

Incapacidad y medidas de apoyo. Prueba y motivación

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

jesquivias1959@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

Enunciado

El Ministerio Fiscal interpone demanda de medidas de apoyo judicial de MMM ante el juzgado de 1.^a instancia correspondiente, con el fin de que se fijen los límites y la extensión de dicha incapacidad, estableciéndose unas medidas de apoyo proporcionadas y adaptadas a las circunstancias del caso. Por sentencia de 10 de enero de 2023 se acuerda el sistema de curatela representativa de MMM para todos los actos diarios, tanto personales como patrimoniales, sin concreción de estos y con una sucinta motivación, cuando el Ministerio Fiscal había solicitado solo la de apoyos concretos, relacionados con la administración de la medicación. Recurrida en apelación, la audiencia acuerda la actualización del informe del médico forense, que se realiza sin intervención de MMM. Ante tal negativa, el tribunal prescindió de la audiencia en la segunda instancia, por lo que tampoco se produjo la entrevista con la persona con discapacidad. El fiscal no propuso prueba en segunda instancia, y con la apelación se pedía practicar las periciales por órganos o especialistas.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Existe incongruencia denunciable porque la sentencia de la audiencia concede una curatela más amplia de la pedida por el fiscal? ¿Puede haber vulneración de la carga de la prueba por parte del fiscal?
2. ¿La medida acordada de curatela es correcta?
3. ¿La sentencia infringe la normativa y la doctrina del Tribunal Supremo?
4. ¿Era preceptiva la entrevista de MMM con el tribunal?

Solución

1. ¿Existe incongruencia denunciable porque la sentencia de la audiencia concede una curatela más amplia de la pedida por el fiscal? ¿Puede haber vulneración de la carga de la prueba por parte del fiscal?

Empezando por la segunda cuestión, hemos de distinguir entre la valoración de la prueba y la carga de la prueba. La invocación de esta última nos lleva a los artículos 217 y 477 de la LEC, si hubiera casación. Según este precepto, la impugnación de la sentencia de la audiencia se fundamenta en la infracción procesal que representa el error en la valoración de la prueba, lo que nos reenvía, a su vez, al artículo 217 mencionado. Pero sucede que en el supuesto fáctico no se plantea un error de valoración, sino la práctica de una prueba en segunda instancia (la pericial realizada por la audiencia ante la incomparecencia de MMM), que según se solicita puede ser incompleta. A este respecto, tiene dicho el Tribunal Supremo que una cosa es el artículo 217 y otra el artículo 759.4.

Este último dice, literalmente: «Si la sentencia que decida sobre las medidas de apoyo fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo». Se ha practicado un nuevo informe sin comparecencia del afectado, pero no se trata de ninguna valoración de prueba.

El precepto 752 de la LEC, por su parte, prevé: «Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes». Por consiguiente, por la especialidad de este tipo de procedimientos, la práctica de la prueba es amplia y las facultades de oficio del tribunal le permiten actualizar el informe forense de la primera instancia. El fiscal no ha vulnerado el artículo 217 de la LEC porque, en este supuesto, no le corresponde actuar de oficio sino a la audiencia, sin perjuicio de que hubiera podido, que no es el caso. Por eso el Tribunal Supremo suele precisar que no existe infracción de esa valoración cuando para acreditar los hechos no se ha hecho uso de la carga de la prueba, pues actúa de oficio. Y por eso también el artículo 759, apdo. 1.º indica: «Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal. Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso». Se sobreentiende que el dictamen del forense es el propio de un especialista.

Pasando ahora a la primera cuestión, sobre si existe incongruencia denunciable porque la sentencia de la audiencia concede una curatela más amplia de la pedida por el fiscal, se nos plantea un supuesto procesal muy común de resolución incongruente por *extra petita*.

Conviene, antes que nada, ilustrar sobre los distintos tipos de incongruencia de sentencias y sobre la posición del Tribunal Supremo. La sentencia n.º 387/2023, de 21 de marzo, rec. núm. 1428/2019 (NormaCEF NSJ065229) nos sirve perfectamente para este propósito:

La congruencia es la necesaria correlación que debe existir entre la demanda, que inicia el proceso (art. 399.1 LEC) y la sentencia que le pone fin (art. 206.1.3.ª LEC), de manera tal que esta debe ser la respuesta que dan los juzgadores a las pretensiones introducidas por el actor en el escrito rector del proceso, conjuntamente con las que merecen las excepciones y resistencias opuestas por el demandado, y las deducidas, en su caso, en la demanda reconventional. La congruencia exige pues una necesaria correlación entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir.

Una sentencia es incongruente, como ha recordado reiteradamente esta sala (por todas, las sentencias 604/2019, de 12 de noviembre, y 31/2020, de 21 de enero [NormaCEF NCJ064725]), si concede más de lo pedido (*ultra petita*), se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*), se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida. Siendo perfectamente válido que dé menos de lo pedido (*infra petitem*), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por el demandado.

Pues bien, dicho lo anterior, en el caso se nos plantea una sentencia que contempla una curatela más amplia que la pedida por el fiscal: «Se acuerda el sistema de curatela representativa de MMM para todos los actos diarios, tanto personales como patrimoniales, cuando el Ministerio Fiscal había solicitado solo la de apoyos concretos en materia de salud personal relacionados con la medicación». ¿Esto es posible? ¿La sentencia es congruente con lo pedido por el Ministerio Público?

Se dice que el principio de congruencia impide que el tribunal (la Audiencia) pueda conocer o dar lo no pedido en la instancia o en fase de apelación. La adecuación necesaria a las pretensiones deducidas por las partes así parece exigirlo (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En estos supuestos de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, no es necesario que se haya solicitado una medida, o que la pedida sea distinta, menor o de otra naturaleza. La razón jurídica esencial está en que no rigen el principio dispositivo ni el de aportación de parte. La sentencia de pleno n.º 589/2021, de 8 de septiembre (NormaCEF NCJ065683) es muy clara: «Conviene no perder de vista que en el enjuiciamiento de esta materia (antes la incapacitación y tutela, ahora la provisión judicial de apoyos) no rigen los principios dispositivo y de aportación de parte. Son procedimientos flexibles, en los que prima que pueda adoptarse la resolución más acorde con las necesidades de la persona

con discapacidad y conforme a los principios de la Convención». Por ello, volvemos a invocar el artículo 752 de la LEC cuando dice: «Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes»; iii) «la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá este decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria». Que el fiscal haya solicitado una medida de curatela relativa a la medicación y el tribunal acuerde otra más amplia que afecte a la administración de su patrimonio o para cualquier otro acto ordinario o extraordinario no significa que exista una incongruencia *extra petita*.

2. ¿La medida acordada de curatela es correcta?

Recordemos: por sentencia de 10 de enero de 2023 se acuerda el sistema de curatela representativa de MMM para todos los actos diarios, tanto personales como patrimoniales, sin concreción de los mismos y con una sucinta motivación, cuando el Ministerio Fiscal había solicitado solo la de apoyos concretos en materia de salud personal relacionados con la administración de la medicación.

Con esta pregunta nos estamos refiriendo a los principios de proporcionalidad y necesidad, que guían el espíritu de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Repasando los artículos del Código Civil sobre esta materia, 249, 268 y 269, del primero se deduce que las medidas de apoyo a las personas con discapacidad tienen en cuenta el desarrollo de su personalidad y, en la medida de lo posible, el desenvolvimiento en condiciones e igualdad. La dignidad de la persona y el carácter residual de la intervención judicial presiden este tipo de asuntos. Al final, el artículo 249 nos dice literalmente: «Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad». Lo primero que infiere de esta filosofía jurídica de la personalidad de los discapacitados que precisa de algún tipo de apoyo, aparte del carácter subsidiario de la intervención judicial, es la motivación de la «necesidad y la proporcionalidad». Esto es así porque, no solo se deduce de la lógica del precepto, sino porque viene concretado más específicamente en el 270, pues si el juez establece las medidas de apoyo de manera concreta y no abstracta, se entiende que esas medidas deban ser motivadas. Para no ir con más rodeos, procedemos a transcribir el artículo 269 en su primer apartado: «La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo para la persona con discapacidad». Una vez más, vemos que si a MMM el juez le impone una medida de curatela, por ser precisamente residual, debe motivar la decisión.

Visto lo anterior, el caso solo dice que le aplica una curatela muy completa, pero sin especificación; por ello, tanto el precepto 269 como el 270 exigen los motivos y la concreción, bien de los actos de asistencia, bien de los actos de representación. El fiscal está pidiendo actos de asistencia en la administración de la medicación; el juez impone una curatela re-

representativa en lo personal y patrimonial, Por consiguiente, no solo es necesaria la motivación, sino, como dice el artículo 269, en su apartado 3.º: «Solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad».

3. ¿La sentencia infringe la normativa y la doctrina del Tribunal Supremo?

Con la tercera cuestión abordamos la simplicidad del supuesto fáctico que nos pone en la tesitura de aclarar que la sentencia, por no ser motivada, puede haber infringido los artículos mencionados, y ser susceptible de casación por infracción de norma y de doctrina aplicable, concretamente de los artículos 249, 268 y 269 del CC, en tanto que no individualiza o concreta los actos de la curatela representativa. No se puede decir en abstracto para todos los actos de representación personal o patrimonial, hay que determinarlos perfectamente, hay que justificar la proporcionalidad. La medida que abarque todos los actos personales y patrimoniales puede no ser proporcional, según la discapacidad de cada uno. Debe tenerse en cuenta el grado de capacidad afectada, pues no es lo mismo ser consciente que tener gravemente alteradas las facultades cognitivas, hasta el punto de que impidan a la persona gobernarse por sí misma, incluso en las tareas más comunes (vestido, alimentación, saneamiento, etc.).

Efectivamente, no solo los artículos exigen la explicación suficiente, sino que la doctrina del Tribunal Supremo lo ratifica en la sentencia 964/2022, de 21 de diciembre:

Que el sistema de provisión judicial de apoyos no requiera ningún pronunciamiento previo sobre la capacidad de la persona no significa que el juez no deba llevar a cabo un enjuiciamiento sobre la procedencia de establecer la medida de apoyo; en caso afirmativo, el juez debe precisar el alcance de la medida, esto es, si es asistencial, y para qué actos, y si el curador adquiere alguna facultad de representación y para qué actos.

El fundamento está en el respeto al desarrollo de la personalidad del discapacitado, de su autonomía, de sus deseos y preferencias. Se huye del juicio «estandarizado» porque tiene que ser individualizado.

La sentencia anterior, que explicó el cambio de la normativa con la Ley 8/2021, de 2 de junio, dijo, entre otras, cosas interesantes que nos ayudan a comprender el caso:

A la hora de llevar a cabo esta labor de juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona

que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar «la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica» y atender «en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

En segundo lugar, el juez no debe perder de vista que bajo el reseñado principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso. Consecuentemente, el párrafo segundo del art. 269 CC prescribe que el juez debe precisar «los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo». No obstante, cuando sea necesario, al resultar insuficientes las medidas asistenciales, cabría dotar a la curatela de funciones de representación. Ordinariamente, cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de auto-determinación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial insito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad.

La sentencia tiene, por consiguiente, un déficit de motivación o de juicio de capacidad que nos permite concluir que la medida de curatela representativa adoptada no es proporcional. Se infringe así la doctrina del Tribunal Supremo mencionada en esta sentencia, así como la 206/2022, de 14 de marzo (NormaCEF NCJ066028).

4. ¿Era preceptiva la entrevista de MMM con el tribunal?

En el caso se plantea, no solo la incomparecencia al médico forense de la persona con discapacidad, sino también la ausencia de citación para la entrevista de MMM ante el tribunal.

Si nos fijamos en el artículo 759 de la LEC, el precepto establece de manera imperativa, para este tipo de procesos sobre la adopción de medidas de apoyo, «la entrevista con la persona con discapacidad» como una prueba a realizar en la segunda instancia.

Si la prueba es obligatoria, se produce una infracción procesal que puede abocar a la nulidad de actuaciones y de la jurisprudencia; por consiguiente, concurriendo interés casacional (art. 477 LEC).

La jurisprudencia de la sentencia 185/2000, de 4 de marzo, nos recuerda lo siguiente:

[...] como quiera que es uniforme y consolidada doctrina de esta Sala la de que la inobservancia de los trámites esenciales y previos a toda declaración de incapacidad (audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz y examen de este por el propio Juez), en cuanto cuestión de orden público e incluso de trascendencia constitucional, puede ser apreciada *ex officio* por esta Sala de

casación (Sentencias de 20 de febrero y 12 de junio de 1989, 20 de marzo y 24 de mayo de 1991, 30 de diciembre de 1995), un somero examen del proceso (tan defectuosamente tramitado) a que este recurso se refiere pone ostensiblemente de manifiesto que no han sido oídos los parientes más próximos del presunto incapaz (ni uno solo de ellos), cuyo requisito, exigido expresamente por el artículo 208 del Código Civil, tiene trascendencia constitucional (Sentencias de 20 de marzo de 1991 y 19 de febrero de 1996).

Por su parte, las sentencias 252/2001, de 16 de marzo (NormaCEF NCJ041891) y 947/2002, de 14 de octubre (NormaCEF NCJ040028), consideraron la posibilidad de «la repetición de las diligencias preceptivas como necesarias, solamente, para el caso de que se hubiera producido un cambio de criterio por el tribunal de apelación, en relación con la sentencia dictada en primera instancia».

No así la sentencia 610/2005, de 15 de julio (NormaCEF NCJ049639), pues nos dice:

El art. 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto una trascendental modificación respecto del derogado art. 208 del Código Civil, al imponer, expresamente y para todo caso, la práctica de las pruebas a que se contrae su apartado 1, extendiendo así el principio de inmediación, de especial relevancia en estos procesos, al Tribunal de apelación. Cualquiera que sea la crítica que doctrinalmente pueda merecer el precepto, la obligación que impone al Tribunal de apelación es de estricta observancia por constituir una norma esencial en esta clase de procesos, cuya omisión constituye causa de nulidad de acuerdo con el art. 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Solo en el supuesto de que la demanda de apoyos hubiera sido interpuesta por MMM la audiencia deja de ser preceptiva y se convierte en facultativa para el tribunal si, como dice el artículo 759.2 de la LEC, «así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad», pero previa solicitud de MMM. El caso no deja duda alguna al respecto: es el Ministerio Fiscal quien interpone la demanda. Y no tiene nada que ver la incomparecencia ante el médico con un trámite garantista y obligatorio de comparecencia para entrevista ante el tribunal, por el carácter protector y garantista de estos procedimientos.

La diligencia es necesaria y la nulidad una consecuencia de la indefensión que produce no haber practicado la prueba, prescindiendo así de un trámite esencial (art. 238.3.º LOPJ).

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 208, 249, 268, 269 y 270.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 206.1, 217, 399, 477, 752 y 759.

- SSTS 252/2001, de 16 de marzo; 947/2002, de 14 de octubre; 610/2005, de 15 de julio; 26 de septiembre de 2006, RC 930/2003; 30 de junio de 2009, RC 369/2005; 71/2016, de 17 de febrero; 698/2017, de 21 de diciembre; 233/2019, de 23 de abril; 640/2019, de 26 de noviembre y 31/2020, de 21 de enero; 185/2000, de 4 de marzo; del Pleno n.º 589/2021, de 8 de septiembre; 206/2022, de 14 de marzo, y 964/2022, de 21 de diciembre.