

---

**Documento TOL9.740.872**

**Jurisprudencia**

---

**Cabecera:** ["TS Sala 1ª; 20-10-2023. El TS declara la procedencia de la curatela en caso de insuficiencia de la guarda de hecho."]

**Jurisdicción:** ["Civil"]

**Ponente:** ["María de los Ángeles Parra Lucan"]

**Origen:** ["Tribunal Supremo"]

**Fecha:** 20/10/2023

**Tipo Resolución:** ["Sentencia"]

**Sala:** ["Primera"]

**Número sentencia:** ["1444/2023"]

**Número recurso:** ["8533/2022"]

**Numroj:** ["STS 4129:2023"]

**Ecli:** ["ES:TS:2023:4129"]

**ITER:** false

**DOCTRINA TS:** false

**DOCTRINA TC:** false

**Especial transcendencia:** false

**RESUMEN:**

El art. 268 CC, entre las disposiciones generales de la curatela, ordena que «las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias». A la vista de los hechos acreditados en la instancia, Ruperto también precisa de un apoyo representativo en el ámbito de la salud. El art. 269 CC, dentro de la regulación de la curatela, prescribe en el párrafo primero que la curatela se constituirá «mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad». Como ya hemos hecho al interpretar el último párrafo del art. 255 CC, la norma se entiende bajo la lógica de que la insuficiencia de un apoyo informal, como es la guarda de hecho, aflora también cuando quien lo presta lo pone de manifiesto y advierte la conveniencia de una constitución formal del apoyo, que facilite en sus específicas circunstancias prestar su función de asistencia y representación del mejor modo.

**ENCABEZAMIENTO:**

**T R I B U N A L S U P R E M O**

**Sala de lo Civil**

**PLENO**

**Sentencia núm. 1.444/2023**

Fecha de sentencia: 20/10/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 8533/2022

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Fecha de Votación y Fallo: 04/10/2023

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA. SECCIÓN 1.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 8533/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**PLENO**

**Sentencia núm. 1444/2023**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 20 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia n.º 1201/2022, de 14 de septiembre, dictada por la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Álava en el recurso de apelación n.º 960/2022, dimanante del proceso contencioso sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad n.º 272/2021, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Vitoria-Gasteiz. Ha sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Rafaela, representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Andrea de Dorremocha Guiot y bajo la dirección letrada de D. Joaquín Uribe Alonso.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán.

## **ANTECEDENTES:**

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

1. D.<sup>a</sup> Rafaela interpuso demanda de declaración de incapacitación de su esposo D. Ruperto, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declarase dicha incapacitación.

2. La demanda fue presentada el 12 de febrero de 2021 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Vitoria-Gasteiz, fue registrada con el n.º 272/2021. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. El Ministerio Fiscal contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara sentencia

«Como indica el artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "Con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento".

»Y en todo caso referidos a:

»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 a lo dispuesto en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el art. 759.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo establecido en el Libro Primero, Título X, Capítulo I, II, III, IV y V del CC, relativos a la Tutela, Curatela, Defensor judicial y Guardador de hecho.

»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.

»Teniendo presente que en este proceso no surtirán efecto la renuncia, al allanamiento ni la transacción y que el desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal».

5. Mediante escrito de 11 de octubre de 2021, la actora modificaba el petitum de la demanda de acuerdo con el nuevo proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, regulado en los artículos 756 y ss LEC, en el sentido de:

»1. Que Don Ruperto debe ser protegido con una medida de apoyo consistente en curatela.

»2. Que la curatela debe ser de representación para todas las actividades de su vida ordinaria.

»3. Que la persona que debe ostentar el cargo de curadora es su esposa Doña Rafaela».

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia de fecha 8 de febrero de 2022, con el siguiente fallo:

«DESESTIMANDO COMO DESESTIMO la demanda presentada por la procuradora Sra. Boulandier, en nombre y representación de Dña. Rafaela, DEBO ACORDAR Y ACUERDO que no ha lugar a la adopción de la medida de apoyo judicial, consistente en una curatela representativa, para D. Ruperto.

»No ha lugar a especial pronunciamiento sobre las costas».

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

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> Rafaela.
2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el número de rollo 960/2022 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 14 de septiembre de 2022, con el siguiente fallo:

«ESTIMAR el recurso interpuesto por Rafaela representada por la procuradora María Boulandier contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 (Familia) de Vitoria-Gasteiz en el procedimiento sobre medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad n.º 272/2021, REVOCANDO la misma y, en consecuencia, ACORDAMOS:

»Nombrar CURADORA con carácter representativo de D. Ruperto a su esposa D.<sup>a</sup> Rafaela, quien deberá prestarle apoyo para todas las actividades de la esfera personal; actividades cotidianas habituales; y también en todas las actividades económico administrativas y jurídicas, como describe en el último párrafo del fundamento segundo de la presente resolución [Los actos de representación se deben extender a todos los concernientes a los de la esfera personal, (aseo personal, vestirse, comer, desplazarse) y actividades cotidianas (comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar). Necesita representación para todas las actividades económico administrativas y jurídicas, seguimiento de sus cuentas corrientes, para controlar ingresos, gastos, realizar actos de carácter económico complejos como préstamos, enajenaciones, donaciones. También para tomar decisiones sobre su salud, tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, pautas alimenticias, medicación pautada]».

## **TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la sentencia recurrida infringe los artículos 250, 255, 268 y 269 del Código Civil, cuyo texto fue dado por la Ley 8/2021, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, al constituir una medida judicial cuando se ha constatado una guarda de hecho suficiente, no existiendo doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a las mismas.

»Segundo.- Subsidiariamente, el recurso se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la sentencia recurrida infringe los artículos 249, 250, 268 y 269 del Código Civil, cuyo texto fue dado por la Ley 8/2021, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, al constituir una medida judicial representativa que alcanza a aspectos de la vida cotidiana eludiendo el presupuesto de excepcionalidad de la curatela representativa frente a la asistencia que se configura como medida de apoyo judicial preferente, no existiendo doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a este cuestión».

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 las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 31 de mayo de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

»Admitir el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada con fecha de 14 de septiembre de 2022 por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 960/2022, dimanante del juicio n.º 272/2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Vitoria».

3. Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4. Por providencia de 10 de julio de 2023 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y, tomando en consideración la materia a que se refiere la cuestión litigiosa, se acordó su pase a conocimiento del Pleno de esta Sala, señalándose para votación y fallo el 4 de octubre de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS:

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. El presente procedimiento se inició en febrero de 2021, antes de la aprobación y entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reformó la legislación civil y procesal relativa al apoyo de las personas con discapacidad.

En la demanda, interpuesta bajo la legislación anterior, se pedía la incapacitación de Ruperto, nacido en 1961, casado, padre de un hijo, y que convivía con su esposa, Rafaela, que fue quien interpuso la demanda.

En la demanda se explicaba que Ruperto sufrió el 10 de septiembre de 2016 un "ictus en territorio de arteria cerebral media izquierda de probable origen aterotrombótico" y que, como consecuencia, fue diagnosticado de trastorno neurocognitivo mayor, con alteración de comportamiento y cambio de personalidad. En los informes médicos posteriores se constata un empeoramiento en la situación y un progresivo empeoramiento de la sintomatología, con episodios de agresividad y alteraciones conductuales. En la demanda se pedía que se nombrara tutora a Rafaela, que se ha hecho cargo del cuidado de Ruperto desde que sufrió el accidente cardiovascular. En la demanda se refiere que Ruperto es una persona completamente dependiente, que precisa ayuda y supervisión de su esposa para las actividades esenciales de la vida diaria.

2. Por resolución administrativa del INSS de fecha 2 de octubre de 2017 se comunica la situación de incapacidad permanente absoluta de Ruperto para su profesión, y en la de fecha 4 de octubre de 2017, para todo trabajo. Por resolución administrativa de 3 de enero de 2018, se le reconoce un grado de discapacidad del 70% más 8 puntos por dificultad de movilidad para utilizar transporte colectivo. Se le reconoce dependencia con carácter definitivo en el grado 2 dependencia severa. Solicitada su revisión, por resolución administrativa del Instituto foral de Bienestar Social de 31 de marzo de 2021 se le declara un grado de discapacidad del 85% con efectos desde 3 de enero de 2021.

En el curso del procedimiento, ha quedado constancia, por el informe médico forense de fecha 25 de octubre de 2021, que desde que en 2016, cuando sufrió un ictus en arteria cerebral, que desemboca en gran invalidez, hay un empeoramiento conductual, que no presenta mejoría; se informa que precisa de supervisión en el autocuidado, que en las actividades cotidianas precisa de apoyo más intenso, y en cuanto a las habilidades económico-jurídico administrativas y contractuales, y ámbito de la salud, precisa un apoyo más intenso (de representación); la valoración es que necesita protección por la patología de base que sufre, y que repercute de forma negativa en las áreas referidas. Concluye que su juicio crítico, interpretación de la información, toma de decisiones y voluntad libre y consciente están mediatizadas por su patología.

En el informe médico efectuado en la fase de apelación, el 15 de mayo de 2022, y por la misma forense que el de la primera instancia, se indica sobre el contenido del anterior: i) Que el informado presenta limitaciones para expresar su voluntad, deseos, preferencias, presenta limitaciones, a la hora de tomar de decisiones, de manera autónoma, siendo una persona vulnerable y estando condicionadas sus capacidades cognitivas-volitivas por la patología que presenta; ii) La conveniencia de emplear la figura del facilitador, con un lenguaje claro, sencillo, y accesible para favorecer la comprensión; iii) Y en referencia a la intensidad el apoyo, y desde el punto de vista médico, sería necesario tomar medidas de apoyo más intenso (representación) en las áreas económico- jurídico-administrativo y salud.

No consta que Ruperto hubiera otorgado antes de sufrir el ictus, ni tampoco después, documento alguno expresivo de su voluntad sobre, llegado el caso, quién habría de ejercer las labores de apoyo. A pesar de las dificultades de comunicación, a través de las entrevistas del juzgado y de la Audiencia solo consta su conocimiento, sin que manifieste oposición, acerca de que es su esposa la que se encarga de todas las decisiones que le afectan. Esta situación cuenta con la conformidad del único hijo común del matrimonio, nacido en 1985.

3. La sentencia de primera instancia, aplicando ya la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, constata el diagnóstico de trastorno neurocognitivo mayor, con alteración del comportamiento y cambio de personalidad, informado como irreversible y sin que exista posibilidad terapéutica que modifique la patología, así como la realidad de que el juicio crítico de Ruperto, la interpretación de la información, toma de decisiones y voluntad, están mediatizadas por su patología, así como que necesita ayuda para todos los quehaceres diarios, sin poder decidir sobre cuestiones patrimoniales ni personales. El juzgado razona que ha quedado acreditado que es su esposa la que se ocupa de la gestión y administración

de todos los temas que afectan a Ruperto, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial y concluye que, por esta razón, dado que existe una guarda de hecho eficaz, duradera en el tiempo y que ha cumplido la finalidad prevista en la ley, no procede acordar una medida judicial de apoyo, pues de acuerdo con el art. 269 CC la curatela solo procede si no existe otra medida de apoyo.

4. Esta sentencia fue recurrida en apelación por Rafaela, reiterando su solicitud de curatela representativa. La Audiencia expone las secuelas que el ictus ha provocado en Ruperto, que desconoce su situación económica, ingresos o gastos, es incapaz de manejar dinero de bolsillo, que ha dejado todas las decisiones a su mujer, padece un deterioro cognitivo al expresarse, tiene una inteligencia muy básica, es incapaz de tomar una decisión él solo y además es muy vulnerable; lo mismo en el terreno de la salud, no puede tomar decisiones cuando se le impone un tratamiento médico o se le recomienda una intervención, y su mujer decide por él en los tratamientos y la medicación; es incapaz de interpretar la información que le llega. La Audiencia toma en consideración también el relato de la esposa acerca de las dificultades a que se enfrenta en la vida diaria (actividades cotidianas, medicación, manejo del dinero, incluso que firma por él), problemas para relacionarse con la administración por no tener conferida la representación de su esposo. En atención a lo anterior, revoca la sentencia del juzgado, al entender que estamos ante un caso extraordinario en que es necesaria la representación y procede constituir una curatela representativa. Nombra curadora a la esposa y extiende la curatela a todos los actos de la esfera personal -aseo personal, vestirse comer, desplazarse- y actividades cotidianas -comprar, preparar comida, limpiar la casa, telefonar-, representación para todas las actividades económicas administrativas y jurídicas, seguimiento de cuentas corrientes, controlar ingresos, gastos, realizar actos de carácter económico complejos, como préstamos, enajenaciones, donaciones; y para tomar decisiones sobre su salud, tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, pautas alimenticias, medicación pautada.

5. La sentencia de la Audiencia Provincial ha sido recurrida en casación por el Ministerio Fiscal.

## **SEGUNDO.-** *Recurso de casación*

1. *Formulación de los motivos.* El recurso consta de dos motivos. En el primero denuncia la infracción de los arts. 250, 255, 268, 269 CC. El Ministerio Fiscal argumenta sobre la procedencia de la continuación de la institución de la guarda de hecho por la esposa y la improcedencia de constituir la curatela, dado que, a la vista de la prueba practicada, existe ya una medida de apoyo suficiente por parte de la esposa que, incluso, ha abandonado su actividad laboral para poder atender a su marido. Entiende que la guarda de hecho se ha desarrollado sin incidencias ni conflictos de intereses, sin que las dificultades prácticas alegadas por la esposa para desempeñar el apoyo prestado por no contar con la representación del esposo justifiquen la adopción de un apoyo judicial.

El segundo motivo se plantea como subsidiario del anterior. Denuncia la infracción de los arts. 249, 250, 268 y 269 CC y solicita que, si se mantiene la curatela, se limite la representación al seguimiento y control de las cuentas corrientes y productos financieros, control de ingresos y gastos y los actos previstos en el art. 287 CC.

2. *Resolución del tribunal.* Procede desestimar el recurso por las razones que exponemos a continuación.

El actual art. 250 CC prevé que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen puedan ser no sólo las de naturaleza voluntaria y las de provisión judicial (curatela y defensor judicial), sino también la guarda de hecho.

Al mismo tiempo, el art. 255 CC, al regular las medidas voluntarias de apoyo, concluye con un último párrafo, el quinto, que restringe las medidas judiciales:

«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».

Bajo la lógica de este precepto, siempre y cuando las medidas voluntarias sean suficientes, no cabrá adoptar medidas judiciales porque no son necesarias. Podrían serlo, si las medidas voluntarias fueran insuficientes, respecto de las necesidades de apoyo no cubiertas, y en ese caso cabría su adopción. Pero también forma parte de la *ratio* de la norma que la provisión judicial no deviene precisa si las necesidades de carácter asistencial y de representación, generadas por la

discapacidad, están satisfechas por una guarda de hecho. Esto es lo que sucedía en el caso de que se ocupó la sentencia 66/2023, de 23 de enero, en el que la guarda de hecho prestada por el hijo era suficiente y no se precisaba la constitución del apoyo judicial en un proceso promovido por el Ministerio fiscal.

**3.** Conforme al sistema de provisión de apoyos instaurado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, si existe una guarda de hecho que cubre de manera adecuada todas las necesidades de apoyo de la persona, deja de ser necesario constituir un apoyo judicial, porque la guarda de hecho es un medio legal de provisión de apoyos, aunque no requiera de una constitución formal.

Pero esta previsión no puede interpretarse de forma rígida, desatendiendo a las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho. Si bien es claro que existiendo una guarda de hecho que cubre suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad no es necesaria la constitución judicial de apoyos, la existencia de una guarda de hecho no excluye en todo caso la constitución de un apoyo judicial.

**4.** Esto es lo que sucede en el caso objeto de enjuiciamiento. La persona necesitada de apoyos presenta limitaciones para expresar su voluntad, deseos, preferencias; presenta limitaciones a la hora de tomar decisiones de manera autónoma, es una persona vulnerable y sus capacidades cognitivas-volitivas están condicionadas por la patología que presenta; en relación con la intensidad del apoyo, requiere el apoyo más intenso (representación) en las áreas económico-jurídico-administrativo y salud. Es la persona que convive con él y que ha venido haciendo de guardadora de hecho la que pone de manifiesto ante el juzgado que para seguir desarrollando su función precisaría pasar a ser curadora con representación, en la medida en que le facilitaría su labor, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial. En su escrito de oposición al recurso de casación del Ministerio Fiscal, la esposa explica los problemas diarios que afronta para realizar gestiones en nombre de su esposo, en las que debería firmar él, pero que no comprende ni tiene el menor interés, porque no comprende el valor del dinero, y que la esposa soluciona firmando "con autorización tácita" del esposo. Es cierto que la regulación de la guarda de hecho permite al guardador de hecho solicitar y obtener una autorización judicial para actuar en representación de la persona con discapacidad, y que la autorización puede comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo ( art. 264 CC), pero cuando por la discapacidad que afecta a la persona no puede prestar consentimiento y es precisa de manera diaria la actuación representativa de quien presta el apoyo, es obvio que la necesidad de acudir al expediente de previa autorización judicial de manera reiterada y continua revela la insuficiencia de la guarda de hecho, la falta de agilidad en su actuación y en el desempeño de la prestación de apoyos, su falta de adecuación a la necesidad del apoyo requerido y, en consecuencia, la conveniencia de una medida judicial.

Por lo que se refiere al ámbito sanitario y de la salud, el art. 9.3.a) 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, permite el consentimiento por representación «cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho». Ese consentimiento por representación, que según los hechos acreditados en la instancia debe ser prestado en atención a la discapacidad que afecta a Ruperto, está en función de que en cada caso el médico valore que el paciente no puede tomar decisiones. Además, no es de extrañar lo que la esposa refiere sobre las ocasiones en las que se le ha limitado información médica. Legalmente, el titular del derecho a la información es el paciente, por mucho que la ley permita que cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se ponga en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, así como que sean informadas las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita ( art. 5 de la Ley 41/2002). De ahí que, partiendo de los hechos acreditados en la instancia acerca de la falta de habilidades en el ámbito sanitario y de la salud de Ruperto, su incapacidad para interpretar la información y para tomar decisiones, resulta conveniente que la esposa, para tomar las decisiones precisas en cada caso pueda contar con la representación que le ha conferido la sentencia recurrida, tanto para recibir información como para tomar decisiones.

Si interpretáramos de forma rígida la norma (último párrafo del art. 255 CC), descontextualizada, negaríamos siempre la

constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho; lo que se traduciría en que al revisar las tutelas anteriores, se transformarían de forma automática todas ellas en guardas de hecho. Esta aplicación rígida y automática de la norma es tan perniciosa como lo fue en el pasado la aplicación de la incapacitación a toda persona que padeciera una enfermedad o deficiencia, de carácter físico o psíquico, que le impidiera gobernarse por sí mismo, al margen de si, de acuerdo con su concreta situación, era preciso hacerlo.

En situaciones como la que es objeto de enjuiciamiento y en algunas otras de revisión de tutelas, hay que evitar esta aplicación automática de la ley. Es necesario atender a las circunstancias concretas, para advertir si está justificada la constitución de la curatela (y en otro contexto de revisión de tutelas anteriores, la sustitución por una curatela) en vez de la guarda de hecho.

Al respecto, es muy significativo que quien ejerce la guarda de hecho ponga de manifiesto su insuficiencia y la conveniencia de la curatela, no en vano es quien de hecho presta los apoyos. Máxime cuando esta persona forma parte del núcleo familiar más íntimo, en nuestro caso la esposa con la que convive.

La interpretación de la norma no debe dar lugar a situaciones contraproducentes para la persona que precisa de unos apoyos como consecuencia de una discapacidad y cuyos intereses pretende tutelar la norma. A la postre, deben adoptarse las medidas más idóneas para esa persona. Se da la circunstancia de que esta persona, por su situación, no manifiesta voluntad, deseo o preferencia que no sea seguir conviviendo con su esposa. Lo esencial es la prestación del apoyo que precisa y a cargo de quien es más idóneo que le asista y represente, sin que su provisión judicial tenga una connotación negativa, como tampoco la tienen la provisión voluntaria de apoyos o la propia guarda de hecho.

De tal forma que, del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso muestran más conveniente prestar mejor ese apoyo.

**5.** Lo argumentado hasta ahora, que corrobora la procedencia de lo resuelto en la sentencia recurrida, no entra en contradicción con las otras dos normas que se denuncian infringidas, los arts. 268 y 269 CC.

El art. 268 CC, entre las disposiciones generales de la curatela, ordena que «las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias». Por lo que hemos apuntado ya, a la vista de los hechos acreditados en la instancia, Ruperto también precisa de un apoyo representativo en el ámbito de la salud. Con todo, en la medida en la que en el motivo segundo del recurso de casación, planteado de manera subsidiaria, se insiste en esta cuestión, nos remitimos a lo que diremos más adelante al ocuparnos de ese motivo.

El art. 269 CC, dentro de la regulación de la curatela, prescribe en el párrafo primero que la curatela se constituirá «mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad». Como ya hemos hecho al interpretar el último párrafo del art. 255 CC, la norma se entiende bajo la lógica de que la insuficiencia de un apoyo informal, como es la guarda de hecho, aflora también cuando quien lo presta lo pone de manifiesto y advierte la conveniencia de una constitución formal del apoyo, que facilite en sus específicas circunstancias prestar su función de asistencia y representación del mejor modo.

**6.** El recurso de casación contiene un motivo segundo planteado de manera subsidiaria para el caso de que se mantenga la curatela. Se argumenta que la medida judicial representativa debe ser excepcional frente al modelo asistencial y que resulta desproporcionado constituir una curatela en el ámbito de las actividades cotidianas y en el ámbito sanitario, por lo que en el caso de que se constituya la curatela se solicita se restrinjan las funciones representativas al seguimiento y control de las cuentas corrientes y productos financieros, control de ingresos y gastos y los actos previstos en el art. 287 CC, por ser los únicos en los que Ruperto precisaría de un apoyo sustitutivo de la voluntad al afectar su enfermedad al proceso cognitivo de formación y manifestación de la misma.

El motivo no es respetuoso con los hechos acreditados en la instancia, pues la patología que padece Ruperto no solo



afecta a su esfera patrimonial, sino también a la toma de decisiones en su esfera personal, cotidiana (qué comer, qué ropa ponerse, a lo que se refiere el fiscal en su oposición al recurso, así como con quién quiere hablar por teléfono, lo que según los informes aportados no puede realizar) y sanitaria. Ello con independencia de que, por lo que se refiere al modo de actuar, el art. 249.II CC sienta como criterio general que «las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera» y que, cuando no sea posible determinar esa voluntad, «en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración».

**TERCERO.- Costas**

De conformidad con lo previsto en el art. 394.4 LEC no procede imponer las costas de este recurso.

**FALLO:**

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada con fecha de 14 de septiembre de 2022 por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 960/2022, dimanante del juicio n.º 272/2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Vitoria, sin hacer declaración sobre las costas de este recurso.

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

Así se acuerda y firma.

**Tirant Lo Blanch 2023**