



Roj: **STS 5267/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5267**

Id Cendoj: **28079119912024100019**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **04/11/2024**

Nº de Recurso: **9015/2023**

Nº de Resolución: **1449/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Las Palmas, Sección 3ª, 09-10-2023 (rec. 552/2022),
STS 5267/2024**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 1.449/2024

Fecha de sentencia: 04/11/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO DE CASACIÓN

Número del procedimiento: 9015/2023

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Fecha de Votación y Fallo: 30/10/2024

Ponente: Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS DE GRAN
CANARIA. SECCIÓN 3.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío Transcrito por: LEL Nota:
RECURSO DE CASACIÓN núm.: 9015/2023

Ponente: Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 1449/2024

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena



D. Pedro José Vela Torres

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 4 de noviembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Agapito , representado por la procuradora D.ª Ana Isabel Santana Grimm y bajo la dirección letrada de D. Rafael José Illescas Rojas, contra la sentencia dictada por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en el recurso de apelación n.º 552/2022, dimanante de las actuaciones de juicio verbal n.º 528/2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Las Palmas de Gran Canaria, sobre demanda sobre declaración de incapacidad y nombramiento de tutor. Ha sido parte recurrida D.ª Clara , representada por el procurador D. Armando Curbelo Ortega y bajo la dirección letrada de D. Félix Acero Prieto. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D. Agapito interpuso demanda de juicio verbal contra D.ª Clara , en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«Estimando íntegramente la demanda se declare a D.ª Clara en estado de incapacidad total para regir su persona y bienes, y determine el sometimiento al régimen de tutela del incapacitado, mandando que dicha resolución quede inscrita en el Registro Civil.

»En el «OTROSÍ DIGO» la parte solicita la tutela cautelar específica del art. 762 LEC».

2. La demanda tuvo entrada el 28 de abril de 2021 y fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Las Palmas de Gran Canaria. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y contestó a la demanda.

4. D.ª Clara contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba.

«Se dicte sentencia por la que se desestime la demanda deducida de contrario, con imposición de costas a la actora por su manifiesta mala fe y temeridad».

5. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia de fecha 22 de noviembre de 2021, con el siguiente fallo:

«Se desestima la demanda de D. Agapito contra D.ª Clara ».

6. D. Agapito presentó escrito solicitando aclaración o complemento de la anterior sentencia que fue denegado mediante auto de 31 de enero de 2022.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que lo tramitó con el número de rollo 552/2022 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 9 de octubre de 2023, con el siguiente fallo:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Agapito contra la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Las Palmas de Gran Canaria en el Juicio Verbal número 528/2021 sobre adopción de medidas judiciales de apoyo de D.ª Clara debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia.

»No se imponen a ninguna de las partes las costas causadas en esta alzada».

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

1. D. Agapito interpuso recurso de casación. Los motivos del recurso de casación fueron:

«Motivo Primero: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477, apdos. 2 y 3 de la LEC, por infracción de los arts. 249, 250, 255, 259, 268, 269, 270 y 287 del CC.



»Motivo Segundo: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477, apdos. 2 y 3 de la LEC, por existencia de interés casacional.

»Motivo Tercero: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477, apdos 2 y 3 de la LEC, por infracción del art. 759, apdos. 1.º y 4.º de la LEC, puesto en relación con los arts. 225.3º y 227 de la misma».

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 3 de abril de 2024, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

»Admitir el recurso de casación interpuesto por D. Agapito contra la sentencia dictada con fecha de 9 de octubre de 2023 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (sección 3.ª) en el rollo de apelación n.º 552/2022 dimanante del procedimiento n.º 528/2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Las Palmas de Gran Canaria».

3. Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4. Por providencia de fecha 16 de septiembre de 2024 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 9 de octubre de 2024, fecha en que mediante providencia se acordó su suspensión y se acordó su pase al conocimiento del Pleno de la Sala, a cuyo efecto se señaló al día 30 de octubre de 2024, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del procedimiento y resumen de antecedentes

En recurrente en casación plantea la necesidad de establecer judicialmente una curatela como medida de apoyo de su madre, que antes de la vigencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio, había otorgado un poder general con cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad a favor de otros dos hijos. No se discute la necesidad de apoyo, sino si debe constituirse judicialmente una curatela a pesar del previo otorgamiento del poder.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. El 28 de abril de 2021, Agapito interpuso una demanda por la que solicitaba la declaración de incapacidad de su madre, Clara (nacida el NUM000 de 1937), y la constitución de tutela.

Tras la entrada en vigor durante la tramitación del procedimiento de la reforma en materia de discapacidad por la Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre derechos de las personas con discapacidad, el actor modificó su petición y solicitó que se adoptara una medida judicial de apoyo consistente en curatela y que se le designara para el cargo de curador.

2. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. Partió para ello de lo dispuesto en el art. 255 CC y de la existencia de una escritura pública de 20 de abril de 2021 por la que Clara había conferido poder general a favor de sus hijos Mario y Tatiana con cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad.

El juez entendió que, al existir una medida de apoyo de naturaleza voluntaria que consideró suficiente, debían respetarse los deseos y preferencias de Clara. Aun cuando consideró que el proceso no tenía por objeto la eficacia de dicho poder, tuvo en cuenta el juicio de capacidad que realizó el notario al autorizar la escritura de poder, así como el hecho de que la Sra. Clara ya hubiera otorga anteriormente, en escritura de 15 de mayo de 2018, un poder general a favor de su hijo Mario.

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el demandante, Agapito. En su recurso denunció la infracción de las normas procesales: (i) al no haberse admitido los medios de prueba que propuso en el acto de la vista (interrogatorio, testifical y documental) y los que había propuesto de forma anticipada a su celebración (requerimiento del historial médico completo de la demanda e informes sociosanitarios); (ii) al no haberse practicado las pruebas que de forma preceptiva prevé el art. 759 LEC, en especial, la entrevista judicial con la persona con discapacidad; y (iii) al haberse omitido por el Juzgado el trámite previsto en el art. 758 LEC, admitiendo de forma extemporánea el poder otorgado en fecha 20 de abril de 2021 por Clara, pues en ningún momento se alegó su existencia en la contestación y además no constaba inscrito en el Registro Civil.

El recurrente en apelación alegaba en su recurso que la sentencia de primera instancia era contraria al principio de justicia rogada, pues no adoptó medidas judiciales de apoyo al considerar que debía respetarse las preferencias de la Sra. Clara sin tener en cuenta que nada de ello fue alegado por la demandada en su



contestación, que más bien se basó en la ausencia de padecimiento cognitivo y en la ausencia de merma de sus facultades o habilidades. Consideraba que ello no podía quedar salvado con la petición realizada por el Ministerio Fiscal pues, al no haberse realizado la entrevista judicial, no pudo constatarse si, como finalmente concluyó el juez, el referido poder era la voluntad o preferencia de la Sra. Clara. Añadía que, en todo caso, el poder otorgado el 20 de abril de 2021 no se acomodaba a las exigencias de la Ley 8/2021 pues, tratándose de un poder con cláusula de subsistencia, debió establecer las medidas u órganos de control oportunos, las condiciones e instrucciones y las salvaguardas para evitar, abusos, conflicto de intereses o influencia indebida, lo que en el caso resultaba necesario ante la irregular gestión y disposición que venía haciendo su hermano Mario de los bienes de su madre, razón por la que invocaba los arts. 258 y 249 CC. Consideraba también el apelante que el juzgador no había valorado adecuadamente la nulidad del poder por encontrarse la capacidad de la demandada afectada por la enfermedad degenerativa que padecía desde, al menos, antes del 2019, alegación que consideraba tenía su reflejo en las conclusiones expuestas en el dictamen del Instituto de Medicina Legal elaborado apenas cuatro meses después del otorgamiento del poder. Destacaba también la trascendencia que, a su juicio, hubiera tenido la aportación a los autos de la resolución por la que se reconoció a la demandada una discapacidad físicapsíquica-sensorial del 81%, así como los demás informes médicos y socio sanitarios, pues hubieran desvirtuado el juicio de capacidad que realizó el notario.

En definitiva, el demandante-apelante consideraba que la sentencia debió haber establecido una curatela con las debidas salvaguardas y controles para garantizar que la medida de apoyo se llevaba a cabo de forma satisfactoria.

En el suplico del recurso de apelación se solicitaba como medida judicial de apoyo la curatela con designación de curador al actor, o a su hermano, o bien a los dos (Mario , para el ámbito familiar y apoyo personal, y Agapito para el ámbito patrimonial), con las salvaguardas establecidas en el art. 277 y siguientes del Código Civil.

4. La representación de Clara y el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso de apelación, que fue desestimado por la sec. 3.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria por sentencia de 9 de octubre de 2023, que confirmó la sentencia del juzgado.

A la vista de la prueba practicada, la sentencia recurrida aprecia la necesidad de apoyo. Así, refiere que ha quedado acreditado en la instancia que:

« Clara , padece un deterioro cognitivo leve, en relación con proceso neurodegenerativo vascular; diagnosticada de Enfermedad de Alzheimer, con afectación de sus capacidades intelectual y volitiva que de momento, le permite expresar su voluntad, deseos y preferencias de forma libre. Valoración pronóstica: se trata de un proceso evolutivo crónico, en el que se van perdiendo habilidades progresivamente a lo largo del tiempo. Repercusión en las facultades de autogobierno: De lo expuesto anteriormente se desprende que Dª Clara mantiene cierta autonomía para su manejo personal, precisando de supervisión para actividades cotidianas relacionadas con el aseo y la alimentación. Debido al deterioro cognitivo leve que padece, precisa de apoyo de mayor intensidad para todos los asuntos de tipo económico, jurídico, administrativos, y para aquellos relacionados con el cuidado y control de su salud.

»Estas conclusiones del informe médico forense han podido ser corroborados por la Sala en la entrevista realizada a la Sra. Clara .

»D.ª Clara , que manifestó conocer que su hijo Agapito era quien había iniciado el procedimiento y que "reclamaba que no estuviera en una residencia o algo parecido", explicó en la entrevista que vivía con su hijo D. Mario en su casa de La Cuesta del Reventón y que era él quien encargaba de prepararle la medicación y llevarle a las consultas médicas. Valoró muy positivamente el cuidado y apoyo que le viene prestando su hijo (mins. 10 y 15 aprox. de la entrevista) hasta el punto de señalar que D. Mario era como su padre y que le había "adoptado", aludiendo también en otro momento de la entrevista a la ayuda que le había procurado en la época en la que dijo haberse encontrado muy deprimida, pero que consideraba superada.

»En cuanto a su situación económica, la Sra. Clara no ofreció detalles sobre su patrimonio manifestando solo que tenía varias propiedades en la isla algunas de ellas en alquiler, pero reconoció haber delegado en su hijo D. Mario las cuestiones relacionadas con su administración valorando también de forma positiva su gestión; relatando que su hijo le daba cuentas y aseguró también que éste no haría nada que fuera contrario a sus deseos; expresó que confiaba plenamente en él. 8 Y a propósito de dichas manifestaciones, D.ª Clara fue preguntada si existía algún problema entre sus hijos con algunas de sus propiedades, a lo que contestó refiriéndose a la vivienda que tiene en Ojos de Garza pues, tras relatar las circunstancias en la que adquirió dicho inmueble, explicó que se la había cedido a su hijo D. Agapito pero que le había pedido que se la devolviera para poder obtener alguna rentabilidad puesto que también disfrutaba de otro de sus inmuebles, una vivienda en Las Palmas, por la que tampoco pagaba nada; asimismo explicó que el hecho de que D. Agapito hubiera ejecutado obras en ese inmueble no podía significar que la casa no fuera suya y, cuando fue preguntada si



había promovido un juicio para recuperar dicha vivienda, la de Ojos de Garza, dijo recordar algo pero indicó que quien podía dar seguridad era su hijo D. Mario puesto que era quien llevaba estos asuntos.

»También señaló que para poder llevar a cabo todas estas gestiones había apoderado a su hijo D. Mario y a su hija D.^a Tatiana hace años y que dicho poder se "tuvo que renovar" en fechas más recientes, debiéndose destacar especialmente la forma en que explicó la inclusión en este último poder de la cláusula de subsistencia pues, cuando fue preguntada si la diferencia entre el primer poder y el segundo estribaba en que se había introducido alguna cláusula especial en el segundo, D.^a Clara, adelantándose a la pregunta que se le formulaba, manifestó haberse incluido la indicación de que el poder se mantendría "en el caso de que perdiera su control" (min. 19 aprox. de la entrevista), mostrándose conforme también con que se mantuviera así porque "había ido estupendamente".

»La parte apelante considera, en cambio, que el deterioro cognitivo de la Sra. Clara no es leve y además no comparte las conclusiones del informe médico forense cuando señala que D.^a Clara pueda expresar sus preferencias o deseos de forma libre sobre todo teniendo en cuenta que tiene reconocido un 81% de discapacidad física-psíquica sensorial desde el año 2019 entendiéndose que de haberse traído a los autos todos los informes médicos que llevaron a reconocer ese grado de discapacidad se habrían desvirtuado las conclusiones del informe pericial.

»Sin embargo estas alegaciones no pueden ser acogidas pues no consideramos que dicho grado de discapacidad que se reconoce en el ámbito administrativo y que abarca no solo la esfera psíquica sino también la sensorial y física pueda desvirtuar lo que fue apreciado por la Sala en la entrevista judicial y las conclusiones de los informes periciales. Téngase en cuenta que para la elaboración del informe en primer instancia la forense contó con amplia documentación médica anterior y posterior al reconocimiento de la discapacidad como el historial en atención primaria desde el año 2007, el informe del servicio de neurología en donde se reflejaban antecedentes del año 2019 así como el informe emitido en el año 2021 por técnico de la Asociación de Alzheimer de Canarias de cuyo centro era usuaria D.^a Clara desde el año 2019, indicándose en el mismo que la Sra. Clara presentaba un deterioro cognitivo muy leve. A todo lo anterior se añade el informe de Servicio de Psiquiatría de fecha 20 de diciembre de 2021 cuyo contenido se tuvo en cuenta al emitir el informe en la segunda instancia en el que se refleja que "en el momento actual no se observa afectación cognitiva más allá de lo esperable por la edad de la paciente"».

A continuación, la Audiencia Provincial analiza si es preciso constituir una medida judicial, como pretende el actor, o si no procede por existir ya una de carácter voluntario. La Audiencia concluye que, existiendo una medida de apoyo voluntaria que se acomoda tanto a las preferencias y deseos que manifestó en su día D.^a Clara como a su voluntad actual, y constando que dicha medida se viene ejerciendo de forma eficaz, debe desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia de primera instancia.

En síntesis, la Audiencia se basa en las siguientes consideraciones: el poder no es nulo, pues de acuerdo con la transitoria 3.^a de la Ley 8/2021 subsiste y la inscripción en el Registro Civil es a meros efectos de publicidad; que el poder se otorgara a instancias de los dos hijos apoderados no es manifestación de influencia indebida, sino respuesta a la necesidad de poder continuar haciéndose cargo de su madre en caso de que en el futuro empeorara o no estuviera bien, pues hubo un poder anterior otorgado por la madre a favor de Mario pero se enteraron casualmente por una gestión en la notaría que no podría subsistir en caso de incapacidad o incapacitación; que D.^a Clara no parece haya sido, según su experiencia pasada, las declaraciones de la hija, ni lo dicho en la entrevista, una persona fácilmente influenciada, y que de hecho el desempeño de la medida voluntaria se corresponde con sus deseos actuales, sin que se aprecie ningún perjuicio para ella de su ejercicio; en la esfera personal y de salud, el hijo Mario se viene ocupando de forma adecuada del cuidado y atención de la madre, el actor desde hace años no tiene contacto con la madre y sus alegaciones sobre falta de cuidado son contradictorias con su petición de que una de las personas que puede asumir el cargo de curador para lo personal sea Mario y el propio Agapito para el ámbito patrimonial; en la esfera patrimonial, frente a las denuncias del actor-apelante de opacidad en la gestión patrimonial por el hijo que ya estaba apoderado con anterioridad, la Audiencia considera relevantes las manifestaciones de la hija, no solo por su cualificación profesional y su condición de empleada de una entidad financiera sino también por estar al margen del conflicto entre los hermanos, que dio explicaciones satisfactorias del destino de unos préstamos solicitados por la madre cuando tenía plena capacidad, sin que pusiera ninguna objeción a la gestión que realizaba su hermano Mario ; D.^a Tatiana es conocedora de la interposición de la demanda de desahucio contra Agapito para recuperar uno de los dos inmuebles que había cedido a su hijo, y el desahucio se corresponde con su voluntad.

5. Agapito ha interpuesto un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

6. La parte recurrida y el Ministerio Fiscal se han opuesto a la estimación del recurso.

SEGUNDO.- Planteamiento del recurso de casación



El recurso de casación se funda en tres motivos.

1. En el primero, al amparo de lo dispuesto en el art. 477. 2 y 3 LEC, el recurrente denuncia la infracción de los arts. 249, 250, 255, 259, 268, 269, 270 y 287 CC.

En su desarrollo expone, en síntesis, que una vez sobrevenida la discapacidad y siendo preciso un apoyo, procede que el juez constituya mediante resolución motivada la curatela (art. 259 CC), aunque sea en las personas determinadas en el poder general que, al no contener las facultades del art. 258 CC, no es medida de apoyo suficiente. Considera que es preciso que se cumplan los requisitos de los arts. 270 y 287 CC, que se establezcan salvaguardas necesarias (art. 249 CC) y los medios de control precisos para garantizar los derechos, voluntad y preferencias de quien precisa el apoyo y evitar abusos, conflictos de intereses e influencia indebida.

El recurrente alega que concurre interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina de esta Sala relativa a los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos tras la Ley 8/2021, de 2 de junio. Considera que la sentencia recurrida se opone a la sentencia de pleno 589/2021, de 8 de septiembre, y a la sentencia 706/2021, de 19 de octubre.

El recurrente reprocha a la sentencia que no establezca una curatela a pesar de que aprecia que en el momento en que se dicta ha sobrevenido la necesidad de un apoyo por entender que existe una medida voluntaria, cuando lo cierto es: que el poder otorgado en su día por la madre a favor de los otros dos hijos no contiene las facultades contempladas en el art. 258 CC; el poder no fue comunicado por el notario al Registro Civil, con incumplimiento de las obligaciones que le imponen el Código civil y la Ley del Registro Civil; la madre necesita apoyos de mayor intensidad, y por tanto procede constituir una curatela; ha sobrevenido una causa de necesidad con posterioridad al otorgamiento del poder.

2. En el segundo motivo, el recurrente denuncia la infracción de los arts. 260 y 300 CC en su redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, así como del art. 77 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC 2011).

Alega que concurre interés casacional porque la sentencia recurrida aplica normas sobre las que no existe doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

En su desarrollo, en síntesis, impugna la manifestación de la sentencia recurrida acerca de que la falta de inscripción en el Registro Civil no afecta a la validez del poder. El recurrente razona que, dada la trascendencia de los apoyos no judiciales, procede considerar que la inscripción de los poderes preventivos, para los que la ley exige escritura pública e inscripción, debe ser constitutiva, de modo que no surta efectos el poder otorgado hasta que se lleve a cabo la inscripción. Argumenta que el art. 18 LRC 2011 permite inscripciones constitutivas para algunos actos frente a la regla general de la eficacia de la publicidad de la inscripción, lo que estaría justificado en este supuesto por razones de seguridad jurídica. Concluye afirmando que, al no producirse la inscripción del poder en el Registro Civil, la otorgante no cuenta con una medida de apoyo voluntaria.

3. En el tercer motivo, el recurrente denuncia, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2 y 3 LEC, la infracción del art. 759.1.º y 4.º LEC, puesto en relación con los arts. 225.3º y 227 LEC.

El recurrente invoca interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Cita las sentencias 206/2022, de 14 de marzo, y 899/2021, de 21 de diciembre. Denuncia que la ausencia de pruebas en primera instancia no puede validarse en la alzada, al ser obligatorias en las dos instancias, por lo que procede la nulidad.

En el desarrollo del motivo el recurrente explica que el juzgado no admitió todos los medios de prueba que propuso en la demanda, que tampoco practicó la entrevista personal con la Sra. Clara con el argumento de que ya se había realizado por el Instituto de Medicina Legal, y que consideró innecesaria la práctica de testifical propuesta, así como la aportación de los informes interesados de la discapacidad declarada de la Sra. Clara por el Gobierno de Canarias (81%). Explica que en su recurso de apelación interesó la práctica en segunda instancia de los siguientes medios probatorios (i) interrogatorio de la Sra. Clara ; (ii) testificales de Mario y de Agapito ; (iii) y dos periciales socio sanitarias. Añade que la Audiencia dictó auto el 31 de octubre de 2022 por el que acordó admitir la entrevista a la Sra. Clara y la declaración de Mario pero, en cambio, inadmitió la declaración del actor por haber sido el mismo oído en su demanda y recurso, así como de las periciales socio sanitarias interesadas. Con fecha 21 de diciembre de 2022, la Audiencia desestimó el recurso de reposición interpuesto y con fecha 26 de septiembre de 2023 dictó auto por el que volvió a confirmar la denegación de la práctica de la prueba documental interesada (periciales socio sanitarias). Considera que todo ello supone infracción del art. 759.1 y 4 LEC, con infracción de una garantía fundamental al decidirse sobre las medidas de apoyo sin practicar toda la prueba interesada por el actor ahora recurrente y sin practicar en las dos instancias las prueba establecida en el art. 759.1 LEC, por lo que considera que procede declarar nulidad de actuaciones.



4. En síntesis, en el suplico de su recurso, el actor ahora recurrente solicita que se case la sentencia apelada, y se estime el recurso de apelación de modo que: i) Se constituya la curatela por ser insuficiente la medida voluntaria y no haberse fijado las facultades del art. 258 CC. ii) Se declare que la inscripción del poder en el Registro Civil es constitutiva. iii) Se acuerde la necesidad de apoyos y por tanto se acuerde una curatela a favor del recurrente o subsidiariamente de sus hermanos. iv) «En defecto o previamente a todo lo anterior» (sic), solicita que se declare la nulidad de sentencia con retroacción de actuaciones para la práctica por el juzgado de las pruebas previstas en el art. 759 LEC para que sean realizadas en las dos instancias y, en defecto de lo anterior, y previa retroacción de actuaciones, se ordene a la Audiencia Provincial practicar aquellos medios probatorios que no se han practicado.

TERCERO.- *Tercer motivo del recurso de casación. Práctica preceptiva de pruebas en los procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo. Desestimación del motivo*

Comenzaremos dando respuesta a lo planteado en el tercer motivo del recurso de casación en la medida en que se dirige a que se declare la nulidad con retroacción de actuaciones y devolución, bien al juzgado bien a la Audiencia Provincial.

1. En síntesis, lo que se alega en este motivo es que en primera instancia no se llevó a cabo por el juzgado la entrevista a la persona que precisa apoyo y que tampoco se admitió toda la prueba solicitada por la parte actora, concretamente unos informes periciales de una fecha anterior al momento en el que se presentó la demanda de incapacitación en la primera instancia (fundamentalmente, la documentación medica que sirvió de fundamento para la resolución administrativa del Gobierno de Canarias por la que se reconoce una discapacidad del 81% y los informes emitidos para la valoración o reconocimiento de la dependencia).

El motivo va a ser desestimado, de conformidad con la jurisprudencia de la sala y la doctrina del Tribunal Constitucional.

2. La reciente STC 106/2024, de 9 de septiembre, sintetiza la doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y la denegación de la prueba solicitada, en los siguientes términos:

«La doctrina del Tribunal Constitucional más representativa, asentada ya en la STC 149/1987 <hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/881><hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/881> de 30 de septiembre, FJ 3, sostiene que "siendo indiscutible la existencia de una relación entre denegación de pruebas e indefensión, pero no son conceptos que hayan sin más de equipararse" y solo puede tener relevancia constitucional -por provocar indefensión- la denegación de pruebas que siendo, solicitada en el momento y forma oportunas, no resultase razonable y privase al solicitante de amparo de hechos decisivos para su pretensión.

En esa misma resolución, el Tribunal añade que la denegación de las pruebas solo generará indefensión cuando esta sea de carácter material y pueda apreciarse el efectivo menoscabo del derecho de quien por ese motivo busca amparo, siendo claro que no existe una indefensión de relevancia constitucional cuando la inadmisión de la prueba se ha producido, o bien debidamente, en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda, o incluso, cuando aun existiendo en la inadmisión de la prueba una irregularidad procesal, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, por no existir o no demostrarse la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas.

En esta dirección, en la mucho más reciente STC 148/2023 <hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/29819><hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/29819> de 6 de noviembre, FJ 3, recordábamos que para que una irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica o a su valoración) cause por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, la prueba denegada o no practicada debe resultar decisiva en términos de defensa, de suerte que, de haberse practicado la prueba omitida, la resolución final del proceso hubiese podido ser distinta en el sentido de resultar favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental. Hemos reiterado también que recae sobre el recurrente la carga de acreditar la indefensión sufrida, lo que supone que ha de demostrar la relación entre los hechos que se quiso y no se pudo probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, además, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de las pretensiones. Solo en tal caso -comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado- podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional (por todas, SSTC 247/2004 <hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5252><hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5252> de 20 de diciembre, FJ 3; 23/2007 <hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5990> <hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5990> de 12 de febrero, FJ 6; 94/2007 <hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6061><hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6061> de 7 de mayo, FJ



3; 185/2007 <hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6152><hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6152> de 10 de septiembre, FJ 2; 240/2007 <hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6207><hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6207> de 10 de diciembre, FJ 2, y 22/2008 <hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6254><hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6254> de 31 de enero, FJ 2)».

La doctrina de esta Sala Primera también se ha pronunciado sobre la pertinencia y relevancia de la prueba propuesta como requisitos para perfilar el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva (sentencias 152/2006, de 22 de febrero; 647/2014, de 26 de noviembre y 465/2019, de 17 de septiembre, entre otras):

«i) Pertinencia. El art. 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba "pertinentes", implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi* [supuesto que debe decidirse] (SSTC 147/2002, de 15 de junio; 70/2002, de 3 de abril; 165/2001, de 16 de julio; y 96/2000, de 10 de abril), pues lo contrario significaría que se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad (AATC 96/1981, de 30 de septiembre; 460/1983, de 13 de octubre; y 569/1983, de 23 de noviembre), vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el art. 24.2 CE (STC 17/1984, 7 de febrero).

»(...)

»iii) Relevancia. Es exigible que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante (por todas, STC 157/2000, de 12 de junio); cosa que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (STC 147/2002, de 15 de julio), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 de abril), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre)».

3. La aplicación al caso de la anterior doctrina determina la desestimación del motivo tercero del recurso de casación.

La entrevista de la persona para la que se solicitan apoyos y la audiencia de los parientes más próximos son preceptivas en primera y segunda instancia tanto en el régimen vigente como en el anterior a la Ley 8/2021, y así se reconoce, entre otras, en la sentencia que cita el recurrente 206/2022, de 14 de marzo, que declara la nulidad de la sentencia de apelación por falta de práctica en segunda instancia de las pruebas preceptivamente exigidas en primera y segunda instancia. Pero en el supuesto que ahora juzgamos la omisión del juzgado se subsanó en segunda instancia con la entrevista realizada por la Audiencia Provincial y de la que da cuenta la sentencia de apelación, que también deja constancia de que se dio audiencia a los tres hijos, incluido el actor, y así consta también en el acta levantada.

El motivo se desestima porque no tendría sentido devolver las actuaciones al juzgado para que realizara una entrevista cuando la Audiencia ha subsanado la omisión del juzgado, y cuando en la sentencia recurrida se refiere que se dio traslado a las partes de su contenido a efectos de someter dicha prueba a contradicción, sin que se formulara en ese momento objeción alguna por la parte apelante por no haberse indagado o preguntado a D.^a Clara sobre cuestiones que consideraba de trascendencia.

Ninguna indefensión se ha producido al actor, pues como advierte el Ministerio fiscal, la parte demandante ha estado presente desde el inicio del procedimiento y con una activa intervención.

Por otra parte, no debe perderse de vista que la razón de ser de este proceso de provisión de apoyos es la tutela de los derechos de la persona con discapacidad, que tiene como primer y esencial objetivo, siempre que se pueda, superar los impedimentos o limitaciones que derivan de la discapacidad para facilitar el pleno ejercicio de los derechos. En este caso se practicó la prueba preceptiva que exige la ley (art. 759.4 LEC), sobre cuya trascendencia ha vuelto a pronunciarse la sala recientemente en la sentencia 854/2024, de 12 de junio. La Audiencia valora motivadamente su decisión referida a la discapacidad, la voluntad de D.^a Clara y la existencia de apoyo suficiente con arreglo a toda la prueba practicada, incluido el dictamen pericial que se repitió en la segunda instancia, en un momento prácticamente inmediato al momento en que D.^a Clara fue entrevistada por la sala. El mencionado dictamen pericial fue ratificado y sometido a contradicción en el acto de la vista, donde la ahora recurrente preguntó y expuso cuanto tuvo por conveniente.

La única prueba de las interesadas por el apelante que no se ha practicado en la alzada es la documental que constaba en los apartados 3) y 4) del otrosí digo del escrito de interposición del recurso de apelación, que pretendía la aportación de los informes emitidos en virtud de los que se reconoció a D.^a Clara una discapacidad



del 81% y la aportación del expediente incoado para el reconocimiento de la situación de dependencia. La petición fue denegada en varias ocasiones por la Audiencia de manera razonada pues, como advierte el Ministerio fiscal, los criterios y valoraciones en el ámbito de la discapacidad administrativa y de la dependencia son diferentes y atienden a parámetros y finalidades distintas, pues si fueran determinantes no sería preciso un procedimiento contradictorio con intervención de la autoridad judicial para determinar la necesidad o no necesidad de apoyos para la capacidad jurídica. En este sentido, conforme a la jurisprudencia de la sala, recogida entre otras en las sentencias 1188/2024, de 24 de septiembre, y 964/2022, de 21 de diciembre, lo relevante no es tanto el diagnóstico de una enfermedad o trastorno psíquico que genera la situación concreta de discapacidad, como las concretas necesidades que provoca para el ejercicio de los derechos de esa persona.

Por todo ello, el motivo tercero del recurso de casación se desestima.

Analizamos en segundo lugar el motivo segundo del recurso de casación puesto que la sentencia recurrida considera innecesaria la constitución de una medida judicial de apoyo en atención a la existencia de una medida voluntaria consistente en un poder preventivo y en el motivo segundo del recurso se denuncia que la otorgante no cuenta con tal medida porque el poder no fue inscrito.

CUARTO.- Segundo motivo del recurso de casación. Falta de inscripción del poder. La inscripción de las medidas de apoyo en el Registro Civil no tiene carácter constitutivo

1. El motivo segundo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts.

260 y 300 CC y del art. 77 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC 2011) porque considera que el poder otorgado por la madre en favor de sus hermanos, en la medida en que no fue remitido por el notario que lo otorgó al Registro Civil y no fue inscrito, carece de validez, por lo que la madre no dispondría de un apoyo voluntario.

El motivo va a ser desestimado.

2. El recurrente cita preceptos en su redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, y en vigor desde el 3 de septiembre de 2021. El art. 260 CC introduce la exigencia expresa del otorgamiento de los poderes preventivos en escritura pública. Además, añade el precepto en su apartado segundo: «El notario autorizante los comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante». La misma Ley 8/2021 da nueva redacción al apartado 10 del art. 4 y al art. 77 LRC 2011, que se refieren en la actualidad la inscripción de los poderes y mandatos preventivos, y en general de las medidas de apoyo voluntarias en el registro individual del interesado el documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes. Estas disposiciones están en la línea de lo dispuesto en el art. 300 CC, que con carácter general establece que «las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil».

La redacción original de la LRC 2011 (en vigor desde el 30 de abril de 2021) contemplaba en los arts. 4.13.º y 77 la inscripción de la autotutela y los apoderamientos preventivos.

Para los poderes otorgados con anterioridad, reconocidos por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que dio nueva redacción al art. 1732 CC, no se mencionaba expresamente la exigencia de escritura pública (lo que debería tenerse en cuenta en atención a la fecha de otorgamiento del poder, conforme a la disposición transitoria 2.ª CC), y hasta la Ley 1/2009, de 25 de marzo, no se introdujo en el art. 46 ter LRC 1957 la posibilidad de que accedieran al Registro Civil lo que la ley llamó "apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante».

En el caso el poder, otorgado el 20 de abril de 2021, sí se otorgó en escritura pública pero no se remitió al Registro civil.

3. La validez y la eficacia del poder no está supeditada a su inscripción en el Registro Civil, ni en el derecho vigente cuando se otorgó el poder por D.ª Clara ni en la actualidad. El poder confiere legitimación al margen de su inscripción, a la que la ley no confiere naturaleza constitutiva.

El art. 2 LRC 1957 atribuía a la inscripción con carácter general la eficacia probatoria y el deber de comunicar hechos inscribibles no significa que la inscripción sea constitutiva (como resulta en la actualidad de la dicción de las letras b. y c. del art. 12 LRC 2011). Expresamente declara el art. 18 LRC 2011 que la inscripción en el Registro Civil sólo tendrá eficacia constitutiva en los casos previstos por la ley (así, en los supuestos de los arts. 23 y 26 CC, o arts. 57.2, 68, 91.2 LRC 2011), lo que no sucede para los poderes preventivos.



La inscripción de las medidas voluntarias permite al juez conocerlas cuando se le solicita una medida judicial y valorar si, pese a ellas, procede que establezca el apoyo judicial (art. 758 LEC). Para las medidas de apoyo voluntarias ni siquiera se establece, a diferencia de lo que sucede para las resoluciones judiciales de provisión de apoyos, que solo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones (art. 73 LRC 2011) y la regla general, conforme al art. 19.2 LRC 2011 es que «en los casos legalmente previstos» los hechos y actos inscribibles conforme a las prescripciones de esta Ley serán oponibles a terceros desde que accedan al Registro Civil.

El motivo segundo del recurso de casación, por ello, se desestima, pues la no inscripción en el Registro Civil no permite negar ni la validez ni la eficacia del poder.

QUINTO.- *Primer motivo del recurso de casación. Poder general con cláusula de subsistencia para el caso de incapacitación otorgado antes de la Ley 8/2021, de 2 de junio . Procedencia de constitución de una medida judicial de apoyo (curatela). Desestimación del motivo*

1. El recurrente denuncia en el motivo primero la infracción de los arts. 249, 250, 255, 259, 268, 269, 270 y 287 CC porque considera que debe establecerse una curatela como medida de apoyo a la discapacidad sobrevenida que padece su madre en atención a que el poder general con cláusula de subsistencia que esta otorgó a favor de los otros dos hijos no es suficiente, y ello tanto por la discapacidad apreciada por la propia sentencia como por carecer el poder otorgado del contenido previsto en el art. 258 CC para los poderes preventivos.

El motivo va a ser desestimado por lo que decimos a continuación.

2. El poder general con cláusula de subsistencia fue otorgado por D.^a Clara al amparo de la redacción entonces vigente del último párrafo del art. 1732 CC, introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, y conforme a la cual:

«El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor».

En el año 2003, el legislador asumió la realidad práctica de los poderes otorgados por personas de edad avanzada en previsión de una pérdida de capacidad, dando carta de naturaleza a los llamados poderes preventivos, si bien no llegó a establecer un régimen jurídico para ellos. El art. 1732 CC se limitaba, en sede de regulación del mandato, a establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sería causa de extinción del mandato cuando el mandante hubiera dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pudiera ser acordada por el juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor.

En este contexto normativo, D.^a Clara otorgó el 20 de abril de 2021 un poder general a favor de sus hijos Mario y Tatiana para que cualquiera de ellos actuara indistintamente en nombre y representación de la poderdante, «sin limitación de clase alguna» las amplias facultades que se enumeraban tanto en el ámbito patrimonial como en la esfera de las decisiones personales sobre el bienestar y la salud. En el poder se recogía la voluntad de la otorgante, cuya capacidad en el momento del otorgamiento no se discute en este recurso, de que «a los efectos de lo prevenido en el último párrafo del artículo 1732 del Código Civil, el mandato aquí conferido no se extinga por la incapacitación sobrevenida de la poderdante».

3. El actor funda el recurso de casación en preceptos que fueron redactados por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021. La demanda se presentó el 28 de abril de 2021, con anterioridad a la promulgación y la entrada en vigor de la mencionada ley, de la que tenemos que tomar en consideración las disposiciones transitorias sexta («procesos en tramitación») y tercera («previsiones de autotutela, poderes y mandatos preventivos»).

En primer lugar, hay que advertir que nuestra sentencia debe acomodarse a la Ley 8/2021, de acuerdo con lo previsto en su disposición transitoria sexta:

«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».

En segundo lugar, puesto que D.^a Clara había otorgado un poder general con cláusula de subsistencia para el caso de incapacitación sobrevenida antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, debemos estar a la disposición transitoria 3.^a de la ley:



«Las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela y se regirán por la presente Ley.

»Los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil.

»Cuando la persona otorgante quiera modificarlos o completarlos, el notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquella desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias».

El poder otorgado por D.^a Clara, por tanto, de acuerdo con el párrafo segundo de la disposición transitoria 3.^a, queda sujeto a la Ley 8/2021, de 2 de junio (con el matiz que luego diremos respecto a la excepción a la aplicación del art. 259 CC).

4. Entre otras medidas de apoyo voluntarias, la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha optado por tipificar como tales a los negocios jurídicos unilaterales que confieren legitimación a terceros para que actúen en nombre y por cuenta del poderdante, es decir, poderes preventivos sin mandato, que no generan obligación alguna de actuación en el apoderado.

La regulación introducida en el Código civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, se refiere a los poderes preventivos tanto en su modalidad de poder con cláusula de subsistencia (con eficacia desde el otorgamiento, pero con cláusula de continuidad y subsistencia si en el futuro el poderdante precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad) como en su modalidad de «poder preventivo puro», es decir, aquellos poderes cuya vigencia se pospone al momento en que en el futuro el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad (arts. 256 y 257 CC).

Así, entre las disposiciones generales referidas a las medidas de apoyo establece el art. 250 párrafo primero CC: «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». Y, en sede de medidas voluntarias de apoyo, dispone el art. 256 CC: «El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad». Y, conforme al art. 257: «El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido».

Como medida de apoyo, los poderes preventivos, fundados en el respeto a la autonomía de la voluntad, quedan sujetos a las disposiciones generales establecidas como criterios aplicables a todas las medidas de apoyo a las personas con discapacidad (arts. 249 y 250 CC).

La ley, además, otorga preferencia a las medidas voluntarias, pues solo en defecto o por insuficiencia de medidas de naturaleza voluntaria (y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente), podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias (art. 255, párrafo quinto CC).

5. En el nuevo régimen legal, al que quedan sometidos los poderes otorgados con anterioridad, los poderes preventivos son compatibles con otras medidas de apoyo que puedan establecerse a favor del poderdante. Así resulta de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 258 CC, conforme al cual, «mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado». Esta compatibilidad proclamada por la ley con las medidas de apoyo judiciales es posible si el juez considera la inadecuación del apoderamiento para algún asunto concreto (para el que podrá nombrarse un defensor judicial), o su insuficiencia o inadecuación permanente para determinados asuntos que, por ejemplo, no fueron contemplados en el poder (nombrando para estos ámbitos un curador). La previsión legal de la compatibilidad con otras medidas que pueda prever el propio interesado es coherente con la posibilidad de que la persona con discapacidad conserve la capacidad de expresar su voluntad de revisar o completar la previsión que realizó al otorgar el poder.

Pero en todo caso, cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos (y el curador, si lo hubiere), pueden solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa (párrafo cuarto del art. 258 CC)

6. La Ley 8/2021, de 2 de junio, también ha dado nueva redacción al art. 1732 CC, que en lo que ahora interesa, establece que el mandato se acaba: «5.º Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa



como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos».

Esta última previsión debe ponerse en relación con las líneas inspiradoras de la regulación de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Así, en sede de las disposiciones generales, establece el art. 249 CC que medidas de origen legal o judicial solo proceden en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. El art. 255 CC, sobre medidas voluntarias de apoyo, en su primer párrafo reconoce que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes. Y conforme al último párrafo de este mismo art. 255 CC, «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». En sede de curatela, el art. 268 CC ordena que las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos, además de ser proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, deben respetar siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atender en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Por ello, la constitución judicial de la curatela debe hacerse mediante una resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (art. 269 CC).

7. En definitiva, por lo que interesa a efectos de este recurso, de este conjunto normativo resulta que si existe un poder preventivo general que resulte suficiente no procede constituir la curatela.

Por ello, en el caso que juzgamos, contra lo que pretende el actor ahora recurrente, la constatación por la sentencia recurrida de que la madre necesita apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica no hace ineficaz el poder general que otorgó, sino que el poder con cláusula de subsistencia, en el nuevo régimen legal, se convierte en una medida de apoyo voluntaria sometida a la ley y puede funcionar como tal.

El recurrente argumenta que el poder otorgado no tiene el contenido del art. 258 CC, por lo que es insuficiente, pero en este caso tal alegación no se ajusta a las circunstancias concurrentes acreditadas y de las que parte la sentencia recurrida y tampoco tiene en cuenta lo previsto en la disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021.

Para los poderes otorgados después de la entrada en vigor de la ley es cierto, en primer lugar, que la ley reconoce a la autonomía individual amplias facultades para configurar las medidas de apoyo voluntarias. Así, el art. 255 CC permite al interesado establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio. También permite al interesado prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Más específicamente, sobre el contenido de los poderes preventivos, el art. 258 CC permite al poderdante establecer, «además de las facultades que otorgue, las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Podrá también prever formas específicas de extinción del poder».

Y también es cierto que, para lo no previsto por el poderdante que haya otorgado un poder general (que «comprenda todos los negocios del otorgante»), el art. 259 CC ha optado por ordenar la aplicación supletoria de la regulación de la curatela:

«Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevinida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa».

Pero se trata de un régimen dispositivo aplicable de manera subsidiaria de la voluntad individual y que el poderdante puede excluir puesto que, como termina diciendo el art. 259 CC, la sujeción del poder a las reglas aplicables a la curatela para lo no previsto por el poderdante es «salvo que el poderdante haya determinado otra cosa».

Con todo, es evidente que, pese a la amplitud con la que se permite al poderdante configurar el contenido del poder y evitar la aplicación supletoria del régimen de la curatela, lo que el poderdante no podrá excluir eficazmente es el control judicial que resulta de lo dispuesto en el último párrafo del art. 258 CC y en el art. 1732.5.º CC, a los que nos hemos referido ya, ni tampoco la aplicación del último párrafo del art. 249



CC, que permite al juez dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto, de la misma manera que tampoco podría evitar la adopción de medidas cautelares (art. 762 LEC) ni evitar que se exija responsabilidad y rendición de cuentas al apoderado tras la extinción del poder (cfr. art. 1720 CC). Ello, no solo porque estos preceptos no permiten excluir el control judicial, sino porque sería contrario a las exigencias de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, que en su art. 12.4 4 exige a los Estados Parte que aseguren «que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán 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, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

8. En el caso litigioso el poder fue otorgado antes de la vigencia de la Ley 8/2021 a favor de los hijos para que, sin limitaciones, ejercieran el largo elenco de facultades representativas que se enumeraban tanto en el ámbito de las decisiones personales referidas a su bienestar y salud como en el ámbito patrimonial, incluso en el supuesto de que los apoderados incurrieran en autocontratación, doble o múltiple representación o existieran intereses contrapuestos. 9. Conforme al régimen vigente en el momento del otorgamiento del poder (art. 1732 CC en la redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) no era posible recurrir supletoriamente a las normas previstas entonces para la tutela, pues ni estaba previsto en la ley ni era coherente con una institución dirigida a permitir la actuación en el tráfico jurídico en representación de la persona con discapacidad precisamente al margen de la incapacitación y la tutela.

Como ya hemos dicho, la Ley 8/2021 ha convertido los poderes preventivos en medidas de apoyo, y en virtud de su disposición transitoria 3.ª ha sometido al nuevo régimen legal a los poderes otorgados con anterioridad. Pero no lo ha hecho en su integridad, y ha respetado la voluntad de quienes los otorgaron antes del nuevo régimen legal. Por esta razón no somete tales poderes a controles que no estaban previstos legalmente cuando se otorgó el poder y que ahora pueden ser excluidos voluntariamente por quienes otorgan poderes conforme a la nueva ley. En este sentido, la disposición transitoria 3.ª de la Ley 8/2021, tras ordenar que los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a su entrada en vigor queden sujetos a ella, introduce la siguiente excepción:

«No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil».

Es decir, a los poderes preventivos otorgados con anterioridad a la Ley 8/2021, como es el del caso que juzgamos, no se les aplica la exigencia de constitución de fianza, la obligación de confeccionar inventario ni la necesidad de previa autorización o de posterior aprobación judicial para ciertos actos realizados en representación de la persona que requiere el apoyo. En cambio, con respecto a los poderes preventivos otorgados después de la vigencia de la mencionada ley, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 259 CC. En todo caso, quedan sujetos, como ya hemos dicho, al control judicial que resulta de lo previsto en el último párrafo del 249, en el último párrafo del art. 258 CC, en el art. 1732.5.º CC, en el art. 762 LEC y en el art. 1720 CC.

En este caso, al realizar a instancias del actor este control judicial (al que también está sometido la guarda de hecho conforme al art. 265 CC), la sentencia recurrida ha constatado que la necesidad de apoyos que requiere D.ª Clara está cubierta eficazmente en las relaciones con terceros por el ejercicio del poder otorgado por la madre a favor de sus hijos Mario y Tatiana, tanto en el ámbito patrimonial como en la esfera personal y de salud. También ha constatado que Mario, que vive con la madre, se encarga de prepararle la medicación, de acompañarla al médico y de cuidarla, y ha valorado que los apoyos se están prestando de manera adecuada y suficiente de conformidad con los deseos de la madre. Por ello, la sentencia recurrida concluye que no es preciso establecer ninguna medida de apoyo judicial, y tampoco ha observado que en este momento sea necesaria salvaguarda alguna, lo que no excluye que puedan ser precisas si en algún momento se aprecian concretos riesgos que justifiquen la adopción de medidas para su adecuada prevención.

En consecuencia, la sentencia recurrida no infringe los preceptos cuya infracción denuncia el recurrente, cuyo recurso de casación debe ser íntegramente desestimado.

SEXTO.- Costas

Dada la desestimación del recurso se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente.



FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Agapito contra la sentencia dictada con fecha de 9 de octubre de 2023 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (sección 3.ª) en el rollo de apelación n.º 552/2022 dimanante del procedimiento n.º 528/2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Las Palmas de Gran Canaria.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- Imponer a la parte recurrente las costas causadas por el recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ