

ACCIÓN DE DIVORCIO. LEGITIMACIÓN DE TUTORES (Comentario a la STS, Sala de lo Civil, de 21 de septiembre de 2011) ¹

CARLOS BELTRÁ CABELLO

*Subdirector General de Gestión de Personal y Relaciones con
la Administración de Justicia de la Comunidad de Madrid
Secretario Judicial*

Extracto:

Los tutores de una persona incapacitada casada pueden ejercer la acción de divorcio en nombre de aquella, siempre que por sus condiciones no pueda actuar por sí misma. De ello no se deduce que los tutores puedan ejercer arbitrariamente dicha acción, sino que deben justificar que existe un interés del incapaz en obtener la disolución del matrimonio, así como obtener autorización judicial para dicho ejercicio. Véase Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2000.

Palabras clave: acción de divorcio, legitimación, tutores legales.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 130, noviembre 2011, o en Normacef Civil-Mercantil (NCJ055621).

ACTION OF DIVORCE. TUTORS' LEGITIMIZATION (Commentary on the Tribunal Supremo of 21 september 2011) ¹

CARLOS BELTRÁ CABELLO

*Subdirector General de Gestión de Personal y Relaciones con
la Administración de Justicia de la Comunidad de Madrid
Secretario Judicial*

Abstract:

THE tutors of an incapacitated married person can exercise the action of divorce in name of that one, providing that for his conditions it could not act for yes same. Of it there is not deduced that the tutors could exercise the arbitrary above mentioned action, but they must justify that there exists an interest of the unable one to obtain the dissolution of the marriage, as well as obtain judicial authorization for the above mentioned exercise. See STC of December 18, 2000.

Keywords: action of divorce, legitimization, legal tutors.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 130, noviembre 2011, o en Normacef Civil-Mercantil (NCJ055621).

Para analizar la presente sentencia han de establecerse los hechos iniciales que originan la misma: los padres tutores de la incapacitada interpusieron la acción de separación de los cónyuges, que fue estimada por la Audiencia Provincial de Álava, de 20 de diciembre de 2004. En la sentencia se consideraba que concurrían causas de separación antes del accidente de la esposa que demostraban «un cierto desafecto entre los cónyuges», como que: i) la esposa había consultado a un abogado para asesorarse sobre el procedimiento de separación antes del accidente; ii) que en el nombramiento de los padres como tutores influyó el hecho de que al ser el marido joven podía rehacer su vida; iii) el marido iba muy poco a visitar a la esposa internada después del accidente, ni había acudido al centro ni la había llamado, lo que indicaba «la existencia de un incumplimiento, al menos, de los citados deberes de ayuda y socorro entre los cónyuges», de modo que la sentencia concluía que ante tales circunstancias resulta del interés de la incapaz declarar la separación.

Posteriormente, los padres tutores de la incapacitada, a la sazón ya separada legalmente de su marido, interpusieron demanda de divorcio en representación de su hija doña Pura. El esposo se opuso a la demanda.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de divorcio por entender que la prestación del consentimiento para contraer matrimonio es un acto personalísimo y no se permite que sea prestado por otra persona; en consecuencia esta misma limitación afecta al consentimiento para el divorcio, y el ejercicio de tales acciones solo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge.

En apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia apelada estableciendo que el argumento de admitir la legitimación activa de los tutores para presentar la demanda de divorcio que reconoció el tribunal de instancia pero denegar el divorcio lleva a una solución vacía de contenido, de modo que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio y para obtener una resolución acorde a sus pretensiones, siempre que concurren los requisitos exigidos por el legislador. Si no fuera así, se estarían vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad y no sería lógico que el esposo pudiera obtener el divorcio en cualquier momento y que no pueda solicitarlo la esposa a través de sus tutores. No existe, pues, base legal inequívoca que preste fundamento a la distinción entre actos personalísimos o no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del alcance del artículo 267 del Código Civil, para desembocar con esa distinción en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado.

Cuestión fundamental sobre la que se sustenta la presente sentencia y su comentario es el hecho de que la acción de divorcio es personalísima y se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, así como por la renuncia o desistimiento del demandante o por la reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda (art. 88 CC).

El Tribunal Constitucional en un supuesto aplicable al caso decidió que debía protegerse el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona incapaz y declaró que se había lesionado este derecho por la negativa a que la madre tutora pudiera ejercitar la acción. La separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio para obtenerla vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando esta les resulta perjudicial, interés que puede residir bien en una situación de peligro físico, bien en una situación patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de estos deberes.

Negar legitimación al tutor determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de esta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que, si a este se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. El no permitir la intervención del tutor desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del artículo 49 de la Constitución Española en cuanto al tratamiento de los incapaces y del artículo 32.1 de la Constitución Española en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio.

Debe determinarse si el divorcio, que comporta la disolución del matrimonio a diferencia de la separación, puede ser ejercitado por el tutor en una acción planteada en nombre y representación del cónyuge incapacitado.

Deben articularse por tanto dos derechos fundamentales: el derecho a seguir o no casado, recordándose que ya no existen causas de divorcio, es decir, no hay que alegar nada, basta que haya transcurrido el periodo legalmente establecido, y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el artículo 271.6 del Código Civil, que atribuye a los tutores la legitimación para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, siempre con autorización judicial. Dicho precepto no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el artículo 271.6 del Código Civil las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio no dejando margen al estudio de la distinción entre las acciones personalísimas y las no personalísimas.

Por tanto, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 216.1 del Código Civil, que es la norma general que rige, en cualquier caso, la actuación de los tutores. Dado que las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial; el ejercicio de esta acción debe obedecer a los intereses del incapaz y dado que se requiere la actuación del Ministerio Fiscal, que deberá velar por los intereses del incapacitado, se garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias.

El sentido final de la resolución debe ampararse en la posibilidad del ejercicio de la acción por parte de los tutores, que ha quedado plenamente justificado, y en el ejercicio de esa acción en beneficio e interés de la incapaz que también ha sido acreditado por lo que no queda otra conclusión que la de desestimar el recurso de casación confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial.