



ADMINISTRACION DE JUSTICIA

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 9739/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> -----

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. -----  
-----

**TRIBUNAL SUPREMO  
Sala de lo Civil**

**Sentencia núm. 66/2023**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. -----, presidente

D.<sup>a</sup> -----

D. -----

En Madrid, a 23 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> -----, representada por la procuradora D.<sup>a</sup> ----- bajo la dirección letrada de D. -----, contra la sentencia n.º 151/21 dictada en fecha 15 de febrero de 2021 por la Sección 24.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 886/2019 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 668/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid, sobre modificación de la capacidad. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> -----.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia*



**1.-** El Ministerio Fiscal interpuso demanda de juicio verbal sobre capacidad contra D.<sup>a</sup> ----- en la que solicitaba se dictara sentencia:

«que determine los extremos objeto de este procedimiento, 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 el, conforme 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 AGENCIA MADRILEÑA PARA LA TUTELA DE ADULTOS.**

»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 y adaptadas a sus circunstancias personales».

**2.-** La demanda fue presentada el 19 de abril de 2018 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid y fue registrada con el n.º 668/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**3.-** D.<sup>a</sup> ----- contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba su desestimación con imposición de las costas a la parte demandante.

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid dictó sentencia de fecha 20 de diciembre de 2018, con el siguiente fallo:

«Que estimando la demanda presentada por el Ministerio Fiscal frente a D.<sup>a</sup> -----, procede efectuar los siguientes pronunciamientos:

»1.º- Declarar a la demandada D.<sup>a</sup> -----, incapaz para regir su persona y sus bienes.



»2.º- Constituir a la demandada D.ª -----, en estado civil de incapitación parcial, limitada:

- Al ámbito económico jurídico, administrativo y contractual excepto para el manejo del denominado “dinero de bolsillo” cuyo importe se determinará a propuesta del tutor al tiempo de presentar el inventario de bienes, habida cuenta del activo-pasivo, gastos e ingresos del tutelado.
- Al manejo de medicamentos.

»3.º- Someter a la demandada D.ª -----, a régimen de tutela designando Tutor a D. -----.

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

## **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª -----.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 886/2019 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 15 de febrero de 2021, con el siguiente fallo:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Doña -----, representada por la procuradora Doña -----, contra la sentencia de fecha 20 de diciembre de 2018, del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 65 de Madrid; dictada en el proceso de Incapitación n.º 668/2018; seguido con el Ministerio Fiscal; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución sin hacer expresa imposición de las costas del recurso».

## **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D.ª ----- interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

Único.- Al amparo del art. 469.1.4 LEC por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y errónea



interpretación de la prueba en la sentencia con infracción de los artículos 217, 355 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El motivo del recurso de casación fue:

Único.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por interés casacional por oposición a la jurisprudencia del TS, con infracción de los arts. 200 y ss CC, y de la doctrina contenida en SSTs de 1 de julio de 2014, 24 de junio de 2013, 14 de octubre de 2015, 11 de junio de 2004, y las que citan.

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 20 de julio de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

»Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por doña -  
----- contra la sentencia dictada con fecha de 15 de febrero de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 886/2019, dimanante del juicio n.º 668/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid».

3.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 1 de diciembre de 2022 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 18 de enero de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Objeto del recurso y resumen de antecedentes*

El recurso por infracción procesal y casación se interpone por la Sra. -----  
-----, declarada «incapaz para regir su persona y bienes» y sometida a tutela por sentencia judicial a instancias del Ministerio Fiscal antes



de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma la legislación civil y procesal «para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica». De acuerdo con lo previsto en la disp. trans. 6.ª de la Ley 8/2021, nuestra sentencia se ajustará al sistema de apoyos establecido en la nueva ley.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal y declara a la Sra. ----- en estado civil de incapacidad parcial, limitada, en cuanto al manejo de medicamentos y en el ámbito económico, jurídico, administrativo y contractual excepto para el manejo del denominado "dinero de bolsillo", cuyo importe se determinaría a propuesta del tutor al tiempo de presentar el inventario de bienes, habida cuenta del activo– pasivo, gastos e ingresos de la tutelada. Como consecuencia de lo anterior, somete a la Sra. ----- a un régimen de tutela y designa tutor a su hijo -----.

Esta decisión se apoya en el informe del médico forense, cuyas conclusiones se transcriben en la sentencia del juzgado como fundamento de la decisión de declaración de incapacitación:

«1. Que D.ª -----, está diagnosticada de Trastorno Esquizoafectivo.

»2. Que este es un estado crónico y persistente.

»3. Que precisa de la supervisión y ayuda de terceros en las siguientes áreas:

»a) Habilidades de la vida independiente:

»– SI puede realizar las actividades básicas de la vida diaria (aseo personal, vestirse, etc.)

»– SI puede realizar las actividades instrumentales cotidianas.

»b) Habilidades Económico-Jurídico-Administrativas:

»– SI conoce su situación económica.

»– PARCIALMENTE tiene capacidad para tomar decisiones de contenido económico: seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.

»– SI tiene capacidad para el manejo diario de dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor.



»c) Habilidades sobre la salud:

»– NO tiene capacidad para el manejo de medicamentos.

»– SI tiene capacidad para seguimiento de pautas alimenticias.

»– SI tiene capacidad para el autocuidado: cuidado de heridas, úlceras, etc.

»– SI tiene capacidad para consentimiento de tratamiento.

»d) Habilidades en relación con el propio procedimiento:

»– SI tiene conocimiento sobre el objeto del procedimiento.

»– PARCIALMENTE tiene conocimiento sobre sus consecuencias.

»e) Capacidad contractual:

»– NO tiene conocimiento y comprensión suficiente de determinados actos, como préstamos, donaciones, cualesquiera actos de disposición patrimonial.

»f) SI posee habilidades para ejercer el derecho de sufragio.

»4. Que desde el punto de vista Médico–Forense, esta persona en el momento actual carece parcialmente de las habilidades necesarias para administrar sus propios bienes.

»5. Que dada la cronicidad y las características de su patología, sería adecuado que una tercera persona se encargara de supervisar la correcta administración de la medicación, la asistencia a consultas y su seguimiento psiquiátrico en general».

**2.** La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Sra. ----- y confirma la sentencia de primera instancia.

La sentencia de la Audiencia, tras rechazar las alegaciones de la Sra. ----- de falta de motivación en la sentencia apelada y error en la valoración de la prueba, funda su decisión de confirmación de la declaración de incapacitación en las siguientes consideraciones:

«D.<sup>a</sup> ----- padece un trastorno esquizoafectivo y ello incide negativamente en alguna de sus habilidades, así según el informe médico-forense practicado en primera instancia: “parcialmente tiene capacidad para tomar decisiones de contenido económico: seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.” “no tiene capacidad para el manejo de medicamentos” “parcialmente tiene conocimiento sobre las consecuencias del procedimiento” “no tiene conocimiento y comprensión suficiente de determinados actos, como préstamos, donaciones, cualesquiera actos de disposición patrimonial” y en el informe médico-forense practicado en esta alzada se afirma que “por sus antecedentes clínicos carece parcialmente de las habilidades necesarias para la administración



económica más allá de los gastos diarios y precisaría supervisión en el seguimiento psiquiátrico. Asimismo, en el primer informe se señala el carácter crónico y persistente del trastorno de la mencionada. Este informe, igual que el posterior, reúne todas las garantías de objetividad e imparcialidad dada su autoría y tiene una metodología que se describe al principio del mismo. Por ello no es incorrecto que fuera la base de la decisión de incapacitación parcial de la antedicha acordada en la sentencia recurrida. En base a lo expuesto, la extensión de la incapacitación parcial establecida en esta resolución es conforme a Derecho».

3. La Sra. ----- interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

4. El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso por infracción procesal y la estimación parcial del recurso de casación.

### **SEGUNDO.- Planteamiento de los recursos**

1. El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en un motivo. en el que, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 752 LEC) y errónea interpretación de la prueba con infracción de los arts. 217, 355 y 348 LEC.

En su desarrollo explica que aportó un informe y formuló alegaciones acerca de que las capacidades de la Sra. ----- son absolutamente normales de acuerdo con su edad y nivel cultural (art. 348 LEC). También alega que la sentencia no menciona el resultado de la entrevista judicial, que no dejó lugar a la duda sobre la capacidad de la demandada, y que se basa parcialmente en un sucinto informe forense (art. 355 LEC). Considera que ello infringiría también el art. 217 LEC, que atribuye la carga de la prueba al Ministerio Fiscal.

2. El recurso de casación se funda en un motivo en el que, al amparo del art. 477.2.3.º LEC, denuncia la infracción de los arts. 200 y ss. CC. En su desarrollo invoca la existencia de interés casacional por contravención de la sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta sala en materia de discapacidad.

En su desarrollo razona que la declaración de incapacidad requiere que exista una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, persistente y que impida un comportamiento normal respecto de la persona y bienes o alguno de ambos extremos, lo que en el caso no se da, y mucho menos para constituir una



tutela, en contra de la jurisprudencia de la sala. Respecto a este último aspecto, señala que la ley distingue entre la incapacidad absoluta sometida al régimen tutelar y la incapacidad relativa genérica, que daría lugar en todo caso a una curatela.

**TERCERO-** *La disp. trans. 6.ª de la Ley 8/2021 («procesos en tramitación»).*

*Doctrina de la sala*

1. La demanda del Ministerio Fiscal, las dos sentencias de instancia y el recurso por infracción procesal y casación se han basado en el régimen derogado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma la legislación civil y procesal «para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica». La Ley 8/2021 pretende adecuar el ordenamiento español a las exigencias de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en el seno de Naciones Unidas, y que fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, y entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

Conforme al apartado 2 del 12 de la Convención, los Estados Parte se comprometen a reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Conforme al apartado 3 del art. 12 se comprometen a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar «en el ejercicio de su capacidad jurídica». Además, de acuerdo con el apartado 4 del art. 12, los Estados se comprometen a asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos.

Nuestra decisión debe ajustarse al nuevo régimen legal, de acuerdo con lo previsto en la disp. trans. 6.ª de la Ley 8/2021 que, bajo el título de «procesos en tramitación» ordena que «los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento».





2. La sentencia del Pleno, 589/2021, de 8 de septiembre, que aplica por primera vez en un recurso de casación el régimen de provisión de apoyos judiciales introducido por la Ley 8/2021 y lleva a cabo una interpretación de la nueva normativa (FJ 4). En palabras de la sentencia 589/2021:

«1. De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v) 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».

»(...)

«2. 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».

La misma sentencia 589/2021, de 8 de septiembre, advierte que, para proyectar las reseñadas directrices legales del art. 268 CC al caso concreto, hay que evaluar si las medidas de apoyo acordadas responden a las necesidades de la persona y están proporcionadas a esas necesidades; si respetan la máxima autonomía de la persona interesada en el ejercicio de su capacidad jurídica; y si se atiende a su voluntad, deseos y preferencias.

#### **CUARTO.-** *Decisión de la sala. Estimación de los recursos*

1. Dada la naturaleza de la materia, para evitar reiteraciones, daremos respuesta conjunta a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos, puesto que la apreciación de la necesidad y proporcionalidad de

las medidas de apoyo que se establezcan está en función de los hechos acreditados y de la motivación contenida en la sentencia acerca del impacto que la discapacidad provoca en la vida de la persona.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, consagra la guarda de hecho como una medida más de apoyo. Así, de acuerdo con el art. 250 CC redactado por la Ley 8/2021:

«Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. (...) La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente».

De esta forma, la Ley 8/2021 ya no contempla la guarda de hecho como una situación transitoria y provisional, avocada a desaparecer, tal como se introdujo en la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, en la que debía dar tránsito a una medida institucional y de nombramiento judicial. Este cambio de planteamiento para la guarda de hecho de las personas con discapacidad se anuncia ya desde el Preámbulo de la misma Ley 8/2021, donde puede leerse cómo en la reforma se lleva a cabo «el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad».

En el nuevo régimen legal, con independencia del grado de discapacidad, las medidas de apoyo judiciales son subsidiarias tanto respecto de las medidas voluntarias como respecto de la guarda de hecho. En este sentido, el art. 255.IV CC dispone:

«Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias».

Esa conclusión se ve reforzada por lo dispuesto en el art. 263 CC, según el cual:

«Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente».

Es decir, si de hecho hay alguien que, a pesar de no haber sido designado voluntariamente por el propio interesado (apoyos voluntarios) ni nombrado por el juez (apoyos judiciales), se está encargando eficazmente de prestar el apoyo que necesita la persona con discapacidad, no se da el presupuesto que exige la nueva ley para que el juez adopte una medida de apoyo. En este sentido, el art. 269 CC establece:

«La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad».

Esa medida suficiente puede ser perfectamente la guarda de hecho, cuyo eficaz funcionamiento impide la adopción de una medida judicial.

De esta manera, la Ley 8/2021 consagra la realidad sociológica de que la mayor parte de las personas con algún tipo de discapacidad reciben el apoyo de su entorno más cercano, generalmente por parte de algún familiar, sin que esta situación requiera ser modificada por resultar el apoyo prestado adecuado.

Además, la guarda de hecho está sometida a la regla general establecida para todas las clases de apoyo en el art. 249 CC, conforme al cual, solo «en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas».

La regulación más específica de la guarda de hecho da por supuesto que el apoyo del guardador no va a ser sustituyendo, actuando en lugar de la persona con discapacidad. En este sentido, dispone el art. 264 CC:

«Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

»En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287.

»No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

»La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan».

Cuando la función de apoyo la presta un guardador de hecho, puede ser preciso el nombramiento puntual de un defensor judicial si el guardador de hecho no puede actuar (así, el art. 295.1.º CC prevé que se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona). Cuando es precisa la autorización judicial para una actuación representativa del guardador de hecho, el art. 264 CC en su último párrafo expresamente establece que el juez «podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan». Esto sucederá no solo cuando se aprecie conflicto de intereses sino también cuando, por la complejidad del acto, el guardador de hecho no sea la persona idónea para llevarlo a cabo.

En la regulación instaurada por la Ley 8/2021, la guarda de hecho no está exenta de controles y garantías, por el riesgo de abusos a que puede dar lugar, en línea con la previsión del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas, que exige las salvaguardias necesarias para que no haya abusos en la prestación de los apoyos. Con carácter general establece el art. 250 VII CC que «al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida». Para la guarda de hecho, el art. 265 CC establece:

«A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias.

»Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento».

El ámbito de la información requerida al guardador puede referirse tanto a la situación de la persona y bienes de la persona con discapacidad como a su



actuación en relación con los mismos. Si a resultas de la información obtenida el juez lo estima necesario, podrá establecer las salvaguardas precisas (art. 265 CC y 52.2 LJV).

A la guarda de hecho, como medida de apoyo que es, resultan de aplicación las salvaguardas legales que, a modo de prohibiciones, prevé el art. 251 CC. Y así, conforme a este precepto, el guardador de hecho no podrá: recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor; prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses; adquirir a título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

Para los actos relativos a la salud, sigue vigente la regulación del art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica que, por lo que aquí interesa procede de la Ley 26/2015, de 28 de julio. Aunque el art. 9.3 de la Ley 41/2002 contempla el consentimiento por representación de las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, y el apartado 6 del mismo art. 9 exige que la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, debe tenerse en cuenta el esencial apartado 7 del mismo art. 9, conforme al cual:

«[!]la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento».

**2.** La aplicación al caso de las anteriores consideraciones determina que las sentencia recurrida debe ser casada porque, al confirmar la sentencia del Juzgado que limitó la capacidad de la Sra. ----- y la sometió a tutela, es decir, a representación, no solo es contraria a la regulación vigente en el momento en que se dictó y a la jurisprudencia de la



sala, como sostiene la recurrente, sino que además tampoco se ajusta al sistema de apoyos establecido por la Ley 8/2021, conforme al que tenemos que dictar nuestra sentencia.

La sentencia recurrida, con remisión a la de primera instancia, se limita a transcribir el diagnóstico de la enfermedad de la Sra. -----, pero no presta atención a cómo afecta a su funcionalidad en su vida diaria, no tiene en cuenta su autonomía para los actos cotidianos que realiza ella sola, y tampoco presta atención al entorno familiar, porque lo cierto es que ha quedado acreditado en la instancia que para las actuaciones que necesita un apoyo, el mismo ya viene siendo prestado de manera real y efectiva por su hijo.

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, se trata de 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. El juez, además, goza de gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada, pero no está exento de proceder a su justificación. Y en particular debe esmerar esa justificación cuando las medidas sean acordadas contra la voluntad manifestada por la persona interesada y supongan una afectación de sus derechos fundamentales. En el caso, claramente la intimidad y su libertad, porque se autoriza al apoyo representativo que se constituye para tomar decisiones por la Sra. ----- tanto en el ámbito patrimonial como en el ámbito de la salud.

De las alegaciones presentadas por la defensa de la Sra. ----- a la prueba pericial y también de las entrevistas practicadas en primera y segunda instancia, y que han sido visionadas por esta sala, resulta el ámbito de las decisiones que autónomamente toma la Sra. -----, nacida en el año 1937, y el apoyo que le presta su hijo para los asuntos concretos para los que necesita asistencia.

Sin embargo, ninguna de las dos sentencias de instancia hace referencia a las mencionadas alegaciones sobre la prueba ni a las entrevistas practicadas.



Aun cuando por las características de la enfermedad la entrevista pueda no ser concluyente y el juez otorgue especial valor a los informes médico-forenses que tienen en cuenta los antecedentes clínicos y dan gran importancia al control de la medicación, no puede prescindir de la lectura completa de los informes, en los que se refiere que, salvo episodios puntuales de descompensación, la Sra. ----- mantiene la funcionalidad adecuada.

Tampoco puede prescindir de los datos de su vida cotidiana, de la naturaleza y entidad de los actos que en atención a su patrimonio necesita realizar y para los que puntualmente, cuando es preciso, cuenta con el apoyo de su hijo.

Así en el ámbito de la salud, es decisivo que la Sra. ----- sepa explicar su vida laboral, que trabajaba de limpiadora, así como la discapacidad por el cáncer padecido y la existencia de seguimiento psiquiátrico, mientras que no resulta decisivo, contra lo que entiende la Audiencia, que no sepa especificar el diagnóstico ni recuerde los nombres de los medicamentos. Ello por cuanto no consta su resistencia a tomarlos y es el hijo quien le asiste en las consultas y en el seguimiento siquiátrico y controla la toma de la medicación. Tal dato, por lo demás, ni podía determinar bajo el régimen derogado el nombramiento de tutor ni puede dar lugar en el régimen actual a una curatela representativa.

En el ámbito de gestión patrimonial, la Sra. -----, que ciertamente en la segunda entrevista no supo efectuar una división básica, sabe lo que cobra de pensión, hace la compra (y prepara la comida), refiere que fue ella quien se encargó de gestionar la pensión que cobra la hija por su enfermedad, así como de contratarle un seguro; pone la libreta al día en el cajero automático, sabe los recibos que tiene domiciliados, que el piso es de su propiedad, y acude al banco a sacar el dinero de su pensión en la ventanilla acompañada por sus hijos.

En definitiva, tanto la lectura completa de los informes como el visionado de las entrevistas muestran que las habilidades de la Sra. -----, en línea con su edad y con su formación, son adecuadas para la administración ordinaria de los gastos diarios, pero que son en realidad los únicos que la Sra. ----- realiza, bien ella sola, bien puntualmente cuando lo necesita con la asistencia de sus hijos.





En atención a estos datos, cabe concluir de una parte, que un apoyo representativo como el que se ha establecido en las sentencias de instancia resulta innecesario y desproporcionado pues, en atención a la prueba practicada, la Sra. -----, en todo caso, puede requerir un apoyo asistencial para actos concretos (seguimiento médico, administración que vaya más allá de los gastos diarios). De otra parte y, sobre todo, el apoyo requerido se está prestando de manera real y efectiva por su hijo -----, a quien, en las dos entrevistas, a preguntas de la autoridad judicial, la Sra. ----- ha manifestado que si hiciera falta querría que se nombrara tutor, tal y como por lo demás han hecho las sentencias de instancia.

De tal manera que, como advierte el fiscal en su informe, la apreciación de vulnerabilidad de la Sra. ----- por la conflictividad con su hijo, tal como quedó reflejada en el informe remitido por el Hospital Fundación Jiménez Díaz a la Fiscalía y que determinó la presentación de la demanda, no se ha mantenido en el tiempo. Tampoco se ha revelado durante el procedimiento que la guarda de hecho sea contra la voluntad de la Sra. ----- (art. 267.1 CC) ni que existan problemas o dificultades que lleven a concluir que no funciona eficazmente y sea preciso recurrir a las medidas judiciales de apoyo (art. 267.4 CC).

Por todo ello consideramos que, a la vista de la prueba que consta en las actuaciones, el apoyo prestado por el hijo a la Sra. ----- es adecuado, al no haberse detectado conflictos de intereses reiterados, conflictos de índole personal, ni abusos o influencia indebida sobre la Sra. -----.

Igualmente resulta de la prueba practicada que el apoyo prestado por el hijo es suficiente en atención a las circunstancias de la Sra. -----, pues no se advierte que vaya a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales para actuar en representación suya de forma reiterada, dado que la gestión de su pensión no implica una administración superior a la entendida como ordinaria.

Por lo demás, tampoco existe conflicto con la hija de la Sra. -----, que compareció en la entrevista en el juzgado mostrando su conformidad con la función desempeñada por su hermano.



3. En atención a todo lo expuesto consideramos, de conformidad con el informe del fiscal que, dado el grado de autonomía de la Sra. ----- y su situación familiar, no es necesario el establecimiento de una medida formal de apoyo, pues la Sra. ----- solo precisa de un apoyo asistencial en determinados aspectos patrimoniales y del ámbito de la salud que ya le estaría siendo prestado por su hijo ----- de manera adecuada y eficaz (art. 263 CC).

En consecuencia, estimamos los recursos por infracción procesal y de casación, estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Sra. ----- y desestimamos la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal. Ello sin perjuicio de que el juez de primera instancia pueda requerir a ----- en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias, así como exigirle que rinda cuentas de su actuación en cualquier momento (art. 265 CC).

Por lo demás, si llegara a acreditarse en un futuro su necesidad, por inadecuación o insuficiencia de la guarda de hecho, podrán adoptarse medidas judiciales de apoyo a instancia de las personas legitimadas de conformidad con la regulación introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

#### **QUINTO.- Costas**

La estimación del recurso determina que no se impongan las costas devengadas por el mismo.

No se imponen las costas de la apelación, ya que el recurso debió ser estimado.

No se hace imposición de las costas de la primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394.4 LEC.

**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 el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por D.ª ----- contra la sentencia dictada con fecha de 15 de febrero de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 886/2019, dimanante del juicio n.º 668/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid.

**2.º-** Casar la mencionada sentencia, estimar el recurso de apelación interpuesto en su día y desestimar íntegramente la demanda, pues D. ----- viene ejerciendo de modo suficiente y adecuado la guarda de hecho respecto de su madre D.ª -----.

**3.º-** No imponer las costas devengadas por los recursos por infracción procesal y de casación.

**4.º-** No imponer las costas de las instancias.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.