningún tipo de conflicto de intereses, sino que la única finalidad es la protección de los derechos del presunto incapaz inmerso en el procedimiento.

Con la anterior legislación, la capacidad para promover este tipo de declaraciones, solo correspondía “*al cónyuge y a los descendientes y, solo en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz*”¹⁹

“*Parece razonable limitar la posibilidad de promover la incapacidad a un círculo de personas próximas al presunto incapaz tanto por la naturaleza delicada de la materia como por su privacidad*”²⁰

En el Auto de la Audiencia Provincial de León 1341/2019 de 22 de noviembre de 2019 nos encontramos ante un recurso de apelación contra un auto anterior en el que se denegaba la promoción del proceso de incapacidad por considerarse que no concurrían los presupuestos de legitimación activa necesarios del artículo 757 LEC. Contra dicho auto se alega la falta de hijos o cónyuge de la demandando, afirmándose que la solicitante es la sobrina de Constanza, la presunta incapaz y por tanto podría considerarse como descendiente de la misma.

Se desestima el recurso de apelación, se sostiene en tal sentencia que a falta de los familiares mencionados en el artículo, será el Ministerio Fiscal en que debe de promover tal

¹⁹ GIMENO SENDRA Vicente. op. cit. pp247

²⁰DE PABLO CONTRERAS Pedro y otros. op. cit. pp183.

procedimiento y que cualquier persona está facultada para poner en su conocimiento la existencia de causas de incapacitación, pero no para presentar la demanda.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en la Sentencia 681/2004 de 7 de julio de 2004 negó la legitimación para solicitar la incapacitación de una sobrina carnal de la presunta incapaz. Esta sentencia fue dictada en relación con la regulación anterior de la LEC, partiendo de lo establecido en el artículo 202 del Código Civil, pero las bases que sentó esta sentencia es de aplicación a la situación actual.

Esta sentencia establece que *“el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida por el artículo 24.1 de la Constitución Legislación citada CE art. 24.1 de todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos es de configuración legal, como en infinidad de ocasiones ha declarado el Tribunal Constitucional, y en consecuencia cabe su restricción normativa en determinadas materias por más que en la demanda se invoque, e incluso en el proceso se justifique, un interés que en abstracto pueda considerarse legítimo pero que la ley no ha configurado como tal”*.²¹

“Al establecerse de forma tasada la relación de parentesco que ha de ligar al presunto incapaz con el legitimado activamente para promover la incapacitación, no puede aceptarse la legitimación de otros parientes en grado diferente al dispuesto por dicho precepto imperativo”.²²

Conviene señalar que el artículo 757.1 de la LEC consiste en la regla general, sin embargo, existen excepciones, como por ejemplo los supuestos en los que se pretende la promoción de la incapacitación de menores de edad, en cuyo caso se restringe la legitimación activa únicamente a quienes ostentan la patria potestad o la tutela (Artículo 757.4 LEC).

Esto se puede apreciar claramente en la sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional 85/2017, de 3 de julio donde se puede leer que el padre del presunto incapaz, interpone demanda solicitando la apertura de un procedimiento en el que se declare incapaz a su hijo, el cual padece una enfermedad mental que conlleva consecuencias también físicas, que le impiden gobernarse por sí mismo.

Esto se detalla claramente en el siguiente texto literal de la sentencia:

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 681/2004 de 7 de julio de 2004

²² DUTREY GUANTES Yolanda y otros. op. cit. Cap. 7. C. procedimiento de incapacitación. 2937.

*“La Procuradora doña María Josefa Fernández Piñeiro, actuando en nombre y representación de don R.M.P., interpuso ante el Juzgado Decano de Ponteareas escrito sucinto de demanda de fecha 23 de septiembre de 2014, instando la apertura de procedimiento para la declaración de incapacidad de su hijo, don J.M.F, nacido el 9 de marzo de 1979, con quien el actor y su esposa —madre del demandado— conviven en el mismo domicilio. Del demandado dice el escrito que “debido al Síndrome de Down sufre un retraso mental medio que le supone una disminución de su capacidad tanto orgánica como funcional de más de un 70 por 100, tal y como así determinó la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales de la Xunta de Galicia en resolución de 6/03/1997 [...] Debido a lo anterior el demandado precisa ayuda y supervisión de terceras personas para las actividades de la vida diaria y para la administración de sus bienes puesto que no es capaz de gobernar su persona y bienes, siendo las personas más idóneas para prestar esta ayuda y supervisión su madre Dña. B.F.S. y su padre mi representado”.*²³

3.2.2. Posición del presunto incapaz

Cuando hacemos referencia a la expresión de “*personación del demandado*” del artículo 758 de la LEC, estamos haciendo referencia al “*presunto incapaz*” como persona con legitimación pasiva en este procedimiento.

Se establece en el artículo 758.1 de la LEC, que “*el presunto incapaz [...] puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación*”. Esto es así porque se encuentra en pleno ejercicio de sus derechos civiles y debe de concedérsele la oportunidad para que se persone y actúe en el proceso como parte.

El precepto continúa afirmando que “*será defendido por el ministerio público, si este no es el que ha promovido el proceso de incapacitación y el presunto incapaz no actúa por sí mismo.*”²⁴

Es decir, se establecen tres posibles casos en los que siempre es considerado el “demandado o presunto incapaz” como sujeto pasivo:

- ❖ Cuando comparezca por sí mismo.
- ❖ Cuando lo haga en su nombre el Ministerio Fiscal.
- ❖ Cuando comparezca en su nombre el defensor judicial que el Letrado de la Administración de Justicia le nombre.

²³ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 85/2017, de 3 de julio de 2017

²⁴ MELÓN MUÑOZ Alfonso y otros. op. cit. Cap 17. Sección 1. Cuestiones comunes. Cap 17. Sección 1. Cuestiones comunes. A.2. 5164

La Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2017 de 3 de julio hace referencia expresa a esto:

“En particular, en los procesos sobre capacidad de las personas y con cita de nuevo de la STC 7/2011, la cual a su vez se apoya en disposiciones contenidas en instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos, y en particular los de las personas con discapacidad, destacamos que la intervención necesaria de abogado y procurador para ambas partes supone una exigencia estructural de esta clase de proceso y que, en caso de incomparecencia del demandado, el órgano judicial debe nombrarle un defensor judicial, conforme a la ley, que podría ser el Ministerio Fiscal, en los términos de los arts. 758 LEC y 299 bis del Código civil [STC 31/2017, FJ 2 b)]”²⁵

En la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 3923/2017, de 8 de noviembre de 2017, se produce la tercera de tales posibilidades, es decir, como el Ministerio Fiscal es la parte actora, se debe de proceder al nombramiento de un defensor judicial que actúe en defensa de los intereses de la presunta incapaz, Elsa:

“El Fiscal [...] interpuso demanda de juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias adecuados y efectivos para el ejercicio de D.ª Elsa [...]”

El Instituto Tutelar de Bizkaia que asumió la defensa judicial en el presente proceso de incapacidad contra D.ª Elsa [...]”²⁶

Por consiguiente, de tal artículo podemos deducir que su finalidad es la de evitar que el procedimiento se realice sin la presencia del presunto incapaz. Se prevé así mismo la posibilidad de que este no cuente con la capacidad de hecho o natural para comparecer con su propia defensa y representación, en cuyo caso, será el Ministerio Fiscal o un defensor judicial el que se ocupe de las mismas.

Es importante señalar que no es admisible que los parientes del presunto incapaz, con independencia del grado de parentesco, sean sujetos pasivos o demandados en el proceso de incapacitación. Todo ello *“sin perjuicio de que hayan de ser oídos en el proceso, careciendo de legitimación para intervenir en su condición de partes demandadas”²⁷*. Los parientes del presunto incapaz, en el procedimiento, pueden ser considerados como terceros con derecho o

²⁵ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 85/2017, de 3 de julio de 2017

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 3923/2017, de 8 de noviembre de 2017

²⁷ DUTREY GUANTES Yolanda y otros. op. cit. Cap 7. C. Legitimación pasiva. 2943.

interés en el mismo, siempre y cuando acrediten tales derechos o intereses directos y legítimos en el resultado del proceso de incapacitación.

Podemos mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense 119/2019. Previamente, con fecha 16 de enero de 2019 se estimó la demanda formulada por el Ministerio Fiscal, declarándose la incapacidad absoluta de doña Trinidad. El 12 de marzo de 2019 se desestimó el recurso de apelación interpuesto por don Juan Pedro, doña Rocío y doña Sabina; en base a su falta de legitimación.

Se formuló recurso de queja alegando infracción del artículo 757 de la LEC, afirmando que como descendientes de la incapacitada podían ser parte en el procedimiento. Los argumentos para la desestimación del recurso fueron los siguientes:

Se produce una remisión a los artículos 757 y 758 de la LEC donde se establece tanto la legitimación activa como la pasiva. De igual modo, en la sentencia se remarca la imposibilidad de intervención de personas que no fueron en un inicio demandantes, puesto que una vez interpuesta la demanda e incoado el procedimiento, la parte activa queda delimitada.

En el presente recurso se niega de forma absoluta la legitimación del hijo de la incapaz, ya que la promoción del proceso por el que se declara la incapacitación no fue incoado por él sino por el Ministerio Fiscal.

Por otro lado se establece de forma contundente la negación de don Juan como parte pasiva, puesto que se ha demostrado que otras personas que no sean el presunto incapaz no pueden ostentar la legitimación pasiva.

“En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1995 rechaza la posibilidad de dirigir la demanda contra los familiares del presunto incapaz, aunque los mismos deban de ser oídos por el Juez en el procedimiento.”²⁸

No parece razonable aceptar la posibilidad del desistimiento por parte del presunto incapaz que promovió la declaración; ni una situación de rebeldía, puesto que la no comparecencia del sujeto pasivo en estos casos es automáticamente suplida por la actuación del Fiscal o de un Defensor judicial que asume la defensa y representación del demandado.

²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense 119/2019. de 16 de enero de 2019

Cabe la posibilidad de que el presunto incapaz sea la parte activa del proceso y que, como consecuencia de su negativa a aceptar las medidas restrictivas de su capacidad, el Ministerio Fiscal deba de intervenir para defenderle en el proceso.

3.2.3. Intervención del Ministerio Fiscal

El artículo 749 de la LEC, dispone que en este tipo de procesos sea siempre parte el Ministerio Fiscal. *Esta intervención “lo será, unas veces, como parte procesal necesaria, actuando en defensa del interés general (art. 749.1. LEC), y otras, como representante legal de incapaces, menores y ausentes, actuando en defensa de los intereses de esas personas (art.749.2. LEC).”*²⁹

Podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala Segunda, 22/2016 de 15 de febrero, en la que podemos leer lo siguiente:

*“La doctrina de referencia resulta trasladable al proceso de internamiento involuntario por trastorno psíquico que nos ocupa pues, como afirma el Fiscal ante este Tribunal Constitucional en su escrito de demanda, el Ministerio Fiscal “intervino como parte necesaria en el proceso a quo precisamente en su condición de defensor de los derechos fundamentales en juego”. Debe tenerse en cuenta que el art. 749.1 LEC señala de manera clara que en los procesos “sobre capacidad de las personas...será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada”. El precepto no hace distinción dentro de los distintos procesos sobre capacidad que regula la ley procesal, y el art. 763 LEC se incluye al final, pero dentro, del capítulo correspondiente a todos ellos. En el procedimiento de internamiento involuntario se conoce de la posible merma de la capacidad de obrar de una persona, aunque sea transitoria, por causa de un trastorno mental, y su protección a través de la medida específica de tratamiento en un centro con medios y personal adecuados.”*³⁰

Cabe así concluir que se cumple el presupuesto subjetivo de la legitimación del Fiscal ante este Tribunal [...]”

Se impone de forma subsidiaria al Ministerio Fiscal, el deber de promoción de la incapacitación para el caso en que las personas mencionadas anteriormente con legitimación activa no existiesen o no lo hubieren solicitado.

²⁹FLORES MATÍES José: *GPS Procesal Civil*. Tirant lo Blanch. 2020. pp 1213.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala Segunda, 22/2016 de 15 de febrero

Con esta finalidad, se faculta a cualquier persona, sea o no familiar del presunto incapaz, para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal cualquier hecho relevante o determinante de la incapacitación. De igual forma se impone la obligación a las autoridades o funcionarios públicos que con motivo de sus cargos tengan conocimiento de alguna de tales circunstancias, para que lo pongan en conocimiento del Ministerio público.

Por consiguiente tanto el Ministerio Fiscal, como el presunto incapaz, y los familiares de estos, son los únicos que ostentan la legitimación activa. Ni otros familiares o allegados, ni las autoridades o funcionarios públicos, tienen capacidad para formular demanda de incapacitación, sin perjuicio de la posibilidad que ofrece la ley de que estas personas puedan poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de posibles causas de incapacitación, y que, una vez realizadas las pertinentes comprobaciones, promueva la declaración de incapacitación de acuerdo a lo establecido en el artículo 757.2 de la LEC.

Señalar, que para el caso de la solicitud de declaración de incapacitación para un menor, solo tendrá legitimación activa para promoverla, quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, siempre y cuando puedan actuar por sí mismos o en representación del menor. Esta norma excluye claramente la legitimación del Ministerio Fiscal para la promoción de la incapacitación de un menor de edad.

En estos casos el Ministerio Fiscal limitará su actuación para el caso en que por sí mismo o por intervención de otras personas o autoridades tuviera conocimiento de información relevante para la declaración, a la investigación de existencia de progenitores o tutores, así como de causas para, en su caso, no instar la incapacidad.

En la sentencia a la que nos hemos referido anteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 3923/2017, de 8 de noviembre de 2017, se puede observar como en este caso el Ministerio Fiscal es la parte legitimada activamente para promover la declaración de incapacidad, eso sí, a instancia de un vecino de la afectada, cuando dice literalmente:

“El Fiscal, a instancia de D. Anselmo, vecino de la demandada, interpuso demanda de juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias adecuados y efectivos para el ejercicio de D.ª Elsa”³¹

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 3923/2017, de 8 de noviembre de 2017

El presunto incapaz puede comparecer en el proceso por medio de sus propios Procurador y Abogado. Solamente para el caso en que estos no hayan sido nombrados, será el Ministerio Fiscal quien ostente la representación y defensa, siempre y cuando no haya sido el promotor del proceso.

3.3. MEDIDAS CAUTELARES

3.3.1. Caracteres

La regulación de un conjunto de medidas cautelares en la LEC, no excluye medidas específicas en algunos procesos civiles especiales. Este tratamiento legal diferenciado viene motivado por la inclusión de medidas personales para, tal y como se establece en el artículo 762.1 de la LEC, “la adecuada protección del presunto incapaz”, siendo medidas distintas de las medidas cautelares “típicas”, cuyo contenido es patrimonial, siendo estas incluso en ocasiones una mera sustitución.

Las medidas previstas en el artículo 762 de la LEC responden a finalidades tuitivas, asegurando la persona del presunto incapaz, así como de sus bienes. Este interés público de protección es añadido a la finalidad común de todas las medidas cautelares en todos los procedimientos de asegurarse la ejecución de la futura sentencia.

Las medidas cautelares posibles de ser adoptadas en este tipo de procesos sobre la capacidad de las personas ha de reunir las siguientes características:

“1.ª Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

2.ª No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado” (Art. 762. LEC)

3.3.2. Tipos de medidas cautelares

“El tribunal, de oficio o a instancia de parte, adoptará las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz y de su patrimonio”³². En lo concerniente a la adopción de tales medidas, ha de acudirse a las normas generales establecidas en los art 734 a 736 de la LEC.

³² FLORES MATÍES José. op. cit. pp 1234.

Para este tipo de procedimientos, se está admitiendo la posibilidad de que el Juzgador actúe de oficio cuando tenga conocimiento de la necesidad de protección de un posible incapaz. Con esto se establece una excepción a la regla general de “necesaria instancia de parte” para el establecimiento de medidas cautelares.

Esto no quiere decir que el Tribunal de oficio pueda promover un proceso de incapacitación, puesto que, esto está expresamente prohibido por el artículo 762.1, en relación con el artículo 757 sobre la legitimación activa. El Tribunal que tenga conocimiento de posibles causas de incapacitación, únicamente deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, no quedando éste vinculado este por la petición del órgano jurisdiccional, sino que solamente procederá a la promoción de tal procedimiento para el caso en que lo estime procedente.

El tribunal tiene facultad para acordar medidas cautelares en cualquier momento del procedimiento, siempre y cuando se entiendan necesarias y proporcionadas. Es importante destacar que el Ministerio Fiscal también tiene la facultad para la solicitud al tribunal de medidas cautelares, facultad que forma parte de su deber de promoción de los procesos de incapacitación.

En este tipo de procedimientos, tendrá la consideración de medidas cautelares cualquier actuación que tenga como objetivo la protección establecida en el artículo 762.1 LEC; es decir, siempre que las medidas sean necesarias para la protección de la persona del presunto incapaz o de su patrimonio.

Otras medidas que también deben ser declaradas como cautelares, que pueden ser adoptadas tanto previamente a la demanda como durante la duración del proceso pueden ser:

- ❖ *“La declaración de prodigalidad, como mecanismo para evitarse la frustración de la virtualidad de la sentencia*
- ❖ *El cese o modificación de la sentencia de incapacitación*
- ❖ *El internamiento no voluntario por razón de trastornos psíquicos transitorios con fines puramente asistenciales, cuya adopción puede tener lugar incluso al margen del proceso para la declaración de incapacitación por enfermedad mental permanente.”³³.*

³³ GIMENO SENDRA Vicente. op. cit. pp 245.

Internamiento que se encuentra regulado en el artículo 763 de la LEC, se refiere a internamientos de personas que no tienen capacidad para decidirlo por sí mismas aunque se encuentren bajo tutela o patria potestad de otra.

En todo caso requiere autorización judicial, el Tribunal antes de decretar el internamiento debe oír previamente al afectado, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona cuya declaración se considere relevante.

*“El tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado”*³⁴. Todo ello sin perjuicio de la realización de cualquier otra prueba que estime conveniente.

Sólo de manera excepcional la autorización judicial puede producirse posteriormente a tal internamiento, siempre que su justificación sea por razones de urgencia.

Tal y como se afirma en la Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala Primera. 132/2016, de 18 de julio de 2016 *“El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico es una medida privativa de libertad, que comporta una afectación del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) y se encuentra sujeta a las garantías previstas tanto por el art. 763 LEC como por el art. 5, apartados 1 e) y 4 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH), y el art. 9.1 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, según la interpretación dada a este precepto por el Comité de Derechos Humanos de la ONU. La doctrina del Tribunal Constitucional ha destacado la incidencia de esta modalidad de internamiento sobre el derecho fundamental del art. 17.1 CE (se citan las SSTC 104/1990, FJ 2; 129/1999, FJ 2; 131/2010, FJ 2; 132/2010, FJ 2, y 141/2012, FJ 3), mientras que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige que el procedimiento respete los principios que dimanen de la noción de proceso justo del art. 6.1 CEDH (se citan las SSTEDH asuntos Wassink c. Holanda, de 27 de septiembre de 1990, § 24; Benham c. Reino Unido, 10 junio 1996, § 40; S. c. Estonia, de 4 octubre 2011, § 41, y Winterwerp c. Holanda, de 24 de octubre 1979, §§ 44 y 60).*

Afirma seguidamente que el procedimiento del art. 763 LEC y, por tanto, la exigencia de autorización o control judicial del internamiento, se vienen aplicando de forma habitual en los casos de ingresos en centros o unidades psiquiátricas, con una finalidad curativa o de tratamiento temporal de la enfermedad mental, cuando a causa de su salud mental la persona no se encuentra en condiciones de decidir

³⁴ IBERLEY COLEX: “Regulación de las diferentes fases en las que se divide el procedimiento de incapacitación de las personas”, 2017

por sí misma. Es precisamente la situación de discapacidad psíquica o mental de la persona la que torna en ineludible la exigencia de autorización (previa) o ratificación judicial (posterior) de su ingreso. Conforme a esta premisa no hay razón alguna por la que deba prescindirse de este control judicial cuando el ingreso se lleva a cabo en centros sociosanitarios o geriátricos, ante la imposibilidad de que la persona ingresada pueda cubrir fuera del entorno residencial sus necesidades más elementales, a consecuencia del deterioro cognitivo que padece. Lo verdaderamente relevante, a efectos de exigir el control judicial, no es el tipo de centro o unidad en donde tiene lugar el ingreso, ni su finalidad (curativa, terapéutica o asistencial), ni siquiera su vocación temporal o permanente, sino la clase de trastorno psíquico que sufre la persona; que la misma no se encuentre en condiciones de decidir por sí misma, como dispone expresamente el citado art. 763 LEC, que habla de “centro”, sin ningún calificativo más: no lo restringe, por tanto, a los centros o unidades psiquiátricas.”³⁵

Para el caso de los menores de edad inmersos en un procedimiento de estas características, el internamiento se realizará siempre en un centro de salud mental, previo informe de los servicios de asistencia a menor, acorde con su edad.

Es importante reseñar que en todas las actuaciones la persona inmersa en el procedimiento contará con la representación y defensa oportuna. Cuando se acuerde el internamiento, a los facultativos se les impondrá la obligación de informar periódicamente (cada seis meses salvo que el tribunal acuerde un plazo inferior) acerca del estado del interno y de la conveniencia del mantenimiento o no de la medida adoptada.

En relación con el internamiento es relevante señalar lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala Segunda, 34/2016, de 29 de febrero de 2016 cuando se afirma:

“las medidas cautelares que se pueden adoptar parten de la base de la situación de libertad del afectado, sin que quepa una convalidación del internamiento fuera del plazo que previene la ley, 72 horas desde el internamiento[...] El plazo ha de considerarse improrrogable”³⁶

Entre otras medidas de protección que se pueden adoptar podemos encontrar según las necesidades del caso:

- ❖ Nombramiento de un administrador para sus bienes

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala Primera, 132/2016, de 18 de julio de 2016

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala Segunda, 34/2016, de 29 de febrero de 2016

- ❖ Intervención de sus cuentas corrientes
- ❖ Nombramiento de un defensor
- ❖ Anotación del procedimiento de incapacitación en el Registro Civil o de la Propiedad.

La sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 282/2009 de 29 de abril de 2009, ha destacado que "*... la incapacitación, con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y por tanto, se toma en su beneficio y no en el de familiares o de otras personas del entorno...el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación ... sólo en los casos de falta de capacidad deberá tomarse la medida más drástica, que implica representación...*"³⁷

3.3.3. Tramitación

Las medidas cautelares pueden ser adoptadas en cualquier momento del procedimiento. Podemos clasificar su adopción en función de la interposición de la demanda de incapacitación

- ❖ Medidas cautelares solicitadas antes de la demanda:

Cabe la posibilidad de una demanda previa de medidas provisionales. Si estas son adoptadas, tienen un plazo de caducidad de 30 días naturales para el caso en que no llegase a interponerse la demanda de incapacitación.

*“Cuando el tribunal competente para conocer del proceso de incapacitación, tenga conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacitación respecto de una determinada persona, incoará de oficio el oportuno proceso cautelar y adoptar las medidas que considera necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio.”*³⁸

El plus de protección que conllevan este tipo de medidas se puede observar en la actuación de oficio de los tribunales, tanto al inicio como durante el procedimiento, además de en la intervención del Ministerio Fiscal como promotor de las medidas y defensor o representante de la persona inmersa en este procedimiento y de la legalidad del mismo.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 282/2009 de 29 de abril de 2009

³⁸ FLORES MATÍES José. op. cit. pp 1235.

Esto queda ilustrado con la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 34/2016, de 29 de febrero de 2016 donde dice:

“sí sería posible que el M. Fiscal instara medidas cautelares del art. 762 de la L.E.C., si bien hay que tener en cuenta que se trata de medidas sólo posibles cuando se aprecie en la persona una posible causa de incapacitación, por lo que aunque sea en fase posterior debería iniciarse un proceso de incapacitación para la adecuada y definitiva protección de los intereses del presunto incapaz”.³⁹

❖ Después de la demanda

Una vez que se ha procedido a la iniciación del proceso de incapacitación, se pueden adoptar este tipo de medidas, de oficio o a instancia de parte, independientemente del estado del proceso; en cuyo caso, el Tribunal que conoce de la causa es el que ha de resolver en relación de las mismas.

Durante el proceso de incapacitación, las partes del mismo, ya sea en el escrito de demanda o en escrito posterior, pueden solicitar la adopción de medidas cautelares.

En el caso del internamiento no voluntario, para el establecimiento de estas medidas es necesaria la previa audiencia de la persona afectada, los familiares legitimados para la promoción del procedimiento; y del Ministerio Fiscal.

Con independencia de estas particularidades, siempre que no se opongan a lo establecido en el artículo 762, se rigen por las normas establecidas para las medidas cautelares generales recogidas en los artículos 734, 735 y 736 LEC. En todo caso es perceptiva la audiencia del presunto incapaz.

3.4. PRUEBA

En materia de prueba rigen las reglas establecidas en el artículo 748 a 755 LEC.

En el artículo 759 LEC se señalan las singularidades del mismo en materia probatoria, las cuales no solo insisten en el respeto del principio de inmediación de prueba, sino que se impone al Juez tres obligaciones en el ámbito de la práctica de la prueba, para dotar al proceso de las máximas garantías legales:

- ❖ *“oír a los parientes más próximos siendo el tribunal quien decidirá la extensión de los que deben ser objeto de audiencia*

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala Segunda, 34/2016, de 29 de febrero de 2016

- ❖ *Oír al presunto incapaz en tanto la percepción directa es ineludible en estos casos*
- ❖ Las mismas son perceptivas tanto para la decisión de la cuestión misma de la incapacitación, cuanto para la decisión acerca de la persona que haya de representar al incapaz”⁴⁰

Además de estas, el juez “*acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por la ley.*”⁴¹

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 183/2020, de fecha 26 de febrero de 2020 se produce la declarándose la nulidad de las actuaciones por infracción procesal.

“El artículo 759 de la LEC impone, con carácter preceptivo , al Juzgador no sólo el reconocimiento del presunto incapaz sino también la audiencia de los parientes más próximos habiendo considerado la jurisprudencia que la ausencia de dicho trámite constituye un defecto no subsanable determinante de la nulidad de la sentencia (Tribunal Supremo, sentencia de 4 de marzo de 2000, al considerar que " es uniforme y consolidada doctrina la que de la inobservancia de los trámites esenciales y previos a toda declaración de incapacidad, en cuanto cuestión de orden público, de trascendencia constitucional, puede ser apreciada de oficio, incluso en casación".

En el presente caso, a pesar de existir parientes próximos, como es la madre así como una hermana, no se dio la preceptiva audiencia, lo que impide tener por cumplidos todos y cada uno de los requisitos exigidos para la adecuada tramitación del procedimiento que nos ocupa.”⁴²

La actividad probatoria está regida por los siguientes principios:

- ❖ Principio de investigación de oficio como actividad complementaria de las pruebas que las partes hayan aportado.

⁴⁰ ASECIO MELLADO José M^a: *Derecho Procesal Civil*. 2015.TIRANT LO BLANCH. Pp 481

⁴¹ LÓPEZ YAGÜES Verónica, CALAZA LÓPEZ Sonia, ASECIO MELLADO José María, FUENTES SORIANO Olga, RIZO GÓMEZ M^a Belén, RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ Sol, DOIG DÍAZ Yolanda, FERNÁNDEZ LÓPEZ Mercedes, CUADRADO SALINAS Carmen, OCHOA MONZÓ Virtudes: *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*. 2019. Tirant lo Blanch. Pp 238.

⁴²Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 183/2020, de fecha 26 de febrero de 2020

- ❖ Principio de búsqueda material de la verdad y la consecuente ausencia de preclusión.
- ❖ Se requiere que la práctica de la prueba se realice bajo el principio de inmediación. Según el mismo, el Juez tratará de comprobar directamente por sí mismo el estado del presunto incapaz.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 658/2017 de 28 de marzo de 2017 se puede leer lo siguiente: *“De la misma forma y en virtud de la discrecionalidad dejada al órgano judicial por el legislador, la sentencia podrá modificar la capacidad de obrar de una determinada persona, sólo en parte, de forma gradual, dependiendo de la intensidad de la deficiencia y enfermedad que padezca y el grado de discernimiento o de la aptitud de gobernarse por sí mismo que el juez haya apreciado en el incapacitado y no de la concreta figura que le haya sido solicitada. El principio dispositivo del proceso civil cede aquí ante la necesidad de investigar la verdad real, en razón de la importante cuestión sometida a decisión jurisdiccional, hasta el punto que conforme al art. 752 de la LEC se ha introducido un cierto principio inquisitivo, pues los Jueces, sin perjuicio de las pruebas practicadas a instancia de parte podrán practicar de oficio las que consideren pertinentes.”*⁴³

El juez puede decretar de oficio la práctica de tantas pruebas como estime necesarias, con esto, se pretende el establecimiento de un mecanismo que impida la declaración de incapacitación injusta de personas que por diversas causas no pueden defenderse.

Así mismo, debe de dar audiencia a las personas allegadas y el dictamen de especialistas psiquiátricos y médicos es fundamental en este tipo de procesos.

Hasta tal punto es relevante la intervención de estos facultativos, que no podrá llevarse a cabo ninguna incapacitación sin previo dictamen pericial médico, todo ello sin perjuicio de que los mismos no vinculan al juzgador en la toma de su decisión final.

El juez lo que hará será tomar en consideración estos informes, valorándolos y determinando las consecuencias jurídicas que acarrearán. El informe pericial debe de ser trasladado a las partes del proceso, la omisión del mismo supone la nulidad de las actuaciones.

⁴³Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 658/2017 de 28 de marzo de 2017

Para la determinación del tutor o curador, tema muy problemático en ocasiones, se establecen una serie de pruebas regidas por los anteriores principios consistentes en la audiencia de:

- ❖ Del presunto incapaz si estuviese dotado del suficiente juicio y capacidad para la misma.
- ❖ Los parientes más próximos del presunto incapaz.
- ❖ De las personas que se consideren oportunas por el Tribunal.

Esto se establece en el artículo 759.2 de la LEC, recogiendo una jurisprudencia en la que se afirmaba la posibilidad del nombramiento de aquella persona o personas que deban de asistir y representar a la persona objeto de este procedimiento, cuando así se solicitaba sin necesidad de acudir a posteriores trámites de la jurisdicción voluntaria.

El carácter obligatorio de estas pruebas se establece en el artículo 759.3 al establecer que *“en caso de apelación se ordenará nueva práctica de estas pruebas “preceptivas” en la segunda instancia”*.⁴⁴

Respecto de la repetición de las pruebas cuando haya tenido lugar un recurso de casación, solo será llevado a cabo siempre y cuando haya habido un cambio en el criterio del Tribunal de apelación.

3.5. SENTENCIA Y RECURSOS

3.5.1. Efectos

La sentencia que declara la incapacidad de una persona tiene naturaleza constitutiva, puesto que una vez constatadas las causas del artículo 200 del CC, se produce un cambio en el estado civil de la persona. Se pasa a ser considerada como persona incapacitada judicialmente, quedando limitada su capacidad de obrar a los límites y extensión fijados en la propia sentencia.

Los efectos derivados de la sentencia tienen lugar desde el momento en que esta adquiere firmeza.

En lo relacionado con su contenido, la sentencia debe de pronunciarse sobre:

⁴⁴GIMENO SENDRA Vicente. op. cit. pp 251.

- ❖ La decisión relativa a la incapacitación, es decir, si se declara o no, así como las causas que la originan.
- ❖ La extensión y límites de la incapacitación: *“si la misma es total o parcial, precisando en este último caso a qué aspecto de la autonomía personal del incapacitado afecta, sea en el ámbito personal o en el patrimonial, así como los actos que el incapaz puede realizar por sí y aquellos para los que precisa la intervención de la persona que haya de asistirle o representarle, incluyendo, cuando así proceda, lo relativo al tratamiento médico o toma de medicación”*⁴⁵

Deben señalarse los actos para cuya realización se reconoce la capacidad de la persona y aquellos que quedan afectados por la sentencia.

El juez deberá limitar la capacidad en lo estrictamente necesario para la protección del propio incapaz o terceros afectados

- ❖ Régimen de tutela o guarda a la que queda sujeto el incapacitado.

La Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil, 2759/2016 de 16 de mayo de 2017 recuerda que *“el sistema de apoyos a que alude la Convención [sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta Sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio y más recientemente en sentencia 530/2017, de 27 de septiembre).”*⁴⁶

- ❖ Internamiento del incapacitado si esto se hubiese solicitado en la demanda
- ❖ Nombramiento de la persona o personas que ostenten la representación o la asistencia de la persona judicialmente incapacitada.

En la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Manzanares, con fecha 15 de diciembre de 2017 podemos leer lo siguiente:

⁴⁵ FLORES MATÍES José. op. cit. Pp 1234.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala primera de lo civil, 2759/2016 de 16 de mayo de 2017

"Fallo. Estimo la demanda formulada por el Ministerio Fiscal, y declaro la incapacidad absoluta de Dña. Ramona quedando sometida al régimen de tutela, para cuyo cargo se designa a su esposo D. Arcadio quien deberá aceptar el cargo; y con los efectos de privación a la incapacitada de la facultad de testar y realización de actos de administración económica complejos; al derecho de tenencia y porte de armas, al derecho de conducir vehículos a motor. Sin hacer especial declaración sobre las costas causadas".

La declaración de incapacitación implica lo siguiente:

- ❖ Privación de la capacidad de obrar necesaria para la realización de los actos restringidos por la propia sentencia.
- ❖ Establecimiento de un sistema que pretenda la defensa del incapacitado.

El representante legal o el curador de la persona judicialmente incapacitada, o él mismo en caso de revocación de la sentencia de incapacitación, podrán impugnar un acto celebrado contraviniendo lo establecido en la sentencia. No cabe que, con el fin de mantener la validez de lo actuado, se alegue prueba de ninguna clase para demostrar que en el momento de la celebración del mismo, el incapacitado contaba con plena lucidez mental.

Se pretende la defensa del incapacitado bastando la alegación de incapacitación para la impugnación de los actor realizados durante la misma.

Pero conviene puntualizar que los contratos celebrados por el incapacitado no son nulos de pleno derecho, sino que son anulables.

Sin embargo, también se admite la posibilidad de acción por parte de quienes contrataron con el enfermo, pudiendo pedir la nulidad absoluta de los actuado cuando quede probado que se encontraba en un momento de enajenación mental, de locura, es decir, de carencia de la razón necesaria para llevar a cabo el contrato. Esta acción no tiene un límite temporal para su ejercicio.

- ❖ Al margen de la sentencia queda la realización de determinados actos, que por tener un carácter personalísimo, la ley permite su realización por la persona incapacitada siempre y cuando cuente con la capacidad necesaria para ello.

Un ejemplo de estos actos sería:

- Celebración de matrimonio válida y eficazmente
- Realización de testamento
- Reconocimiento de un hijo extramatrimonial

Conviene reseñar, que la validez de estos actos se encuentra en la aptitud del sujeto para la realización de los mismos, en concreto:

- *“Aptitud del sujeto para prestar consentimiento matrimonial.*
- *De su grado de discernimiento en el momento del reconocimiento.*
- *De su estado mental en el momento del otorgamiento del testamento”*⁴⁷

La Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo civil, 146/2018 de 15 marzo de 2018 nos ilustra claramente la posibilidad que tiene un incapacitado de realizar testamento de forma válida.

En esta sentencia *“D.^a Rosalía y D. Fermín , interpusieron demanda de Juicio ordinario en ejercicio de acción de impugnación de los testamentos otorgados en fecha de 29 de diciembre de 1993 y de 15 de octubre de 2012 por la fallecida D.^a Eufrasia ante los Notarios de Villaviciosa D. Luis Sergio González Delgado y D. Fernando Sánchez de Lamadrid Sicre”*⁴⁸

Pretenden conseguir la nulidad de los testamentos alegando que D.^a Eufrasia carecía de capacidad suficiente para el otorgamiento de los citados testamentos.

En primera instancia se decretó la nulidad de los testamentos al considerarse que la fallecida carecía de la capacidad suficiente en el momento del otorgamiento de los mismos.

Esta sentencia, fue recurrida en apelación. Quedó probado que en el presente caso el primero de los testamentos fue otorgado con anterioridad a la sentencia de modificación judicial de la capacidad, pero habiéndose instado ya por el Ministerio Fiscal el procedimiento. En cambio, el segundo testamento fue otorgado con posterioridad a la sentencia en la que la fallecida quedaba sujeta a curatela para la realización de actos de disposición.

Se alega en contra del argumento de capacidad por parte de D^a Eufrasia para el otorgamiento de testamentos, que la misma *“padecía una minusvalía que no le impedía hacer vida autónoma y desenvolverse en su vida privada con independencia y que la sentencia que la incapacitó la consideraba apta para la vida normal y cotidiana, limitando su capacidad para los actos de disposición inter vivos, no para otorgar testamento.”*

Entre las pruebas realizadas se encuentra la audiencia a su médico de cabecera y al notario, ambos de acuerdo en que a pesar de que D^a Eufrasia contaba con una capacidad intelectual por debajo de la media, era perfectamente apta para realizar testamento.

⁴⁷ DE PABLO CONTRERAS Pedro y otros. op. cit. pp149.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo civil, 146/2018 de 15 Marzo de 2018

Finalmente se concluye lo siguiente:

“Lo que revela una capacidad de juicio suficiente y una voluntad clara y coherente expresada en los testamentos, de dejar sus bienes, tanto en 1993, como cuando estaba ya diagnosticada de cáncer terminal y preveía su fin, a las personas que le prestaron su apoyo durante toda su vida y en quienes confiaba, [...] voluntad clara, inequívoca, coherente y decidida que se mantiene en el tiempo y que obliga a considerar capaz a la causante cuando otorgó el testamento en el año 2012, [...] por lo que dejamos sin efecto la declaración de nulidad de dicho testamento y también la del otorgado en el año 1993 que responde a la misma voluntad, de acuerdo con el propio informe de la demandada que señala que la capacidad de la finada debido a su enfermedad no experimentó cambios en el tiempo por lo que ha de deducirse que era la misma que en el año 2012, en aquella fecha, por todo lo cual se revoca la apelada y se desestima la demanda”.

También podemos hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 846/2018 con fecha 15 de marzo de 2018, donde se pretende la nulidad del matrimonio celebrado entre D. Álvaro y D.^a Elsa, por falta de capacidad del otorgante.

En 2006 se le diagnosticó Alzheimer y el médico forense declaró que no podía contestar preguntas sencillas como su edad o profesión.

En 2008 D. Álvaro *“quedó privado de toda facultad para realizar cualquier acto de gobierno de su persona y de administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses que tenga relevancia jurídica y sea socialmente trascendente, y específicamente para el ejercicio del derecho de sufragio y para otorgar testamento, y con sometimiento del mismo a tutela”*.⁴⁹

En 2009, D. Álvaro interpuso contra la madre de las actuales demandantes, demanda de divorcio, en este caso se plantearon cuestiones de prejudicialidad y *“en atención a la petición de incapacitación del demandante, a lo que este se opuso, y el juez acordó expresamente no suspender el procedimiento y dictó sentencia de divorcio con fecha 5 de octubre de 2009”*

El matrimonio cuya nulidad se discute tuvo lugar el 15 de enero de 2010, en la República Popular China y que fue inscrito en el Registro Civil del Consulado General de España el día 13 de mayo de 2010.

A la vista de todo lo anterior no queda suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad en este caso para la prestación del consentimiento matrimonial, de igual forma, juega a favor de su aptitud para prestarlo el hecho de que el juez que decretó el divorcio de

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 846/2018 con fecha 15 de marzo de 2018

D. Álvaro y la madre de las ahora demandantes por sentencia de 5 de octubre de 2009 lo hizo estimando la demanda interpuesta por D. Álvaro, tras descartar expresamente que la tramitación de un procedimiento de modificación de la capacidad fuera obstáculo para ello.

Además, como fundamento de la validez del matrimonio se sostiene, que durante la tramitación del procedimiento de incapacitación se tuvo en cuenta el matrimonio celebrado en 2010 ya que se descartó el sometimiento del afectado a curatela y nombrar curadora a su esposa, la demandada.

“Una vez dictada la sentencia de incapacitación no se procedió a ejercer la acción de nulidad matrimonial ni por el Ministerio Fiscal ni por la tutora, y se esperó al fallecimiento de D. Álvaro, cinco años después.

También es relevante que ni durante el procedimiento de incapacitación ni durante el tiempo transcurrido hasta el fallecimiento de D. Álvaro ni el Juez, ni el Ministerio Fiscal ni la tutora apreciaran que D. Álvaro estuviera sometido a una situación contraria a su interés y, por el contrario, se respetó su voluntad manifestada de residir en su casa con su esposa.”

Finalmente se afirmó la aptitud de D. Álvaro para contraer matrimonio, desestimándose la nulidad de este.

- ❖ Por último señalar que nos encontramos ante una sentencia que carece de efectos retroactivos, sino que sus efectos se proyectan hacia el futuro.

A pesar de esta característica, puede llegar a impugnarse con éxito la realización de actos anteriores a la misma. En este caso el fundamento se encontrará, no en la sentencia de incapacitación, *“sino la prueba de que en el momento de su celebración la persona no tenía la lucidez mental requerida para emitir un consentimiento válido”*⁵⁰

3.5.2. La gradación de la incapacitación

En la sentencia, *“se establece una gradación en la incapacitación, en función de las aptitudes de cada persona para gobernarse por sí misma.”*⁵¹ Es decir, la incapacitación declarada en la sentencia puede ser total o parcial, por eso decimos que la incapacitación es graduable. Una limitación de la capacidad de obrar solo encuentra su justificación si una persona tiene limitada su capacidad natural.

⁵⁰ DE PABLO CONTRERAS Pedro y otros. op. cit. pp150.

⁵¹ VERDERA SERVER Rafael: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho Civil I.* Tirant lo Blanch.2019. pp 282

Esta graduación de la incapacidad “*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.*”⁵² El Tribunal Supremo en sentencias de 24 de junio de 2014 y 13 de mayo de 2015 entre otras establece que las sentencias de incapacitación deben de consistir en “trajes a medida”, es decir, deben de ajustarse a las concretas necesidades de las personas inmersas en estos procedimientos. De este modo, la incapacidad solicitada y la otorgada deben de acomodarse a las necesidades de la persona demandada, remarcándose que cada persona discapacitada requiere una concreta y determinada medida de protección.

En la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, 2023/2015, de 13 de mayo de 2015 se sostiene que es necesario un conocimiento preciso por parte del Tribunal de la situación de la persona objeto del proceso de incapacitación.

“*Con carácter general, en la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera, de lo civil, 2207/2017, de 16 de mayo de 2017 se establece como doctrina de la Sala Primera de nuestro Alto Tribunal la necesidad de gradación de la modificación de la capacidad de obrar, en atención, exclusivamente, a lo que resulte más acorde y preciso para el ejercicio de los derechos de la persona, y siempre con adecuación «a sus concretas y particulares circunstancias» [doctrina reiterada, entre otras, en la STS de 27 de septiembre de 2017 (RJ 2017\5913)]*”⁵³

⁵² SANCHO GARGALLO Ignacio, BLANCK Peter, MARTINIS Jonathan G., BOENTE Walter, BOULENOUAR AZZEMOU Malika, BOUZIANE CHATAIGNER Malika, FRANZINA Pietro, GALLUS Nicole, MARTÍN AZCANO Eva María, MOISDON Sylvie, PEREÑA VICENTE Montserrat, CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO M^a del Carmen, DÍAZ ALABART Silvia, EGEA Vincent, HERAS HERNÁNDEZ María del Mar, DÍAZ PARDO Gloria, ECHEVARRÍA DE RADA Teresa, PALLARÉS NEILA Javier, ROSSI Stefano, SCHNIEDERS Christopher, SAKS Elyn, WARD Adrian D., ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES M^e Mercedes, CUADRADO PÉREZ Carlos, MEDINA ALCOZ María, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS Jesús A., NÚÑEZ NÚÑEZ María, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ Santiago: *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés. 2018. Sección tercera. Capítulo II. IV.2. personas con la capacidad modificada judicialmente. IV2.1. La imperativa gradación de la incapacitación.

⁵³ SANCHO GARGALLO Ignacio y otros. op. cit. Sección tercera. Capítulo II. IV.2. personas con la capacidad modificada judicialmente. IV2.1. La imperativa gradación de la incapacitación.

Sin embargo, en la práctica, en numerosas ocasiones las incapacitaciones no siempre se adecuan a la situación real de la persona. Con el objetivo principal de evitar esta situación, se establece la obligación de que en el informe pericial se haga referencia a las siguientes cuestiones:

- ❖ Enfermedad o deficiencia psíquica del presunto incapaz.
- ❖ La afectación a las capacidades intelectuales y/o volitivas de la persona como consecuencia de esa enfermedad.
- ❖ Efectos de la enfermedad en lo relacionado con la capacidad de autogobierno del enfermo tanto en su esfera personal como en la patrimonial.
- ❖ Delimitación de las habilidades funcionales afectadas.

Esta sentencia, además, debe señalar la institución de tutela o guarda a la que queda sometido el incapacitado, teniendo en cuenta la capacidad de la persona para gobernarse por sí misma:

- Generalmente se afirma que si el grado discernimiento es mínimo, debe de quedar sometido a tutela.

El tutor es el representante del enfermo salvo para la realización de aquellos actos para los que tenga capacidad el incapacitado, ya sea por ministro de la Ley o porque la sentencia le habilita para su realización.

Por consiguiente la sentencia puede determinar que actos pueden llevar a cabo por sí mismos y que por consiguiente, que actos quedan excluidos de la representación del tutor.

- En cambio si se determina que el grado de discernimiento es mayor, se procede al establecimiento de la curatela.

En este caso el curador asistirá al incapacitado para aquellos actos que queden fijados por la sentencia o en el caso de que no se especifiquen, para los actos enumerados en el artículo 271 y 272.

“Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapacitado y velar por él, la sentencia que incapacita nombrará a esas personas (art. 759.2 y 760.2 LEC.) Sobre esta cuestión el juez debe de oír a los parientes más próximos, al presunto incapaz si tiene suficiente juicio y a las demás personas que el tribunal considere oportuno.

Si no se solicita la constitución de la tutela o la curatela en el proceso judicial de modificación de la capacidad, para su nombramiento se seguirá lo dispuesto en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria.”⁵⁴

3.5.3. Publicidad de las resoluciones judiciales sobre incapacitación

Para todos los procesos establecidos en el Libro IV de la LEC., en el artículo 755 se establece como regla general:

“Cuando proceda, el Letrado de la Administración de Justicia acordará que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título se comuniquen de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan.

A petición de parte, se comunicarán también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso procedan.”

En su segundo párrafo hace referencia tanto al Registro de la Propiedad como al Registro Mercantil. Esto es así porque es distinto el régimen de la publicidad según se trate de un registro u otro.

La inscripción de las sentencias de modificación de la capacidad no son más que un medio probatorio y de publicidad para terceros de la misma.

- ❖ Se inscribirán en el **Registro Civil**, de oficio, tanto a petición del Ministerio Fiscal como de los parientes legitimados activamente, las siguientes sentencias:
 - Las constitutivas de la declaración de incapacitación de una persona.
 - Las modificadoras del contenido de la anterior
 - Las que extingan la situación de incapacitación.

Su inscripción deberá contener la extensión y límites así como el sistema que pretende la defensa del incapacitado. Se deberá llevar a cabo al margen de la correspondiente inscripción del nacimiento.

Cabe la posibilidad de una anotación informativa del seguimiento de un procedimiento relacionado con la capacidad de la persona.

Es importante tener en cuenta que mientras no se encuentre inscrita la sentencia de incapacitación, los actos celebrados con un tercero de buena fe, siguen manteniendo su validez.

⁵⁴ DE PABLO CONTRERAS Pedro y otros. op. cit. pp151.

“La declaración judicial de modificación de la capacidad, así como la resolución que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado.

*También se inscribirán en el registro individual de la persona con capacidad modificada judicialmente las resoluciones judiciales en las que se nombre tutor o curador.”*⁵⁵

❖ **Registro de la Propiedad**

Se procede a la inscripción de la sentencia por la que se modifica la capacidad de una persona en el folio de las fincas propiedad del incapacitado.

En la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 1654/2016, de 20 de abril de 2016, se puede apreciar como en numerosas ocasiones esta inscripción no tienen lugar provocándose numerosas consecuencias con ello.

En este caso se discute la validez de varias hipotecas formalizada en escritura pública por doña Martina y don Simón, incapaz. Sobre Don Julio pesaba una incapacitación total tanto en el orden personal como en la esfera patrimonial, quedando sometido a la tutela de su cónyuge Martina. Ambas resoluciones fueron inscritas en el Registro Civil el 21 de mayo de 2006.

Para estos casos, es necesaria una autorización judicial para poder llevar a cabo cualquier acto de disposición, y la compra de la vivienda se realizó sin la misma y sin poner de manifiesto en ningún momento su condición de incapacitado.

Sobre esta vivienda se constituyeron tres hipotecas cambiarias, nuevamente sin contar con autorización judicial. Se solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de estas hipotecas, puesto que las mismas se constituyeron encontrándose don Simón judicialmente incapacitado y sin autorización judicial. Asimismo se solicita que se condenase *“a don Alberto (adquirente posterior de la propiedad) a entregarles la posesión de la vivienda por carecer de la condición de tercero protegido por la fe pública registral a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 LH, la inscripción no pudo sanar la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, causada por la nulidad de la hipoteca que sirvió de título ejecutivo; citando, en pretendido apoyo de esta alegación, las Sentencias de esta Sala 906/2004, de 23 de septiembre, 76/2005, de 8 de febrero y 147/2009, de 6 de marzo.”*⁵⁶

⁵⁵ DE PABLO CONTRERAS Pedro y otros. op. cit. pp 159.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 1654/2016, de 20 de abril de 2016

Finalmente se sostiene que no cabe la nulidad de las hipotecas, puesto que quien consiente la intervención del incapacitado en negocios jurídicos que afectan tanto a él como a la tutora de modo personal es la propia doña Martina, quien también consiente los contratos ya referidos. En estos casos, cuando no se suministran datos sobre la incapacitación y se produzca un cambio de tutor no se pueden activar acciones civiles respecto de situaciones ya consolidadas. Consecuentemente, *“doña Martina siempre tendrá que asumir las obligaciones derivantes de su plena y capaz intervención en los contratos a que se refiere el procedimiento, al tiempo que no será ya posible acudir a la anulabilidad, en cuanto a la falta de autorización judicial para la persona que estaba sujeta a tutela por incapacitación, por haberse consentido, manifiestamente, tanto la adquisición de la vivienda.”*

❖ Registro Mercantil

En este caso se inscribirá las sentencias que modifiquen la capacidad de un empresario individual.

3.5.4. Recursos

Contra las sentencias que declaran judicialmente la incapacitación, las que declaran la plena capacidad del demandado así como las sentencias modificativas de la incapacitación, cabe el recurso de apelación y el de casación. Los recursos se resolverán ante un órgano ad quem.

*“La sentencia en los juicios de incapacitación, puede ser recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial y, en su caso, ante el Tribunal Supremo.”*⁵⁷

La legitimación para la interposición de estos recursos la ostentan aquellas personas que han sido partes en los procesos en primera instancia, y que encontraron desestimadas en todo o parte sus pretensiones provocándoles un perjuicio o gravamen.

La legitimación pasiva sigue siendo del incapacitado. Aunque en ocasiones también puede interponer recursos contra la sentencia de incapacitación, pasando a convertirse simultáneamente en parte activa y parte pasiva.

⁵⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN Antonio. op. cit. Pp.20

En relación con la apelación de sentencias de este tipo, el Tribunal de la segunda instancia debe proceder nuevamente a la valoración de las pruebas pertinentes conforme a lo establecido en el artículo 759.3 de la LEC.

*“En el recurso de apelación, la competencia es más amplia porque, además de la posible invocación de la presunción de inocencia y de cualquier defecto de forma de la sentencia, se puede combatir el relato fáctico a través de la invocación del error en la valoración de la prueba, cuya justificación no se ciñe o limita a la valoración de documentos literosuficientes. En la apelación el error puede derivarse no sólo de documentos sino de cualquier prueba y de su valoración conjunta”*⁵⁸

La posibilidad de valoración de la prueba en el recurso de Apelación encuentra su motivo en:

- Por un lado la necesaria inmediatez judicial.

Por lo tanto, no parece razonable que la Audiencia Provincial deba de fundar sus sentencias en relación con las pruebas que no podrán ser reproducidas por esta.

- Por otro, es importante también tener en cuenta que a lo largo del procedimiento, la persona objeto del proceso puede recobrar la salud o que por el contrario empeore su situación.

Y la sentencia deberá ser adecuada a la situación actual de cada persona, debiendo valorarse en cada momento tal situación.

Contra las sentencias de apelación, cabe también la interposición del recurso de casación ante el Tribunal Supremo. En este caso no se podrá llevar a cabo la realización nuevamente de las pruebas, sino que deberá tener en cuenta las llevadas a cabo tanto en primera como en segunda instancia para la fundamentación del fallo.

“En el recurso de casación la revisión del juicio fáctico se puede realizar a través del análisis de la presunción de inocencia (artículo 852), del error en la valoración de la prueba basado en documentos literosuficientes (artículo 849.2) y por defectos de forma de la sentencia (artículos 851.1º y 2º). [...]

[...]A esta Sala de casación no le corresponde formar su personal convicción tras el examen de unas pruebas que no ha presenciado y, a partir de ellas confirmar la valoración del Tribunal de instancia solo en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo civil, 1007/2019, de 26 de marzo de 2019.

legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.”⁵⁹

“También es cierto que la Sala (SSTS de 25 noviembre de 2014, Rc. 2264/2012 y 22 de enero de 2015, Rc. 1249/2013) en relación con la valoración de la prueba ha sentado que, merced a nuestro modelo procesal, el examen pleno del material fáctico objeto del proceso y de la actividad probatoria que ha servido para considerar probados dichos hechos, corresponde a los tribunales de instancia, primera y apelación; por lo que el recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Sólo cabrá su revisión casacional cuando conculque el artículo 24 de la Constitución Española por incurrir en error patente, irracionalidad o arbitrariedad.”⁶⁰

3.6. REINTEGRACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

En el artículo 761.1. de la LEC se contempla expresamente la posibilidad de que, sobrevenidas nuevas circunstancias o hechos, puedan dictarse nuevas resoluciones judiciales que tengan por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de sentencias anteriores donde quedaba establecida la incapacitación de una persona.

Las pruebas pertinentes están reguladas por las normas del proceso de incapacitación, debiendo practicarse de oficio las recogidas en el artículo 759 de la LEC.

Las personas legitimadas para iniciar estos procedimientos se encuentra regulada en el artículo 757.1 LEC:

- ❖ Las personas encargadas de la tutela o que tengan bajo su guardia a la persona judicialmente incapacitada.
- ❖ El Ministerio Fiscal.
- ❖ El propio incapacitado. En caso de hallarse privado de la posibilidad de comparecer en un juicio, deberá obtener autorización judicial expresa para poder comparecer por sí mismo en el juicio.

“Esta posibilidad no afecta para nada a los efectos de cosa juzgada de la sentencia dictada en el anterior proceso, pues se trata de la incoación de un nuevo proceso con base en nuevos hechos”⁶¹

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo civil, 1007/2019, de 26 de marzo de 2019.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo civil. 4283/2015 de 20 de octubre de 2015

⁶¹ FLORES MATÍES José. op. cit. Pp 1236.

*“La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de esta”*⁶²

La reintegración de la capacidad tiene lugar cuando la causa que motivó el proceso de incapacitación haya desaparecido.

En estos casos nos encontraremos ante un procedimiento cuyo objetivo consistirá en la restitución al incapacitado en la situación anterior a la modificación de su estado. *“Es decir, a devolverle la capacidad que por sentencia fue limitada total o parcialmente.”*⁶³

En cambio, cuando hacemos referencia a que una sentencia tiene por objeto la modificación del alcance, estamos ante una modificación del contenido de la misma. La modificación de la sentencia solo será posible cuando se haya producido una alteración en las circunstancias de la persona incapacitada judicialmente.

En estos casos el juez deberá de determinar nuevamente la extensión de los límites de la incapacitación y el sistema de representación al que queda sometido el incapaz.

Esta modificación puede ir orientada tanto a la ampliación como a la limitación de la capacidad del sujeto.

En este sentido conviene señalar la sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 2805/2018 de 18 de julio de 2018, donde nos encontramos ante un caso en el que en septiembre de 2015 se presentó demanda de juicio verbal solicitándose la determinación de la capacidad contra Doña Bernarda. Se estimó parcialmente la demanda produciendo una modificación parcial de la capacidad de obrar de la misma. Se determinó que era competente para el cuidado de la salud y administración de sus bienes en lo que no exceda de sus gastos ordinarios, fijándose la cuantía de 6.000 euros al mes de la cantidad que puede disponer sin necesidad de autorización alguna. Así mismo se nombró tutor parcial a la Agencia Madrileña para la tutela de adultos de la Comunidad de Madrid.

Esta sentencia fue recurrida en 2017 en apelación, recurso que se desestimó confirmándose la sentencia anterior.

Posteriormente se presentó recurso extraordinario de infracción procesal, el cual fue desestimado; y recurso de casación por considerarse que se estaba produciendo una vulneración de la doctrina jurisprudencial expresada sobre el régimen legal y alcance de la

⁶² DE PABLO CONTRERAS Pedro y otros. op. cit. pp 155.

⁶³ LÓPEZ YAGÜES Verónica y otros. op. cit. pp240.

incapacitación. Se afirma que en este caso nos encontramos ante una medida desproporcionada y que no se adecua a la situación real de la persona. Este fue uno de los motivos del recurso de casación y el único admitido.

Si se atiende a los hechos que han quedado probados, la medida más ajustada a la situación real de Doña Bernarda no era la tutela, consistente en la forma de apoyo más intensa aplicable para los casos en que los enfermos no pueden tomar decisiones por sí mismos ni aun con ayuda de sus representantes legales; sino la curatela, institución más flexible caracterizada por poseer un contenido de asistencia y supervisión.

En este caso, la enferma, posee capacidad de obrar en las esferas relacionadas con salud y administración de sus propios bienes en lo relacionado con su vida ordinaria, solo posee restricciones en lo concerniente a gastos extraordinarios, por lo que la sentencia procede a modificar el régimen de tutela al que estaba sometida por el de curatela, régimen más adecuado a la situación existente en su vida.

Es importante también destacar que en este caso no se nombra curador a otra persona, sino a la misma entidad que había sido designada para la tutela, por considerarse desaconsejable el nombramiento de curador a los parientes más allegados, entre los que se encontraba su hermano Ignacio.

4. CONCLUSIONES

La elaboración de este trabajo ha permitido el estudio de cada uno de los aspectos más relevantes del proceso de incapacitación judicial. Podemos afirmar que la regla general es la capacidad de las personas, esta presunción de capacidad puede ser destruida por medio de una resolución jurisdiccional y a través de este procedimiento con sus pruebas pertinentes.

Debido a la existencia un interés público en juego, puesto que se ve afectado el orden social y los derechos fundamentales de personas especialmente vulnerables, no pueden surtir efectos ni el allanamiento ni la renuncia. Para que una persona sea declarada incapaz en virtud de una resolución judicial, ha de reunir una serie de requisitos: padecimiento de una enfermedad física o psíquica que le impide el autogobierno de forma total o parcial, siendo de carácter persistente. Nos encontramos ante la nota determinante para establecer los presupuestos del procedimiento.

La incapacitación solo podrá llevarse a cabo a través de sentencia judicial una vez constatados que se reúnen los anteriores requisitos. Es importante señalar, que esta sentencia puede ser modificada o incluso dejarla sin efecto como consecuencia de un cambio o desaparición de las circunstancias que motivaron la misma.

En lo concerniente a la legitimación activa, ésta se verá limitada a una concreta relación de parentesco con el presunto incapaz, no cabiendo la posibilidad de promoción del proceso de incapacitación por otros parientes que no sean el cónyuge o persona que mantenga con el demandado una situación análoga de afectividad, los descendientes, los ascendientes y los hermanos. De igual forma también estarán legitimados activamente tanto el propio incapaz como el Ministerio Fiscal.

El tribunal, de oficio o a instancia de parte, y en cualquier momento del procedimiento, puede establecer una serie de medidas cautelares para la protección del demandado así como de su patrimonio, entre las cuales podemos encontrar la declaración de prodigalidad, la modificación o cese de la sentencia o el internamiento no voluntario.

Con este mecanismo se pretende la protección y la adecuación de la extensión de la modificación de la capacidad así como del régimen de tutela o guarda a la que queda sujeto, a la situación personal. Esto quiere decir que la incapacitación no produce iguales efectos para todas aquellas personas que sean declaradas incapaces, sino que habrán de modularse en función de las circunstancias concretas de cada caso.

Se ha señalado que la tutela consistirá en el medio de protección para aquellas personas incapaces de autogobernarse por sí mismos con un grado de discernimiento mínimo. En

estos casos el tutor asume la representación del incapaz en aquellos actos que la sentencia determine que no puede realizar por sí mismo.

El tutor es aquella persona física o jurídica, designada por la autoridad judicial, a la cual se le encomienda el cuidado del judicialmente incapacitado y la gestión de su patrimonio. Así mismo ostenta su representación legal en todos aquellos actos que no pueda realizar por sí solo, actuando y firmando en su nombre. Su principal obligación es la de velar por los intereses del tutelado.

Para el caso en que el incapaz realice alguna de estas actuaciones sin la correspondiente asistencia del tutor, estos actos serán declarados nulos y por tanto carecerán de validez alguna.

La actuación del tutor está sometida a control por los tribunales con el fin de proteger y evitar cualquier perjuicio que pueda sufrir el tutelado.

Por otro lado, la curatela se reserva para aquellas personas cuyo grado de discernimiento es mayor. El curador asiste al incapacitado judicialmente para los actos fijados en la sentencia o en su defecto para los establecidos en la ley.

En relación con las pruebas que han de practicarse, cobra especial relevancia el hecho de que el legislador haya establecido una serie de pruebas que han de llevarse a cabo de forma obligatoria, dejando de este modo a un lado el principio dispositivo y primando la oficialidad.

Asimismo el principio de inmediación constituye una regla a observar en materia de incapacitación, pudiendo practicarse las pruebas tanto en primera instancia como en el recurso de apelación. En cambio, como se ha afirmado en este trabajo, el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia, por lo que no se admite la posibilidad de una nueva práctica de las mismas.

En lo concerniente a la sentencia, el juez puede incluir nuevos hechos, siempre que hayan sido discutidos durante el proceso.

Las resoluciones dictadas deberán inscribirse en los Registros públicos correspondientes, constituyendo un medio probatorio de la nueva situación de incapacidad y de publicidad para terceros.

Contra esta sentencia de incapacitación cabe la interposición del recurso de apelación y de casación. La legitimación la ostentan aquellos que han sido parte en los procesos en primera instancia cuyas pretensiones, en todo o en parte, han sido desestimadas. La legitimación pasiva sigue siendo del incapaz.

Las sentencias que tengan por objetivo dejar sin efecto la incapacidad establecida previamente deberán de pronunciarse sobre la procedencia o no de dejar sin efecto la incapacitación o sobre la conveniencia de modificar la extensión de la misma.

Finalmente, la reintegración de la capacidad tiene como objetivo el restablecimiento del incapaz a la situación anterior a la modificación de la capacidad en la que se encontraba. En cambio cuando hacemos referencia a una sentencia que pretende la modificación de la extensión y límites de la capacidad, estamos refiriéndonos a sentencias que pretenden la modificación del contenido de aquella que declara la incapacitación judicial. En este último caso se debe de pronunciar sobre la nueva extensión y límites de la incapacitación, pudiendo producirse tanto la ampliación de la capacidad de la persona como la limitación de la misma.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ✓ ASECIO MELLADO José M^a: *Derecho Procesal Civil*. Tirant lo blanch. 2015.
- ✓ BANACLOCHE Palao J: “Comentario al artículo 756 de la LEC” en *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*. 2001.
- ✓ CERRADA MORENO Manuel: *La incapacitación: cuestiones problemáticas del proceso civil de declaración a la luz de la jurisprudencia*. 2010, accesible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4562-la-incapacitacion:-cuestiones-problematicas-del-proceso-civil-de-declaracion-a-la-luz-de-la-jurisprudencia/>
- ✓ DE PABLO CONTRERAS Pedro, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ Carlos, PEREZ ÁLVAREZ Miguel Angel, PARRA LUCÁN María Ángeles: *Curso de Derecho Civil (I). Volumen II. Derecho de la Persona*. Edisofer S.L. Libros Jurídicos.
- ✓ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 2016.
- ✓ DUTREY GUANTES Yolanda, FERRER SAMA José Luis, GARCÍA CARRERES María Rosa, GARCÍA LLORENTE María Ángeles, GAVILÁN LÓPEZ Jesús, HINOJAL LÓPEZ Silvia, SALVADOR GUTIÉRREZ Susana, SÁNCHEZ VIDANES Carmen, SANZ-DIEZ DE ULZURRUN Jaime, TRINCHANT BLASCO Carlos: *Memento Práctico Francis Lefebvre Familia (Civil)*. 2018.
- ✓ FERNÁNDEZ DE BUJÁN Antonio: “Capacidad, discapacidad, incapacitación. Modificación judicial de la capacidad.” *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*. N°23. 2011.
- ✓ FLORES MATÍES José: *GPS Procesal Civil*. Tirant lo Blanch. 2020
- ✓ GIMENO SENDRA Vicente: *Derecho Procesal Civil II. Los procesos especiales*. Castillo De Luna Ediciones Jurídicas. 2016.
- ✓ IBERLEY COLEX: *Regulación de las diferentes fases en las que se divide el procedimiento de incapacitación de las personas*, 2017, accesible en: <https://www.iberley.es/temas/procedimiento-incapacitacion-personas-55791>
- ✓ LASARTE CARLOS: *Parte General y Derecho de la persona. Principios de Derecho Civil I*. Vigésimoquinta Edición. Marcial Pons. 2019.
- ✓ LÓPEZ YAGÜES Verónica, CALAZA LÓPEZ Sonia, ASECIO MELLADO José María, FUENTES SORIANO Olga, RIZO GÓMEZ M^a Belén, RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ Sol, DOIG DÍAZ Yolanda, FERNÁNDEZ LÓPEZ

- Mercedes, CUADRADO SALINAS Carmen, OCHOA MONZÓ Virtudes: *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. 2019.
- ✓ MELÓN MUÑOZ Alfonso, MARTÍN NIETO Paloma, GÓMARA HERNÁNDEZ José Luis, MELÓN PARDO Carlos, CORTAJARENA MANCHADO Andoni, VEGA LABELLA José Ignacio, RUIGÓMEZ MOMENE Adolfo, SERRANO DE TOLEDO Luis G., JIMÉNEZ BONILLA Salvador, ALONSO DE LEONARDO-CONDE Adolfo, VILAS ÁLVAREZ David, LASHERAS HERRERO Pilar, MARTÍNEZ SOTO Silvia, GONZÁLEZ Juan José: *Memento Práctico Francis Lefebvre Procesal Civil*. Francis LEFEBVRE. 2019. Cap 17. Sección 1. Cuestiones comunes.
 - ✓ MELÓN MUÑOZ Alfonso, MARTÍN NIETO Paloma, GÓMARA HERNÁNDEZ José Luis, MELÓN PARDO Carlos, CORTAJARENA MANCHADO Andoni, VEGA LABELLA José Ignacio, RUIGÓMEZ MOMENE Adolfo, SERRANO DE TOLEDO Luis G., JIMÉNEZ BONILLA Salvador, ALONSO DE LEONARDO-CONDE Adolfo, VILAS ÁLVAREZ David, LASHERAS HERRERO Pilar, MARTÍNEZ SOTO Silvia, GONZÁLEZ Juan José: *Memento Práctico Francis Lefebvre Procesal Civil*. 2020.
 - ✓ PÉREZ Rosa M., MACPHERSON Ana, CUSI Victoria, RAMOS Josep: *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*. Fundación Víctor Grífols i Lucas. 2016. Accesible en: <https://www.fundaciogrifols.org/documents/4662337/11652801/incapacitacion/2e1c202b-019a-4248-9168-38a27c97c25c>
 - ✓ SÁNCHEZ CALERO Francisco Javier, MORENO QUESADA Bernardo, GONZÁLEZ PORRAS José Manuel, OSSORIO SERRANO Juan Miguel, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN Julia, GONZÁLEZ GARCÍA José, OROZCO PARDO Guillermo, RODRÍGUEZ MARÍN Concepción, MATEO SANZ Jacobo B, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS Blanca: *Curso de derecho civil i. parte general y derecho de la persona*. Tirant Lo Blanch. 2019.
 - ✓ SANCHO GARGALLO Ignacio, BLANCK Peter, MARTINIS Jonathan G., BOENTE Walter, BOULENOUAR AZZEMOU Malika, BOUZIANE CHATAIGNER Malika, FRANZINA Pietro, GALLUS Nicole, MARTÍN AZCANO Eva María, MOISDON Sylvie, PEREÑA VICENTE Montserrat, CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO M^a del Carmen, DÍAZ ALABART Silvia, EGEA Vincent, HERAS HERNÁNDEZ María del Mar, DÍAZ PARDO Gloria, ECHEVARRÍA DE RADA Teresa, PALLARÉS NEILA Javier, ROSSI Stefano, SCHNIEDERS

Christopher, SAKS Elyn, WARD Adrian D., ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES M^a Mercedes, CUADRADO PÉREZ Carlos, MEDINA ALCOZ María, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS Jesús A., NÚÑEZ NÚÑEZ María, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ Santiago: *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Dykinson, S.L. 2018.

- ✓ VERDERA SERVER Rafael: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho Civil I*. Tirant lo Blanch.2019.

6. JURISPRUDENCIA

❖ Tribunal Constitucional:

- ✓ Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala Primera 85/2017, de 3 de julio de 2017
- ✓ Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala Primera. 132/2016, de 18 de julio de 2016
- ✓ Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala Segunda, 34/2016, de 29 de febrero de 2016
- ✓ Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala Segunda, 22/2016 de 15 de febrero de 2016

❖ Tribunal Supremo:

- ✓ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 1007/2019, de 26 de marzo de 2019.
- ✓ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil, 146/2018, de 15 marzo de 2018
- ✓ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 846/2018, de 15 de marzo de 2018
- ✓ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 2805/2018, de 18 de julio de 2018
- ✓ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera, de lo Civil, 2207/2017, de 16 de mayo de 2017
- ✓ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil, 2759/2016 de 16 de mayo de 2017

- ✓ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 3923/2017, de 8 de noviembre de 2017
- ✓ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 1654/2016, de 20 de abril de 2016
- ✓ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, 2023/2015, de 13 de mayo de 2015
- ✓ Sentencia del Tribunal Supremo, en su Sala de lo Civil, 4283/2015, de 20 de octubre de 2015.
- ✓ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, 282/2009, de 29 de abril de 2009
- ✓ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 681/2004, de 7 de julio de 2004
- ❖ Audiencia Provincial:
 - ✓ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 183/2020, de 26 de febrero de 2020
 - ✓ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense 119/2019, de 16 de enero de 2019
 - ✓ Sentencia de la Audiencia Provincial Islas Baleares 2776/2019, de 12 de Diciembre de 2019.
 - ✓ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 658/2017, de 28 de marzo de 2017
 - ✓ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 1704/2000, de 29 de julio de 2002.
- ❖ Juzgado De Primera Instancia:
 - ✓ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Manzanares, de 15 de diciembre de 2017