



Roj: **STS 3770/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3770**

Id Cendoj: **28079110012021100687**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2021**

Nº de Recurso: **305/2021**

Nº de Resolución: **706/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 706/2021

Fecha de sentencia: 19/10/2021

Tipo de **procedimiento**: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del **procedimiento**: 305/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/10/2021

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

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 24.ª

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

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 305/2021

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 706/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 19 de octubre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Carlos Alberto y D.ª Carmen, representados por la procuradora D.ª Constanza, que también actúa en su propio nombre, bajo la dirección letrada de D. José M.ª Trincado Aznar; el recurso extraordinario por infracción

procesal y el recurso de casación interpuestos por D.^a Enma , representada por la procuradora D.^a Amaya Castillo Gayo, bajo la dirección letrada de D. Adolfo Santiago Sierra; y el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.^a Flora , representada por el procurador D. Antonio Ortega Fuentes, bajo la dirección letrada de D.^a Constanza Boullosa Mirelis; todos ellos contra la sentencia n.º 597, dictada por la Sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 1422/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 183/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid. Han sido parte recurrida las mismas partes recurrentes y D. Damaso , representado por la procuradora D.^a M.^a Dolores Arcos Gómez y bajo la dirección letrada de D. Jaime Salazar Roncero. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El Ministerio Fiscal promovió demanda de juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de **apoyo** y salvaguardias, adecuados y efectivos para su ejercicio respecto a D.^a Enma , solicitando que se dictara sentencia:

"[...] determinando los extremos objeto de este **procedimiento** arriba indicados, lo que comportará, teniendo como base la concreción de las habilidades conservadas:

1.- La **fijación** precisa de la extensión de su capacidad jurídica.

2.- Los medios de **apoyo** que se desprendan como más idóneos para la conservación de la capacidad jurídica arriba determinada: Tutela, Curatela, Defensor **Judicial**, Régimen de Guarda, o cualquier otro medio de **apoyo** adecuado.

3.- Los actos a los que se refiera su intervención, cuando así proceda; debiéndose nombrar la persona que haya de asistirle o representarle y velar por él, conforme a lo dispuesto en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el art. 759.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo establecido en el Libro Primero, título X, Capítulo I, II, III, IV y V del CC, relativos a la Tutela, Curatela, Defensor **Judicial** y Guardador de hecho. Nombramiento que habrá de recaer en la AMTA.

4.- Las salvaguardias adecuadas y efectivas para asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, y finalmente que sean proporcionales ya adaptadas a sus circunstancias personales".

2.- El escrito fue presentado el 5 de diciembre de 2014, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid, se registró con el n.º 2090/14. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Amaya Castillo Gallo, en representación de D.^a Enma , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

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

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

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

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

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

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

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

Y con fecha 15 de febrero de 2017 dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es como sigue:

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

"Acuerdo: que en todos los casos en que se hace referencia a D^{ña} Enma , debe entenderse que es D^{ña} Virginia .

Y el apartado segundo de hechos probados:

Acuerdo: "D^{ña} Virginia , padece DETERIORO COGNITIVO LEVE MODERADO, POR DEMENCIA SENIL Y SÍNDROME DEPRESIVO".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones de D. Carlos Alberto , D.^a Carmen y D.^a Constanza , y de D.^a Enma .

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1422/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 10 de julio de 2018, cuya parte dispositiva dispone:

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

TERCERO .- *Interposición y tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de los recursos de casación*

1.- La procuradora D.^a Constanza , en su propio nombre y en representación de D. Carlos Alberto y D.^a Carmen , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

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

El motivo del recurso de casación fue:

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

La procuradora D.^a Amaya Castillo Gallo, en representación de D.^a Enma , también interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

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

El motivo del recurso de casación fue:

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

Y también interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación el procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en representación de D.^a Flora .

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Artículo 469.1.2º LEC. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia por vulneración del artículo 218, apartados 1 y 2 LEC. Falta de motivación. Lesión del derecho reconocido en el art. 24 CE. Indefensión.

Segundo.- Artículo 469.1, 4º LEC. Error patente en la apreciación de la prueba. Lesión del derecho reconocido en el art. 24 CE. Indefensión.



Tercero.- Artículo 469.1, 3º LEC. Infracción de norma legal que rige los actos y garantías del proceso, determinante de la nulidad conforme al artículo 225 LEC. Vulneración del artículos 7 LEC, 267 y 271.6º CC. Lesión del derecho reconocido en el art. 24 CE. Indefensión.

Cuarto.- Artículo 469.1, 3º LEC. Infracción de norma legal que rige los actos y garantías del proceso, determinante de la nulidad conforme al artículo 225,3º LEC y 283,3º LOPJ. Vulneración de los artículos 43, 206, 208 y 453 LEC. Lesión del derecho reconocido en el art. 24 CE. Indefensión".

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Conforme al artículo 477.1 LEC, por infracción de los artículos 234, 236 y 4.3 CC y al amparo del artículo 477.2.3 por concurrir interés casacional, al oponerse la sentencia recurrida a la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 16 de junio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por las representaciones procesales de D.ª Enma , de D. Carlos Alberto , D.ª Carmen y D.ª Constanza y de D.ª Flora , contra la sentencia dictada, con fecha 6 de julio de 2020, aclarada por auto de 7 de septiembre de 2020, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 1422/2017, dimanante del **procedimiento** sobre modificación de la capacidad de obrar n.º 2090/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid.

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

Contra esta resolución no cabe recurso".

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición. La procuradora D.ª Constanza , en su propio nombre y como representación procesal de D. Carlos Alberto y D.ª Carmen la presentó respecto a los recursos formulados por la representación de D.ª Flora ; la representación de D.ª Enma formalizó oposición a los recursos formulados por D.ª Flora ; la representación de D. Damaso , así mismo presentó oposición a los recursos formulados por D.ª Carmen y D. Carlos Alberto , y también al formulado por D.ª Virginia ; y, por último, la representación de D.ª Flora se opuso a los recurso formulados por las demás partes recurrentes.

4.- Por providencia de 22 de julio de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, señalándose para votación y fallo el día 14 de septiembre del presente.

El Ministerio Fiscal formuló el correspondiente dictamen.

5.- Visto el dictamen del Ministerio Fiscal, por providencia de 8 de septiembre del presente se acordó oír a las partes sobre los efectos de la Disposición Transitoria 6.ª de la Ley 8/2021, de 2 de junio, trámite que fue evacuado por todas las partes personadas; y se acordó la suspensión de la deliberación que estaba señalada para el 14 de septiembre de 2021, quedando fijada para el 5 del octubre del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

1.- El Ministerio Fiscal, con fecha 5 de diciembre de 2014, interpuso demanda de determinación de la capacidad y medidas de **apoyo** con respecto a D.ª Enma , a solicitud de tres de sus seis hijos, concretamente de D.ª Valentina , D.ª Flora y D. Damaso .

2.- D.ª Virginia otorgó testamento abierto de fecha 5 de febrero de 2015, en el cual, en su cláusula cuarta, consta:

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



3.- Seguido el juicio, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid, en la que se declaró a la demandada D.^a Virginia incapaz para regir su persona y bienes, sometiéndola al régimen de tutela, designando tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos.

4.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso apelación por los otros tres hijos de D.^a Virginia, concretamente por D.^a Carmen, D. Carlos Alberto, representados por la otra hermana, D.^a Constanza, en su condición de procuradora de los tribunales, actuando también en nombre propio, así como por la declarada incapaz D.^a Enma, siendo el único punto debatido el concerniente al nombramiento como tutora de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, interesándose la atribución de la función tutelar a uno de los hijos de la incapacitada previamente designados por ésta.

5.- La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, consideró que era el deseo de la demandada, así como de sus hijos que fuera la familia y no una institución pública la que asumiera la tutela; pero dado que tres de los referidos hijos D. Carlos Alberto, D.^a Carmen y D.^a Constanza se llevan muy bien entre sí y regular con los otros tres, D. Damaso, D.^a Flora y D.^a Valentina, siendo que éstos tres se llevan muy bien entre sí, era lo más conveniente nombrar como tutores mancomunados a D. Carlos Alberto y a D. Damaso, que son los más citados y considerados más idóneos, en el bien entendido, que han de hacerlo bien y llevarse bien entre ellos por el bien de su madre.

6. Contra dicha resolución **judicial** se interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y casación, que fueron resueltos por la sentencia de esta Sala 1.^a del Tribunal Supremo, 465/2019, de 17 de septiembre, en la cual se decretó la nulidad y se dejó sin efecto la sentencia de la Audiencia por falta de motivación suficiente, con devolución de las actuaciones a los efectos de que se justificasen las razones por mor de las cuales el beneficio de D.^a Virginia exigía prescindir de su voluntad exteriorizada y preferente en la designación de tutor en los términos indicados.

En la precitada sentencia se razonó:

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

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

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

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

7. Devueltas las actuaciones a la Audiencia Provincial, se dicta nueva sentencia de 6 de julio de 2020, con reproducción, en esencia, de los mismos argumentos de la sentencia anulada, y así se señala, en su fundamento de derecho segundo, que:

"[...] si bien debe añadirse en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 465/2019; casación n.º 5199/2018, de fecha 17 de septiembre de 2019 que ya el órgano **judicial** "a quo", el Juzgado de lo



Instancia nº 65 de Madrid, ayudado por el privilegiado principio de intermediación, y en base al informe elaborado por el Equipo psicosocial adscrito al Juzgado no consideró a la designada en testamento, a doña Constanza idónea para el cargo de tutora de la incapacitada (folio 855 de las actuaciones) y por el conflicto familiar de los hijos de la demandada incapacitada, consideró más conveniente de tutor nombrar a la Agencia Madrileña Para la Tutela de Adultos.

El Ministerio Fiscal, en este punto al folio 272 de las actuaciones y en informe de fecha 9 de abril de 2018, pide la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia, es decir, pide de tutora a la Agencia Madrileña Para la Tutela de Adultos.

Esta Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, en virtud de lo dispuesto en el artículo 759/3 de la L.E.C. de manera imperativa, oyó a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinó a éste por sí mismo y acordó los dictámenes periciales necesarios. En esta parcela de la LEC, el recurso de apelación pierde su originaria naturaleza para convertirse la alzada en una segunda instancia donde se gozó del privilegiado principio de intermediación y quedó claro que la demandada-incapacitada, doña Enma, no quería que se nombrase tutora a la Agencia Madrileña Para la Tutela de Adultos; en sus propias palabras, no quería que se nombrase de tutora a asociación pública o privada. La Juzgadora de instancia nombró al A.M.T.A. y el Ministerio Fiscal pidió esta confirmación. Se insiste, esta Sección, a la vista de lo que antecede, consideró más conveniente y a la vista de la inidoneidad de la designada en testamento tutora, doña Virginia, consideró, se insiste, más conveniente, de entre los dos grupos de hermanos, elegir de cada uno de ellos al que todos hablaban bien de él y ello en la forma que se indicó en la sentencia de esta Sección de fecha 10 de julio de 2018 y en el bien entendido que los elegidos lo harán bien porque es cargo supervisado y controlado por el Ministerio Fiscal y, órgano **judicial** al cual se deberán rendir cuentas temporales y final; se deberá pedir permiso para actuaciones que exceden de la administración normal; pueden los tutores ser removidos si se conducen mal en el ejercicio de la tutela en vía penal o civil, etc.. Esto es lo que se quiso decir y se dijo en la sentencia dictada de 10 de julio de 2018; el A.M.T.A. no lo quería la demandada incapacitada y la elegida tutora mediante testamento fue considerada, en principio, inidónea por el equipo técnico psicosocial adscrito al Juzgado y por el órgano **judicial** de la primera instancia".

8. Contra dicha sentencia se vuelve a recurrir tanto en recurso extraordinario por infracción procesal como casación.

SEGUNDO.- *Recurso extraordinario por infracción procesal*

2.1 *La falta de motivación de la sentencia de la Audiencia*

El primero de los motivos por infracción procesal es común a todas las partes recurrentes, así en el interpuesto conjuntamente por los hermanos D.^a Virginia, D. Carlos Alberto y D.^a Carmen, en el formulado por la demandada D.^a Virginia, y en el correspondiente a D.^a Flora, los cuales se fundamentan en la falta de motivación de la sentencia recurrida, al amparo del art. 469.1. 2º de la LEC, en relación con el art. 218.2 de la referida disposición general y art. 24 CE.

Comoquiera que el motivo del recurso es común a todas las partes recurrentes es susceptible de un tratamiento conjunto, al obedecer a la misma causa.

2.2 *Las exigencias del deber constitucional de motivar las resoluciones **judiciales***

La motivación de las resoluciones **judiciales** constituye una manifestación del derecho a la tutela **judicial** efectiva que proclama el art. 24.1 de la CE. Se corresponde con el derecho de todas las personas a obtener una respuesta fundada de los tribunales de justicia, al tiempo que constituye una expresión de la sujeción de los jueces al imperio de la ley, en el ejercicio de sus exclusivas funciones jurisdiccionales (art. 117.1 CE).

Esta exigencia de motivación, consagrada normativamente en los arts. 120.3 de la Carta Magna y 218.2 de la LEC, cumple tres funciones fundamentales en un Estado de Derecho, cuales son: garantizar la aplicación de la ley al margen de cualquier clase de arbitrariedad, comprobando que la resolución **judicial** que zanja el conflicto responde a una razonada aplicación del ordenamiento jurídico (art. 9.3 CE); permitir el control jurisdiccional interno a través del régimen legal de los recursos preestablecidos, y la consideración de la persona como centro del sistema merecedora de explicaciones dimanantes de la Administración de Justicia, de manera tal que tenga constancia de las razones por mor de las cuales se estiman o desestiman sus pretensiones (sentencias 465/2019, de 17 de septiembre y 438/2021, de 22 de junio, entre otras).

La motivación ha de ser manifestación suficiente de la justificación causal del fallo, mediante la expresión de las razones de hecho y de Derecho que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión tomada, al margen de que satisfaga o no los intereses y pretensiones de las partes (sentencias del Tribunal Constitucional - SSTC- 14/91, 28/94, 153/95 y 33/96 y sentencias de esta Sala 889/2010, de 12 de enero



de 2011 y 465/2019, de 17 de septiembre, entre otras). En consecuencia, se vulnera tan ineludible exigencia, cuando no hay motivación -carencia total-, o cuando es completamente insuficiente, también cuando la motivación está desconectada con la realidad de lo actuado o da lugar a un resultado desproporcionado o paradójico (sentencia 180/2011, de 17 de marzo).

En el sentido expuesto, el juicio de motivación suficiente hay que realizarlo valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso enjuiciado (SSTC 66/2009, de 9 de marzo, y 114/2009, de 14 de mayo entre otras). No puede ser apreciado apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el proceso concreto para determinar, a la vista de las circunstancias concurrentes, si se ha cumplido o no con tan esencial requisito de las resoluciones **judiciales** (por todas, SSTC 2/1997, de 13 de enero, F. 3 y 139/2000, de 29 de mayo, F. 4 y STS 464/2019, de 17 de septiembre).

2.3. La conexión del deber de motivar con las circunstancias fácticas y jurídicas debatidas en el proceso

El juicio de motivación suficiente es circunstancial, por lo que habrá de ponerse en conexión con las particularidades fácticas y jurídicas que concurren en cada caso, habrá de hallarse necesariamente conectado con lo que constituya la cuestión jurídica que se debata en juicio, vinculado a los específicos puntos objeto de debate sometidos a consideración **judicial** en el proceso, con respecto a los cuales habrá de determinarse si existe una fundamentación que satisfaga las necesidades de una efectiva motivación, y no puramente formal o voluntarista.

Pues bien, las circunstancias concurrentes consisten en que la demandada, al amparo del art. 223 II CC, en documento público notarial, procedió a la designación de la persona que, en condición de tutora, asumiera su cuidado en el caso de que fuera necesario, con expresión de su deseo de que fueran, por este orden, sus hijos D.^a Virginia , en primer término; en su defecto, D. Carlos Alberto ; y, en tercer lugar, D.^a Carmen . Igualmente manifestó que no deseaba que sus otros tres hijos asumieran tal función, ni tampoco ninguna asociación tutelar de naturaleza pública o privada.

Sobre tal cuestión, en la sentencia 465/2019, de 17 de septiembre, dictada en el proceso anterior seguido entre las mismas partes, señalamos al respecto que:

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

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

Es cierto, que el Código Civil permitía alterar o incluso prescindir de todas las personas designadas por el propio tutelado, bajo la redacción del entonces vigente art. 234.1º, pero bajo un doble condicionamiento, que concurren circunstancias que así lo justifiquen, pues la regla general es respetar el orden preestablecido, así como que tales razones resulten debidamente explicitadas en la resolución **judicial** que así lo acuerde, con una motivación suficiente. Sobre esta exigencia de motivar adecuadamente un nombramiento, que se aparte de tal orden legal, ya se había pronunciado esta sala en las sentencias 504/2012, de 17 de julio; 341/2014, de 1 de julio; 635/2015, de 19 de noviembre; 373/2016, de 3 de junio y 465/2019, de 17 de septiembre.

Precisamente, el respeto que merece la voluntad de la persona que requiere medidas de **apoyo** determinó que la sentencia 487/2014, de 30 de septiembre, otorgara preferencia a su voluntad sobre la elección de curador en la persona de su hijo, frente al nombramiento de la hija acordado en la sentencia de la Audiencia Provincial, que se casó, en consideración a los arts. 223 y 234 CC, del Real Decreto Ley 1/2013, y también del art. 3 del Convenio, relativo a la necesidad de respetar "la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones".

En la anterior sentencia 465/2019, de 17 de septiembre, de este tribunal, se anuló la primera sentencia dictada por la Audiencia Provincial, en este mismo **procedimiento**, ya que carecía de fundamentación suficiente, toda vez que no se explicaban los motivos en virtud de los cuales se prescindía de la designación de tutor realizada por D.^a Virginia ; ni se expresaban las poderosas razones para que su hija del mismo nombre, con la que convive y se ocupa de sus cuidados, se considerase inidónea para el ejercicio de tal cargo; así como, tampoco, se explicaba la exclusión de los otros hermanos igualmente designados, por orden sucesivo, a tales efectos. Y, por último, no se exteriorizaban los concretos argumentos que determinaban que el beneficio de D.^a Virginia requiriese prescindir de sus deseos y preferencias para constituir una tutela mancomunada, atribuida a los dos



hijos varones de la recurrente -uno de ellos además expresamente excluido de tal función por la madre-, cuando el conflicto existente entre hermanos hará además sumamente dificultosa la adecuada y fluida gestión de sus intereses personales y patrimoniales; puesto que, como advertía el Ministerio Fiscal, en el anterior proceso, podría eventualmente bloquear el ejercicio de la tutela, lo que es contrario a los intereses de la tutelada.

2.4 Estimación del motivo del recurso

Pues bien, decretada la nulidad de la sentencia, para que el tribunal provincial tuviera oportunidad de explicar las razones para adoptar la decisión de prescindir de la voluntad de la demandada, concluimos, ahora, que las mismas son muy pobres, contradictorias y carentes de la justificación debida. Como señala el Ministerio Fiscal, la decisión adoptada no contiene una explicación suficiente y clara de las razones que han llevado a prescindir de la voluntad de la persona con discapacidad.

En efecto, en primer lugar, corresponde a los tribunales de justicia, y no a los servicios psicosociales, determinar la idoneidad de una persona para el ejercicio del cargo de curadora. Los dictámenes de tal clase aportan la información oportuna para que los tribunales de justicia adopten la decisión correspondiente, ya que son éstos y no aquellos equipos, a los que compete, de forma exclusiva, el ejercicio de la jurisdicción.

La sentencia de esta Sala de 5 de enero de 2007 (rec. 121/2000), delimita los recíprocos ámbitos de actuación de juez y perito, sentando como pautas: a) que la función del perito es la de auxiliar al Juez, sin privar a éste de su facultad, dimanante de la potestad **judicial** de valorar el dictamen presentado; b) que, en tal función, el juzgador está sujeto al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica y a la obligación de motivar las sentencias.

Pues bien, la resolución recurrida no exterioriza las razones, que necesariamente debían concurrir, para prescindir de la persona designada, en primer lugar, por la demandada, para el ejercicio del cargo de tutora (actualmente curadora), es decir a la hija D.^a Virginia, con la que convive desde hace años y asume de facto el papel de cuidadora principal, sin que baste al respecto la mera remisión, sin valoración crítica alguna, al informe elaborado por los servicios psicosociales, que dan una simple opinión, que debe ser apreciada críticamente, y, además, en el marco propio de las connotaciones jurídicas del proceso, lo que no se hace por la Audiencia.

En segundo lugar, la argumentación del tribunal provincial es contradictoria; pues si se considera vinculante la voluntad de la madre, exteriorizada en su exploración **judicial**, para prescindir de la tutela institucional acordada por el juzgado de primera instancia, no tiene sentido que prescinda de sus deseos o preferencias con respecto a las personas designadas como tutoras.

En cualquier caso, de considerar que la hija D.^a Virginia, elegida preferentemente, no reunía las condiciones necesarias para ejercer las funciones tutelares, debían ser nombrados, por el orden preestablecido, en segundo lugar, el hijo D. Carlos Alberto, al que la propia Audiencia considera apto para el ejercicio del cargo, al designarlo tutor mancomunado conjuntamente con su otro hermano D. Damaso, e incluso, de considerar incompetente también a D. Carlos Alberto, le correspondería, en tercer lugar, la tutela a la hija D.^a Carmen, con respecto a la cual ningún razonamiento, para desligarla del ejercicio de dicho cargo, contempla la sentencia recurrida.

Tampoco dicha resolución contiene, en su fundamentación jurídica, argumento alguno sobre las razones por las cuales prescinde de nuevo de la voluntad de la madre, que no quiere que sus otros tres hijos desempeñen las funciones de **apoyo**. Lejos de ello, la audiencia designa para el ejercicio de tal cargo, mancomunadamente, al hijo D. Damaso, expresamente descartado por su progenitora.

La tutela constituida por la Audiencia, dadas las malas relaciones existentes entre los hermanos, conllevará a predecibles enfrentamientos entre ellos, que entorpecerán la unidad de actuación, que requiere el ejercicio de un cargo de tal naturaleza, máxime cuando no se indica el beneficio que generará a la demandada.

En definitiva, la argumentación de la sentencia recurrida es pobre, insuficiente y desligada de las circunstancias del proceso, amparada en el razonamiento inasumible de que como hay dos grupos de tres hermanos, que se lleven bien entre sí y mal con los otros tres, adopta la salomónica decisión de designar a una persona de cada grupo, prescindiendo de la voluntad, deseos o preferencias de la demandada. Como igualmente lo es la invocación de la regla general del control institucional del ejercicio de la tutela mancomunada, que no introduce ningún elemento diferenciador al ser común a las medidas **judiciales** de **apoyo** (art. 270 CC). Tampoco conforma motivación, la abstracta invocación del principio de inmediatez, que no puede servir de pretexto para adoptar cualquier clase de decisión, en tanto en cuanto es un instrumento de proximidad para la mejor valoración de lo actuado, pero que no exime del deber constitucional de motivar la decisión, en conexión a las concretas circunstancias fácticas y jurídicas del proceso.

La jurisprudencia de esta Sala, antes expresada, exigía, para prescindir de la autotutela y del orden legal preestablecido por el art. 234 CC, en su redacción precedente, una motivación reforzada de la que carece



manifiestamente la sentencia recurrida, que deviene en este caso inexistente, con respecto a las circunstancias del pleito, lo que determina la estimación de este primer motivo de infracción procesal.

2.5 Consecuencias de la estimación del motivo del recurso

Pues bien, teniendo en cuenta que la sentencia de la Audiencia carece de motivación, insistiendo en los mismos defectos ya apreciados, procede asumir el conocimiento del proceso, que se llevará a efecto, al analizar el recurso de casación interpuesto, máxime dada la urgencia que impone la determinación de la persona que prestara los **apoyos** para que la demandada ejercite su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, y dado lo normado en la Disposición Final 16, regla 7.ª de la LEC y art. 24 de la Constitución.

TERCERO.- Examen de los otros motivos por infracción procesal esgrimidos por la recurrente D.ª Flora

Esta recurrente no había interpuesto recurso alguno desde que se inició el proceso civil de **fijación** de medidas **judiciales de apoyo**, entonces de modificación de la capacidad, el 5 de diciembre de 2014. No obstante, al anularse la resolución de la Audiencia, por sentencia de esta Sala 465/2019, de 17 de septiembre, y dictarse la nueva sentencia por parte de aquel tribunal provincial con el número 583/2020, de 6 de julio, interpone este recurso, así como el de casación.

3.1 Examen del primer motivo por infracción procesal

Los motivos por infracción procesal formulados son cuatro, el primero de ellos, relativo a la falta de motivación, ya fue examinado, con lo que nos remitimos a lo razonado al respecto.

3.2 El segundo motivo por infracción procesal

El segundo de ellos, se formula, al amparo del art. 469.1. 4º LEC, por error patente en la apreciación de la prueba, con infracción del art. 24 CE. En su desarrollo, se hace referencia al informe del equipo psicosocial, que se muestra partidario de la tutela institucional fijada por el juzgado.

Es cierto que los tribunales proscriben la valoración irracional de las pruebas, concebidas como instrumentos de demostración de las afirmaciones fácticas de las partes. En la tesitura expuesta, nuestro Tribunal Constitucional admite que la temática de la prueba se encuentre afectada por el derecho fundamental a la tutela **judicial** efectiva (sentencia del Tribunal Constitucional 50/1988, 357/1993, 246/1994, 110/1995, 1/1996, de 15 de enero y más recientemente 61/2019, de 6 de mayo, entre otras).

Es reiterado criterio jurisprudencial, el que señala que los recursos extraordinarios no abren una tercera instancia, dado que la casación exige el respeto a los hechos probados y el recurso por infracción procesal no contempla, entre sus motivos tasados, el error valorativo de la prueba.

No obstante, de forma excepcional, se admite el control del material fáctico del proceso en los específicos supuestos de la existencia de un error patente o arbitrariedad en la apreciación probatoria, o por la concreta infracción de una norma legal tasada de valoración de la prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, no se supere el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela **judicial** efectiva, reconocido en el art. 24 de la Constitución (sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo; 7/2020, de 8 de enero, 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre; 681/2020, de 15 de diciembre; 141/2021, de 15 de marzo y 456/2021, de 28 de junio, entre otras muchas).

Por su parte, las sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero y 208/2019, de 5 de abril, proclaman que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones **judiciales**.

El error valorativo que se alega, en este caso, tiene como finalidad obtener un pronunciamiento **judicial** que refrende el mantenimiento de la decisión del juzgado, que acordó una tutela institucional por parte de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, fundado en el informe del equipo psicosocial.

Ahora bien, la circunstancia de que la Audiencia revocase la decisión del juzgado, con fundamento en la prevalencia de la voluntad de D.ª Virginia , expresada en su exploración **judicial**, al manifestar no querer una tutela pública, como así se razona por la sentencia del tribunal provincial, que incluso hace referencia a la voluntad en tal sentido de los hijos de la demandada, no conforma el error patente, manifiesto y arbitrario, que determine el acogimiento de la infracción procesal objeto del recurso.



Todo ello, además, sin perjuicio de lo que se dirá al analizar el recurso de casación interpuesto, y sin que exista una vinculación obligada a los informes de naturaleza pericial.

3.3 El tercer motivo por infracción procesal

Este motivo se formula, al amparo del art. 469.1. 3º de la LEC, por infracción de norma legal que rige los actos y garantías del proceso, determinante de la nulidad conforme al art. 225 LEC, vulneración del art. 7 de la LEC, 267 y 271.6 CC, art. 24.1 CE. Se señala que la demandada carecía de capacidad procesal para recurrir en función de la modificación de la capacidad declarada.

No podemos aceptar este argumento, la demandada venía estando asistida de letrado durante la sustanciación del **procedimiento** que seguía abierto al decretarse la nulidad de la sentencia de la Audiencia. Es indiscutible su interés legítimo para ejercer el derecho de defensa y hacer valer su autotutela, sin que exista un pronunciamiento específico al respecto de limitación de tal derecho. En cualquier caso, el motivo de su recurso es igual al de los esgrimidos por sus hijos, también recurrentes, D.^a Virginia, D. Carlos Alberto y D.^a Carmen, lo que, en cualquier caso, permitiría su consideración por parte de este tribunal.

3.4 El cuarto motivo por infracción procesal

En esta ocasión, se fundamenta el recurso, al amparo del art. 469.1. 3º de la LEC, por infracción de norma legal, que rige los actos y garantías del proceso, determinante de nulidad conforme al art. 225.3º de la LEC y 238.3 LOPJ, con vulneración de los arts. 43, 206, 208 y 453 LEC y 24 CE.

En su formulación, la recurrente sostiene que concurre infracción procesal, puesto que se resolvió la petición de suspensión del **procedimiento**, por cuestión prejudicial civil, a través de una providencia denegatoria, y no por auto como procedía en derecho.

La cita de la doctrina dimanante de la STC 15/2005, de 31 de enero, sirve para desestimar el recurso, y así, en dicha resolución, se razona:

"[...] hemos de recordar, una vez más (por todas STC 6/2003, de 20 de enero), que "este Tribunal ha rechazado reiteradamente la identificación entre defecto o irregularidad procesal e indefensión, pues no toda infracción procesal es causante de la vulneración del derecho contemplado en el art. 24.1 CE, sino que sólo alcanza tal relevancia aquélla que, por anular las posibilidades de alegación, defensa y prueba, cause una verdadera y real indefensión de la parte (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre; 106/1993, de 22 de marzo; 185/1994, de 20 de junio; 1/1996, de 15 de enero; 89/1997, de 5 de mayo; 75/2000, de 27 de marzo, entre muchas otras)". En concreto la irrelevancia constitucional de la utilización de la forma de providencia en lugar de Auto ha sido el hilo conductor en resoluciones tales como las SSTC 159/2004, de 4 de octubre ("si la resolución debió revestir la forma de Auto y no la de una simple providencia debía el recurrente haber intentado el recurso correspondiente, como si efectivamente se hubiera tratado de un Auto") y 40/2002, de 14 de febrero (en la que, al resolver una cuestión semejante y recogiendo doctrina constitucional sentada desde la STC 113/1988, de 9 de junio, afirmábamos que, para que el defecto de forma de la resolución alcance relevancia constitucional, es preciso que determine la merma, la limitación o la privación real o material del derecho de defensa del demandante)".

Pues bien, consta como la solicitud de suspensión del curso del proceso por prejudicialidad civil no se denegó por medio de auto (art. 43 LEC), sino por providencia motivada (art. 208.1 LEC), con el razonamiento de que no había lugar a lo que se solicitaba, por ser extemporáneo, por cuanto se había dictado sentencia en primera instancia, también en apelación e incluso por el Tribunal Supremo, con independencia de la modificación contemplada por dicho tribunal, para lo cual la Audiencia se reunió para deliberación y fallo el 5 de febrero de 2020, todo ello sin perjuicio de las acciones que corresponda ejercer en el futuro por temas de la tutoría o en su caso rescisión por lesión. Interpuesto recurso de reposición fue desestimado, con remisión a la argumentación realizada.

Es cierto, también, que la petición de suspensión por prejudicialidad civil se resolvió, sin dar traslado a las otras partes, pero son éstas las que deben hacer valer sus derechos con respecto a la indefensión sufrida, pero no la ahora recurrente.

Por otra parte, obtuvo una resolución desestimatoria motivada, sin sufrir indefensión alguna por haberse resuelto por medio de providencia en vez de por auto, lo que tampoco supuso limitación alguna al acceso a los recursos establecidos en las leyes. Los arts. 238.3 LOPJ y 225.3 LEC, invocados por la recurrente, exigen que la infracción procesal haya producido efectiva indefensión, lo que no es el caso.

La decisión tomada por la Audiencia es razonable, puesto que la petición de suspensión por prejudicialidad civil es una cuestión nueva, nunca alegada con antelación por la recurrente, durante los más de cinco años de



pendencia del proceso, lo que se hace ahora con la finalidad de desvirtuar la argumentación de la sentencia de casación, que se apoya en la autotutela designada (art. 11 LOPJ).

Por otra parte, la decisión que se adopte en el juicio, que se está tramitando, no resulta decisiva o condicionante para este proceso (art. 43 LEC), toda vez que se exploró a la demandada, para conocer su voluntad, manifestándose contraria a la tutela institucional, independientemente también que así lo expresara en el documento público notarial cuestionado en el otro juicio pendiente.

En cualquier caso, la **fijación** de medidas de **apoyo** no es conciliable con la suspensión del curso del proceso por prejudicialidad civil, dado que aquellas deben ser adoptadas sin dilaciones indebidas (art. 12 de la Convención), so pena de dejar a la demandada desasistida en el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.

CUARTO.- Examen del recurso de casación interpuesto por D.^a Constanza , D. Carlos Alberto y D.^a Carmen , así como por D.^a Enma

El motivo se fundamenta en la infracción del art. 234.1 CC y artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, al haberse desconocido la voluntad de D.^a Virginia al designar tutor.

El recurso debe ser estimado.

Para ello hemos de tener en cuenta que, al asumir el conocimiento del recurso, ya entró en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el **apoyo** a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica. Esta circunstancia abre una nueva perspectiva resolutoria sobre la que se oyó a las partes, en tanto en cuanto la Disposición Transitoria sexta, relativa a los procesos en tramitación a la entrada en vigor de la ley, establece que se regirán conforme a lo dispuesto en ella, sin perjuicio de conservar su validez las actuaciones que se hubiesen practicado hasta ese momento.

Pues bien, en primer término, hemos de partir de la base de que las previsiones de autotutela se entenderán ahora referidas a la autocuratela y se regirán por lo dispuesto en la nueva ley (Disposición Transitoria Tercera de la Ley 8/2021).

En dicha ley se proclama la autonomía de la persona con discapacidad, con el reconocimiento expreso de que el nuevo sistema se basa en el respeto a su voluntad, preferencias y deseos (arts. 249, 250, 268, 270, 276 y 282 CC entre otros), lo que es plenamente coherente con lo normado en el art. 3 a) del Convenio de Nueva York, al establecer que los principios de la presente Convención serán: "a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas".

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

En la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre, hemos proclamado que "[...] la provisión **judicial** de **apoyos** debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias".

Igualmente, en la sentencia 269/2021, de 6 de mayo, hacíamos referencia que uno de los principios que derivaba del Convenio de Nueva York, en su interpretación jurisprudencial, era el de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad.

El artículo 271 del CC, en su nueva redacción, regula la autocuratela, confiriendo a cualquier persona mayor de edad o menor emancipado, en previsión a la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con lo demás, el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Una propuesta de nombramiento de tal clase vinculará a la autoridad **judicial** al constituir la curatela (art. 272 I CC).

No obstante, la autoridad **judicial** podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (art. 272 II CC).

Pues bien, en el caso presente, no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o



variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará **apoyos**, ya que D.^a Virginia convivía y sigue conviviendo con su hija D.^a Virginia, que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora.

No cabe, por lo tanto, la imposición de otro sistema alternativo de curatela, como la institucional postulada por la recurrente D.^a Flora, o la mancomunada impuesta por la Audiencia, con la atribución además del cargo de curador a una persona expresamente excluida por la demandada. Amén de resultar contraproducente el ejercicio de tal cargo bajo el régimen jurídico de la mancomunidad, dado el conflicto existente entre hermanos, que dificultaría la unidad de actuación que exige la curatela, cuyo ejercicio no es susceptible de conciliarse con discrepancias en las funciones asistenciales o, en su caso, excepcionales de representación.

QUINTO.- Desestimación del recurso de casación interpuesto por D.^a Flora

El recurso se fundamenta en la vulneración de los arts. 234, 236 y 4.3 CC.

Los mismos argumentos, antes expuestos, relativos a la prevalencia de la voluntad de la persona necesitada de **apoyos**, determinan la desestimación del recurso de casación interpuesto por D.^a Flora, tendente a que se dejara sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia, con la exclusiva finalidad de que se confirmara la decisión del Juzgado, que designa como tutora a la AMTA, en contra de lo dispuesto por la demandada, por lo que, al prescindir de su voluntad, deseos o preferencias, dicho recurso no puede ser estimado.

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

Por otra parte, no se comprende la relación que tiene con este proceso la invocación del art. 4.3 del CC; pues se aplican directamente y, no de forma subsidiaria, las disposiciones del Código.

SEXTO.- Asunción de la instancia

En consecuencia, el recurso debe ser estimado, toda vez que la sentencia recurrida, se insiste, no respetó la voluntad de la demandada, sin razones que avalasen una decisión de tal clase.

El informe del equipo psicosocial, que opta por la tutela institucional, no aporta elementos concluyentes para prescindir de la voluntad exteriorizada de D.^a Virginia. La falta de barandilla de protección de la cama en la que duerme, la ausencia de una bisagra en la puerta de un armario que puede desprenderse, son defectos fácilmente subsanables. En el dictamen además se hace referencia a que la demandada D.^a Virginia tiene cubiertas sus necesidades a nivel básico, asistencial y sanitario en su domicilio, bajo la atención de los dos hijos que con ella conviven, especialmente la hija D.^a Virginia, quien se viene encargando del seguimiento médico y farmacológico que su madre precisa, así como asegurar la prestación de dichos recursos, la cual, dice el dictamen, mantiene un vínculo materno filial continuado con su madre, convirtiéndose sin duda en la prestadora fáctica de **apoyos**, lo que fue valorado por ésta para designarla, coherentemente, como su tutora. No concurren, pues, los requisitos antes expuestos para prescindir de la voluntad de la demandada que debe ser respetada (arts. 271 y 272 CC).

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

Ahora bien, por falta de vinculación con el recurso de casación interpuesto, no procede, en este trance decisorio, revisar las concretas medidas **judiciales** de **apoyo** acordadas hace años, sin perjuicio de la aplicación, en su momento, de la disposición transitoria quinta de la Ley 8/2021. Es cierto, que la aplicación de la nueva ley se llevó a efecto en la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre, pero, en tal caso, a diferencia del presente, respondió a su inescindible relación con los motivos del recurso de casación interpuesto, mientras que, en el proceso que ahora nos ocupa, queda circunscrito a la designación de curador, única cuestión debatida y decidida por este tribunal.

SÉPTIMO.- Costas y depósitos



La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal conduce a que no se haga especial pronunciamiento en costas (art. 398 LEC) y que proceda la devolución del depósito constituido para recurrir.

La estimación del recurso de casación formulado por D.^a Constanza , D. Carlos Alberto y D.^a Carmen y D.^a Enma , determina no se haga especial pronunciamiento en costas y que proceda la devolución del depósito constituido para recurrir.

La desestimación del recurso de casación interpuesto por D.^a Flora trae consigo la preceptiva condena en costas y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Estimar los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por D.^a Enma , D.^a Constanza , D. Carlos Alberto ; D.^a Carmen y D.^a Flora , declarar la nulidad, por falta de motivación, de la sentencia recurrida, en cuanto a la constitución de tutela mancomunada acordada, todo ello sin imposición de costas y devolución del depósito constituido para recurrir.

2.º.- Se estima el recurso de casación interpuesto por D.^a Constanza , D. Carlos Alberto y D.^a Carmen , así como por D.^a Enma , se casa la sentencia 583/2020, de 6 de julio, dictada por la sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación 1422/2017, que dejamos sin efecto.

3.º- Con estimación del recurso de apelación interpuesto, revocamos en parte la sentencia 183/2016, de 16 de noviembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia 65 de Madrid, en el sentido de dejar sin efecto la declaración de incapacidad de D.^a Enma , con sustitución de dicho pronunciamiento por el de la procedencia de **fijación** de medidas **judiciales** de **apoyo**, debiendo las acordadas por el Juzgado ser revisadas para adoptarlas a la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, por el referido juzgado. Con revocación de dicha sentencia se designa curadora de D.^a Enma , a su hija D.^a Constanza , con las consecuencias legales derivadas de dicho nombramiento.

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

5.º- Se desestima el recurso de casación interpuesto por D.^a Flora , con imposición de costas y pérdida de depósito.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

El Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas votó en sala pero no pudo firmar por encontrarse de licencia por enfermedad, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la sección, D. Francisco Marín Castán (art. 204 .2 LEC).

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

Así se acuerda y firma.