

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2011 (5855/2011)**

**Ejercicio de la acción de divorcio
por los tutores de la incapaz**

Comentario a cargo de:
M^a Isabel de la Iglesia Monje
Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Derecho Civil

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2011**

ID CENDOJ: 28079119912011100010

PONENTE: *EXCMA. SRA. DOÑA ENCARNACION ROCA TRIAS*

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2011 pone fin a una controversia fijando como doctrina que no se puede impedir el ejercicio de la acción de divorcio por los tutores de la incapaz cuando exista interés del incapaz, pero de ello no se deduce que los tutores puedan ejercitar arbitrariamente dicha acción, sino que deben justificar que existe un interés del incapaz en obtener la disolución de su matrimonio.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1 Naturaleza de la acción de divorcio: carácter personalísimo o no. 5.2 Jurisprudencia constitucional y la legitimación para ejercitar la acción del divorcio por los representantes legales del incapaz. Derechos fundamentales en juego. 5.3 La situación del discapacitado desde el prisma del «principio del superior interés de la persona con discapacidad». 5.4 Análisis del interés de la incapacitada y la legitimación de los tutores. 5.5 La conducta moralmente reprochable del marido. 5.6 Conclusión. 6. Bibliografía utilizada.

1. Resumen de los hechos

D^a Pura y D. Maximino contrajeron matrimonio el 16 mayo 1998; de dicho matrimonio no nacieron hijos. El 11 marzo 2000 D^a Pura sufrió un grave accidente de circulación, como consecuencia del cual quedó tetraplégica y en estado de coma vigil, del que no se ha recuperado hasta la fecha. Se inició un procedimiento de incapacitación.

En la sentencia de 1^a Instancia se atribuyó la tutela al marido, D. Maximino, revocándose dicha sentencia por la de la Audiencia Provincial que concedió la tutela a los padres por razón de su mayor disponibilidad para hacerse cargo de la tutelada.

Los padres tutores interpusieron la acción de separación de los cónyuges, que fue estimada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 20 diciembre 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 del incapaz declarar la separación”.

Desde aquel momento, por consiguiente, los cónyuges D^a Pura y D. Maximino se encuentran en situación legal de separación, puesto que la sentencia es firme al no haber admitido el auto de esta Sala de 3 julio 2007, el recurso de casación interpuesto por el marido. Los tutores D. Luis Antonio y D^a Elsa, interpusieron demanda de divorcio en representación de su hija D^a Pura. D. Maximino se opuso a la demanda.

Pero el objeto del comentario de la Sentencia que vamos a analizar se centra en los hechos posteriores que son los siguientes:

Ante esta situación los padres y tutores de D^a Pura interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vitoria, contra D. Maximino, solicitando la declaración del divorcio de su hija incapaz y su esposo, con todos los efectos inherentes a dicho pronunciamiento.

El esposo alegó la improcedencia del divorcio solicitado por falta de legitimación activa de los tutores, o subsidiariamente por las dos cuestiones de fondo planteadas. Además, en el mismo escrito se formuló demanda reconvenzional, solicitando la disolución y extinción de la sociedad de gananciales y el régimen económico matrimonial de los cónyuges “con fecha de efectos de

11 de Marzo de 2000, subsidiariamente el 3 de Diciembre de 2001, y subsidiariamente a lo anterior el 15 de Mayo de 2002, sin perjuicio de la liquidación que deba efectuarse por los cauces legalmente establecidos desde la fecha que el Juzgador estime oportuna”.

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, con fecha 24 de septiembre de 2007, desestimando la demanda interpuesta por la representación de Dña. Elsa y D. Luis Antonio contra D. Maximino, esto es, desestimando la disolución por divorcio, del matrimonio formado por Dña. Pura y D. Maximino, pero declarando disuelta la sociedad de gananciales con fecha de sentencia de separación dictada por la AP de Álava, 20 de diciembre de 2004.

Los padres de D^a Pura actuando como tutores de su hija Pura apelaron ante la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Álava, que dictó Sentencia, con fecha 5 de junio de 2008 estimando el recurso y revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, declarando el divorcio entre Pura y Maximino con todos los efectos inherentes”.

2. Soluciones dadas en primera instancia

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n^o 4 de Vitoria-Gasteiz, de 24 septiembre 2007, estimó la legitimación de los tutores, siguiendo el criterio de la STC de 18 diciembre 2000, pero denegó el divorcio, por entender que: no estaba clara la aplicación de la doctrina contenida en la STC 311/2000 referida al divorcio, porque éste significa la ruptura y disolución del vínculo matrimonial; porque al ser la prestación del consentimiento para contraer matrimonio un acto personalísimo y no permitirse que sea prestado por otra persona, dicha limitación afecta también al consentimiento para el divorcio; y, en último término por entender que el ejercicio de tales acciones solo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge.

3. Soluciones dadas en apelación

Formularon apelación los padres tutores de D^a Pura ante la Audiencia Provincial de Álava, la cual en Sentencia de 5 junio 2008, revocó la apelada teniendo en cuenta: que el argumento de admitir la legitimación activa de los tutores, 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”; b) si no fuera así, se estarían vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad; c) no sería lógico que el esposo pudiera obtener el divorcio en cualquier momen-

to y que no pueda solicitarlo la esposa a través de sus tutores; d) finalmente, añade que “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 art. 267 CC, para desembo- car 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”.

4. Los motivos de casación alegados

D. Maximino interpuso recurso de casación que lo articuló en la infracción de las normas sustantivas sobre divorcio (arts. 86 y 81 CC), y sobre representación de los tutores (arts. 267, 271 y 272 CC).

Y en la infracción de la jurisprudencia sobre el carácter personalísimo de la acción de divorcio en relación con normas sustantivas de aplicación (arts. 81, 86, 267, 271 y 272 CC) Necesidad de un interés tutelable del incapaz, por el cauce del art. 477.2.3º y 3 LEC.

Por su parte el Ministerio Fiscal, presentó escrito impugnando el recurso de casación.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

Nos encontramos ante una sentencia de unificación de doctrina en relación con el tema del carácter personalísimo de la acción de divorcio. La parte recurrente en casación funda su argumentación en dos sentencias de esta Sala: la de 27 febrero 1999 y la de 26 mayo 1982.

5.1. Naturaleza de la acción de divorcio: carácter personalísimo o no

El punto central de la sentencia gira en torno a la determinación del carácter personalísimo o no de la acción de divorcio. Cuestión no regulada legalmente. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vitoria-Gasteiz de 29 de septiembre de 2004, argumentó para denegar la acción de divorcio a los tutores que el único acto personalísimo comparable a esta acción es el matrimonio, cuyo consentimiento no puede ser sustituido por los tutores.

De los artículos dedicados a la tutela, el art. 267 CC señala que la mayor o menor extensión de las facultades representativas, no incluyen el ejercicio de las acciones personalísimas.

Y en este sentido se pronunció el FD 2º de la STS de 27 febrero 1999 que recuerda que “el art. 267 CC confiere al tutor, con carácter general, la re-

presentación del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación; no obstante la generalidad de esa atribución, existen determinados actos que no pueden realizarse por el tutor al estar expresamente prohibidos, bien porque en ellos no se admita la representación, caso del matrimonio, o por estar prohibidos al incapaz por razón de su incapacidad, caso de la testamentación (art. 663.2 CC)”, continua indicando la sentencia la necesaria profundización del precepto “teniendo en cuenta la naturaleza de la representación que exige que la declaración de voluntad, a partir de la cual se forma el negocio jurídico concreto de que se trate, sea una declaración de voluntad propia del representante aunque sus efectos hayan de recaer sobre el representado, por lo que, la generalidad de la doctrina excluye del ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar; especialmente, se considera inadmisibles la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado. Tal es el caso, de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio en que, por su estimación, surge un estado civil nuevo de los cónyuges o ex-cónyuges sometidos a un régimen jurídico distinto de aquél por el que se venían rigiendo; por ello, el ejercicio de tales acciones sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la ley reconoce legitimación para ello.”

Sentencia que siguió el criterio contenido en la doctrina constitucional de la STC 90/1995 de 9 Junio en el sentido de que “no toda desigualdad de trato legal supone una infracción del artículo 14 de la Constitución Española, sino sólo aquella que introduzca una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que no ofrezca una justificación objetiva y razonable para ello. Como regla general, este principio exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas. Lo que prohíbe son las desigualdades que resulten injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables.” Criterio que fue determinante para negar el ejercicio de la acción de divorcio en la sentencia de de 27 de febrero de 1999 arriba expuesta.

La exigencia de cautela es imprescindible tras la reforma operada en el Código Civil con la Ley 15/2005, que dibuja un divorcio prácticamente automático, (art. 86 CC) insistiéndose en la necesidad de requerir un interés tutelable exclusivamente en beneficio del incapaz.

Partimos en nuestro supuesto de una incapacidad total y absoluta para regir su persona y sus bienes, concurriendo además un grave déficit de las funciones psíquicas superiores, por lo que la representación que ostentan los tutores alcanza su máxima amplitud, refiriéndonos a todos aquellos actos que el incapaz no puede realizar por si mismo tanto en la esfera personal como

patrimonial. Tengamos en cuenta que son pacientes que tienen los ojos abiertos pero la mirada perdida, normalmente no tienen conciencia, no pueden establecer contacto emocional ni responder al mismo. El tronco cerebral se encuentra todavía activo y la presión arterial, la respiración y muchos reflejos continúan regulados. Además se considera bastante improbable que recuperen la conciencia pasados tres meses, y la mayor parte mueren debido a las complicaciones tras dos o tres años.

No existe base legal para fundamentar la distinción entre actos personalísimos o no personalísimos, siguiendo el criterio alegado en apelación. Las acciones personalísimas constituyen una categoría doctrinal (así, Rodríguez Escudero). No es lógico mantener este planteamiento en nuestro sistema actual legal al existir actos de carácter personalísimo en que sí se halla prevista expresamente la sustitución del incapaz por su tutor. Recordemos que al mismo se le posibilita el internamiento del incapaz con autorización judicial, o decidir su esterilización... por ejemplo.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la obligación fundamental del tutor es velar por el tutelado, y precisamente el ejercicio de la acción de divorcio, en el caso que nos ocupa es la máxima expresión en qué consiste esta obligación teniendo en cuenta que no es bueno mantener una convivencia matrimonial de la incapaz con un cónyuge no tutor que va incluso en contra de los intereses de la incapaz sin siquiera prestarle atención, (la sentencia del Juzgado. de Primera Instancia declara probado que no la visita, 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”) alimentación o asistencia médica necesaria. Recordemos que los esposos apenas llevaban dos años casados a la fecha del accidente, que no tenían hijos que insistentemente el marido, tras la sentencia de separación, el marido recurre en apelación y siete años después del accidente, incluso –manteniendo una actitud lejana con la incapaz– recurre en casación (aunque no se admite el recurso por auto de la Sala del TS)

5.2. Jurisprudencia constitucional y la legitimación para ejercitar la acción del divorcio por los representantes legales del incapaz. Derechos fundamentales en juego.

En la sentencia objeto de comentario se tiene muy en cuenta la fundamental doctrina constitucional mantenida en la STC 311/2000, de 18 de diciembre que se pronunció sobre el ajuste a la Constitución de las sentencias 105 y 106, de 23 febrero 1998, dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias. Sentencias que habían negado legitimación para ejercer la acción de separación a la madre y tutora de una persona incapacitada. El TC 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. También es de suma importancia las consideraciones contenidas en el voto particular del que fue ponente en la Sentencia D. Vicente Conde Martín de Hijas. Siempre teniendo en cuenta que tanto las sentencias de las Audiencias como la del Tribunal Constitucional son de fecha anterior a la reforma de la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, momento en el que como ya hemos indicado el divorcio es casi automático. Pero centraba el interés del incapacitado en la separación en un momento en que el Código civil exigía la alegación de causas no como ocurre en la actualidad.

Lo fundamental de dicha sentencia del TC que afecta a nuestro estudio radica en que por primera vez se planteó si se conculcaba el acceso al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva al haberse negado por las Audiencia la existencia de interés legítimo al haberse cerrado la posibilidad de que se ejercitará una acción de separación de una persona incapaz por medio de su tutor.

En el ejercicio de la acción de separación o divorcio ejercitada por los tutores en nombre e interés de una persona incapacitada, están presentes dos derechos fundamentales:

— El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado. El divorcio (tras la reforma de 2005) no requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio.

— El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercitar las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal o tutor siempre con autorización judicial (art. 271 CC). Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271,6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. El Tribunal Supremo entiende que la tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.

La STC mantuvo que "...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 ésta les resulta perjudicial..." Negar legitimación al tutor "determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general, del posible ejercicio de acciones..." Como hemos indicado anteriormente el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, se convierte en un cierre a la posibilidad de ejercicio de la acción de

separación en aquel caso, lo cual a su vez origina una 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, más aun teniendo en cuenta los mandatos constitucionales contenidos en el art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y en el art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio.

El voto particular va más allá, ya que analiza la distinción entre derechos personales y derechos personalísimos, que solo podrían ser ejercitados por el titular y nunca por su representante legal. Así afirmaba que negar al tutor la legitimación para el ejercicio de la acción de separación “no se basa en un precepto legal inequívoco, sino más bien en un concepto doctrinal de acciones personalísimas, que es el que subyace en la interpretación del art. 81 CC”.

No obstante, la representación legal del tutor no se extiende a los actos personalísimos, pero no todos los actos personalísimos tienen las mismas características pues algunos actos personalísimos en verdad no lo son tanto (como así opina Bercovitz Rodríguez-Cano).

Lo que en esta STS de 21 de septiembre de 2011 se estudia es si la acción de divorcio, que sí comporta la disolución del matrimonio a diferencia de la separación, puede ser ejercitada por el tutor en una acción planteada en nombre y representación del cónyuge incapacitado ya separado judicialmente desde 2004.

La negativa a otorgar a la legitimación de los padres “pueden confluir intereses muy variados y que pueden afectar a diversas personas si lo ponemos en relación, fundamentalmente, con el derecho de sucesiones.” “Y así, si por ejemplo falleciera alguno de los progenitores, su hija heredaría al menos la parte de legítima que le correspondiera, y si no se hubiera ejercitado acción alguna –separación o divorcio— ni existiera una separación de hecho, parte de estos bienes podrían acabar en manos de su cónyuge” (criterios formulados por Nuñez Nuñez). Precisamente por eso siempre el marido se opuso a las acciones de separación y divorcio ejercitadas por sus suegros en representación de su hija incapacitada.

5.3. *La situación del discapacitado desde el prisma del «principio del superior interés de la persona con discapacidad»*

La incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. El artículo 10 CE se basa en el reconocimiento de la dignidad de la persona donde se establece que la persona es un valor, que debe ser tutelado por el legislador y el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento.

El principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, podría verse vulnerado al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes de las que se gobiernan por sí mismas. Por ello hay que partir de que al enfermo psíquico se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE.

Por ello, el Código Civil establece la adopción de medidas específicas para la protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad. Pero dicha insuficiencia mental que justifica un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada, y, que a su vez, deroga el principio de igualdad, tiene que analizarse en relación con el exclusivo interés de la persona, que en base a dicha cualidad sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.

Por último, el artículo 49 CE insiste en que al ser la persona el valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional se obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección de las personas incapacitadas. Protección ante el sufrimiento de una serie de limitaciones en su integración social tanto en el campo del Derecho civil como en el ámbito del bienestar social.

A su vez tenemos que tener presente la normativa que rige esta situación en el Código Civil dentro del marco constitucional de protección de las personas con falta de capacidad y bajo el prisma de la Convención de Nueva York, de 2006, que en su artículo 12 se refiere al igual reconocimiento como persona ante la ley.

Se incluye dentro del colectivo de los discapacitados las personas que presentan cualquier deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 1-2 CNY). La legislación española actual, dentro del marco constitucional indicado anteriormente, tiene como finalidad *promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales* de las mismas.

Además, *la cualidad de persona dependiente* es muy variada, pues su ámbito abarca desde personas que:

- *sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas*, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad (el supuesto de un discapacitado que no tiene necesidad de ningún complemento de capacidad).
- A aquellas que pueden *precisar diferentes sistemas de protección* porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada y requiere un complemento por su falta de las facultades de entender y querer.

La STS de Pleno, de 9 de abril de 2009, fijó las reglas interpretativas sobre los derechos de las personas con discapacidad, y con lo establecido en el Código Civil, doctrina que ha sido posteriormente seguida por la STS de 11 de octubre de 2012.

El TS indica que esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención de Nueva York, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone a continuación:

1.º El incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código Civil y del artículo 760.1 LEC.

2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. El incapacitado es una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Se trata de un sistema de protección de la persona afectada.

Otorgar la legitimación a los tutores para ejercitar la acción de divorcio resulta en interés y beneficio del tutelado como principio fundamental al que debe atenderse en materia de incapacitación. Será el interés del incapacitado el que haya de valorarse para determinar si el ejercicio de un determinado derecho de índole personal o familiar puede ser realizado por el tutor en representación del incapaz.

Sin olvidar que la intervención del Ministerio Fiscal garantiza los derechos de las personas con discapacidad en los procesos en que se encuentran afectados sus intereses, a lo que hay que añadir la especial vigilancia sobre las incidencias que puedan surgir en el transcurso de los mismos. Las sucesivas reformas legislativas han venido ampliando las funciones tuitivas del Ministerio Fiscal en materia de protección de las personas con discapacidad, potenciando el protagonismo de la Institución en el desarrollo del Estado Social que consagra la Constitución Española y que exige la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de adaptar el ámbito jurídico de los procesos judiciales de incapacidad de tal forma que prime la protección y mejora de las condiciones personales y patrimoniales de la persona con discapacidad sobre la de su entorno familiar o social.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 2008, establece en el art 12.3, que “3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” y a continuación, en el art. Artículo 13, se dice que “1. Los Estados Partes asegurarán que las per-

sonas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás...”.

Principios que se han asumido en la STS objeto de comentario porque la ratificación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado de que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo.

5.4. Análisis del interés de la incapacitada y la legitimación de los tutores

Ya antes del accidente de la ahora incapaz, tal y como declaró probado la sentencia de separación, de la Audiencia Provincial de Álava, de 20 diciembre 2004, concurrían causas de separación concluyendo que “...ante tales circunstancias resulta del interés del incapaz declarar la separación” Audiencia que previamente había concedido la tutela a los padres por “razón de su mayor disponibilidad para hacerse cargo de la tutelada”, frente al criterio mantenido en el Juzgado que se la otorgó al marido.

Por otro lado, los tutores obtuvieron autorización judicial para interponer la acción de divorcio como representantes legales de su hija incapacitada por Auto de la sección 1^a de la AP de Álava, de 24 noviembre 2006, en base a los arts. 267 y 271 CC.

Posteriormente la Audiencia Provincial al analizar el fondo del asunto, y examinar si el divorcio era favorable al interés de la esposa incapacitada, sobre la base de lo que se había considerado probado en la sentencia de separación, situación que no se había modificado en el momento de presentarse la demanda de divorcio, entiende que legitimar a los tutores para ejercitar la acción y 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; 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; y no existe, base legal inequívoca que preste fundamento a la distinción entre actos personalísimos o no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del alcance del Art. 267 CC, 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”.

Los argumentos en que se basa la Sentencia del Supremo para legitimar a los tutores para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que no pueda actuar por sí misma se centran en las similitudes existentes con la legitimación del Código al Ministerio Fiscal y “a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo” en la acción para pedir la declaración de nulidad de un determinado matrimonio (art. 74 CC), así como a los padres, tutores, guardadores y al Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 CC).

La representación legal del tutor le impone el deber de injerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela.

No hay que olvidar que el art. 216.1 CC indica que los tutores deben actuar porque sus funciones “constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”, de ahí que el art. 271 CC exija la autorización judicial para entablar cualquier tipo de demanda (función de control del órgano judicial). El Supremo efectúa una interpretación amplia del art. 271.6. CC para dar cabida a la acción de divorcio.

En todo caso debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz, tal como concluyó, en una legislación anterior a la reforma, la STC 311/2000. Sin olvidar la necesidad de actuación del Ministerio Fiscal, que deberá velar por sus intereses, con lo que se garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias.

5.5. La conducta moralmente reprobable del marido

Por último, recordemos como en los hechos probados de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia concurrían diversos factores o causas de separación (anteriores a la reforma de 2005) antes del accidente de la esposa que demostraban “un cierto desafecto entre los cónyuges”, pues “la esposa había consultado a un abogado para asesorarse sobre el procedimiento de separación antes del accidente; que en el nombramiento de los padres como tutores, influyó el hecho de que al ser el marido joven podía rehacer su vida; 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 del incapaz declarar la separación”.

De los hechos probados también podemos deducir la existencia de una conducta moralmente reprobable del marido que ni siquiera llega a ser tu-

tor ni a visitar a la esposa incapacitada. Se ajusta perfectamente al supuesto de hecho del artículo 756 del Código Civil que recoge las causas de indignidad para suceder, por las cuales el llamado a la herencia quedaría inhabilitado para suceder al causante ya que con su conducta le ofendió tanto si se trata de sucederle por testamento como abintestato, y ya sea como heredero o como legatario. Pero recordemos que la causa de indignidad no se puede declarar hasta el mismo momento de ser llamado a la herencia (art. 758,1º CC).

No obstante este modo de actuar se contradice con el hecho de que es el marido el que recurre en Apelación y posteriormente ante el Tribunal Supremo en casación, manteniendo su postura contraria al ejercicio de la acción de divorcio por los padres, y consecuentemente a la obtención del mismo. Lo que nos pone sobre el necesario estudio de la situación de un marido que no visita ni se preocupa de la esposa, pero que recurre todo intento por conseguir el divorcio. Esto nos hace pensar sobre el posible interés en la existencia de derechos sucesorios del cónyuge viudo en aquel momento separado pero no divorciado (no disuelto el matrimonio).

Tras la Ley 15/2005, de 8 de julio para que el viudo sea privado de derechos sucesorios, se requiere o bien una sentencia firme de separación judicial o divorcio, o probar que con carácter previo al fallecimiento de uno de los cónyuges se había producido una separación de hecho. Lo cual acontece en nuestro supuesto de hecho objeto de comentario.

5.6. Conclusiones

Acertadamente, a mi juicio, la Sentencia otorga la posibilidad de que el tutor ejerza la acción de divorcio, pero va más allá pues insiste en que con ello se procede a velar, cuidar y proteger a la persona incapacitada, y más si esta se encuentra en un estado de coma vigil donde precisa ayuda de todo tipo continuamente. La solución contraria sería totalmente injusta. Máxime al establecer acertadamente todas las cautelas precisas de control judicial y bajo la vigilancia en todo momento del Ministerio Fiscal, que exige nuestro ordenamiento jurídico en toda actuación en la que intervenga un incapaz o una persona necesitada de protección.

Los tribunales deberán en todo caso interpretar la ley y aplicarla teniendo en cuenta las diversas situaciones concretas a enjuiciar para que ningún incapacitado quede desprovisto de la tutela judicial efectiva.

Solución equilibrada aplicando los derechos constitucionales y flexibilizando la tutela siguiendo los criterios de la Convención.

6. Bibliografía utilizada

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “Separación matrimonial de un incapaz” en *AC*, 1999-I, pág. 1581.
- IGLESIA MONJE, M^a Isabel de la: “La curatela y el discapacitado desde el prisma del «principio del superior interés de la persona con discapacidad». Estudio jurisprudencial”, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. N^o 740,. Noviembre-Diciembre 2013. Pags. 4109-4123
- NÚÑEZ NÚÑEZ, María: “Diversos intereses confluyentes en el ejercicio de la acción de divorcio por los tutores”, en *La Ley Derecho de familia*, N^o 2, Sección Estudios de Jurisprudencia, Segundo trimestre de 2014, Editorial La Ley. La Ley 1583/2014.
- RODRÍGUEZ ESCUDERO, María de las Victorias: “La legitimación de los tutores para ejercer la acción de separación y divorcio” en *Diario La Ley*, N^o 8117, Sección Doctrina, 2 de Julio de 2013, Año XXXIV, Ref. D-244, Editorial La Ley. La Ley 3281/2013.