

# Curatela representativa cuando la guarda de hecho no cubra las necesidades provocadas por la discapacidad

Comentario a la STS de 20 de octubre de 2023

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

[jesquivias1959@gmail.com](mailto:jesquivias1959@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

En esta sentencia el Tribunal Supremo desestima un recurso del Ministerio Fiscal porque considera adecuado el apoyo judicial con una curatela representativa, acordado por el juzgado de primera instancia y ratificado después por la audiencia que desestima la apelación. Lo importante aquí es el estudio que se hace del alcance de la aplicación de un apoyo judicial no obstante existir la guarda de hecho. La sentencia estudia la posibilidad de adoptar medidas de apoyo judiciales aun cuando ya exista una guarda de hecho, o aun cuando hubiere otra u otras de carácter voluntario. Con respeto absoluto al discapacitado, interpreta la nueva normativa a raíz de la Ley 8/2021, de 2 de junio, atendiendo a las circunstancias del caso, que son determinantes, huyendo así del rigorismo de la aplicación automática de una norma que pareciera querer soslayar la intervención judicial. Es importante destacar que las medidas de apoyo (guarda de hecho o curatela representativa) son complementarias o pueden acordarse por separado. Es decir, la existencia de una guarda de hecho, si es suficiente tanto en lo asistencial como en lo representativo, no precisa de ninguna otra. Pero también, cuando no cubre todo lo necesario –y ocurre en este caso que el hijo está pidiendo una curatela representativa en el ámbito patrimonial– convive con la curatela por virtud de la disposición legal que así lo contempla, concretamente el último párrafo de los artículos 255 y 263 del CC.

La demanda se interpone al amparo de la legislación anterior, por consiguiente, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de modificación de la norma procesal y sustantiva en materia de apoyo a las personas con discapacidad. El único hijo de la persona con discapacidad (con trastorno delirante senil) solicitaba que fuera nombrado tutor de su padre, con quien convive.

Sobre la base del informe médico forense, se concluye: «Padece de un deterioro severo de sus funciones cognitivas, volitivas e intelectivas» y «carece por completo de autonomía alguna, precisando incluso para la supervivencia el apoyo que le prestan terceras personas».

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 30 de noviembre de 2023).

Y sobre este criterio de capacidad la sentencia de primera instancia aplica la nueva normativa actual, y valora la conveniencia de nombrar un curador representativo en la persona de su hijo, porque no existe autonomía ni personal ni patrimonial. Obsérvese que viene ejerciendo la guarda de hecho y que se trata del único hijo con quien convive en el domicilio. También queda reflejado –porque lo considera importante la sentencia– que el padre lo quiere a él.

El fiscal considera que la guarda de hecho que viene ejerciendo el hijo es suficiente como medidas de apoyo, y que no precisa de curatela. Recurrida en apelación, la audiencia desestima el recurso.

Se recurre en casación por el Ministerio Fiscal al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º y 477.3 de la LEC, por cuanto la sentencia que se recurre infringe los artículos 255, 263 y 269 del CC, tratándose de normas cuyo contenido fue dado por la Ley 8/2021, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, no existiendo doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a las mismas.

El argumento esencial es el siguiente:

En el presente caso, no sería necesaria la curatela como medida de apoyo, ni sin justificación alguna otorgar funciones representativas para todo acto en la esfera personal y patrimonial, no explicándose el motivo de la decisión de esta medida judicial de apoyo, en la que no se concretan los actos (se hace de forma genérica), ni da la más mínima explicación de por qué se atribuye facultades representativas, máxime cuando no existe una necesidad presente ni del guardador, ni del discapaz, sino que se confiere poderes representativos para posibles actos futuros, cuando dichas necesidades, de llegar a producirse, tienen su trámite en los artículos 287 del Código Civil, en relación con los artículos 61 y siguientes de la Ley de jurisdicción voluntaria.

Pues bien, dicho lo anterior, no podemos eludir la importante sentencia del Pleno 589/2021, de 8 de septiembre (Norma CEF NCJ065683), que, por primera vez, resuelve un recurso de casación sobre el régimen de provisión de apoyos de la nueva Ley 8/2021, en función de la normativa. A su vez, recoge las palabras de la sentencia núm. 589/2021; sentencia que se centra en la guarda de hecho, pero que nos sirve para este comentario en la medida en que se refuerza el conocimiento más completo del espíritu de la Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre las distintas medidas de apoyo a las personas con discapacidad y la justificación de la intervención judicial excepcional, pues se parte de la dignidad de la persona con discapacidad y del reconocimiento máximo de su autonomía y de su capacidad de decisión, con el fin de que los apoyos voluntarios (o la guarda de hecho) sean los principales y ordinarios y los judiciales subsidiarios.

1. De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos:

- i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica;
- ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»;
- iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que solo se acordarán en defecto o insuficiencia de estas últimas;
- iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y
- v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

Por consiguiente, queda claro el carácter subsidiario de las medidas de apoyo judicial respecto de las voluntarias y que, de adoptarse por razones de insuficiencia o de ausencia de las mismas, se tendrán en cuenta los criterios de voluntad, deseos y preferencias del discapacitado, así como la proporcionalidad y necesidad.

Pero la sentencia que comentamos, con el fin de justificar la medida de curatela representativa del hijo sobre el padre, hace referencia a los criterios en que se sustenta: preferencia del padre por el hijo y, sobre todo, la necesidad de asistir a una cuestión patrimonial en concreto, que sin el apoyo judicial sería imposible (el padre sale de casa y saca dinero del banco o apertura cuentas; hechos que no puede controlar el hijo y que pueden justificar la curatela representativa en el ámbito patrimonial). Justificación que viene amparada en el artículo 268 del CC:

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 otro lado, si leemos la exposición de motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, observaremos que se ratifica la fuerza expansiva de la figura de la guarda de hecho, al constituirse como un instituto jurídico de verdadero apoyo, dejando de ser temporal cuando se demuestra «suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad». Pero también que la insuficiencia para los casos que requieran representación del discapaz sí justifica la intervención judicial. Este es el supuesto que plantea la sentencia, dando la razón a la audiencia provincial.

La importancia que adquiere la guarda de hecho ya fue detectada y comentada en la sentencia del Tribunal Supremo (Civil), sección 1.ª, de 23 de enero de 2023, núm. 66/2023, rec. núm. 9739/2021:

De esta forma, la Ley 8/2021 ya no contempla la guarda de hecho como una situación transitoria y provisional, avocada a desaparecer, tal como se introdujo en la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, en la que debía dar tránsito a una medida institucional y de nombramiento judicial.

Por eso queda reforzado el contenido del artículo 263 del CC, que mantiene al guardador en el desempeño de sus funciones cuando actúa adecuadamente «incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente». Y, por ello, el nombramiento de una curatela representativa no es incompatible con las funciones de guarda de hecho que viene ejerciendo el hijo respecto de su padre. Ni lo es con la de nombramiento de defensor judicial para un asunto puntual que no puede atender el guardador de hecho. Por otro lado, y como indica la sentencia anterior, el control de las funciones del guardador es importante, pues el artículo 52.2 de la Ley de la jurisdicción voluntaria prevé el control y la vigilancia por la autoridad judicial, a instancias del Ministerio Fiscal, «de la persona que precise medidas de apoyo o de cualquiera que tenga un interés legítimo».

El argumento de apoyo judicial viene perfectamente indicado en la referida exposición de motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio. No hace referencia la sentencia del Supremo a dicha exposición, pero se deduce de su razonamiento jurídico que se ampara en el precepto correspondiente, precisamente los mismos que considera vulnerados el Ministerio Fiscal. Se dice así:

La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias.

Bien es cierto que el apoyo se enmarca dentro de la figura de la guarda de hecho y que la sentencia admite la curatela representativa. Pero se infiere que la intervención judicial puede venir justificada por la naturaleza de la función, por la petición expresa de quien ejercer la guarda y por la necesidad y proporcionalidad. Es cierto que la ley, al tiempo que considera excepcional la curatela representativa, también la denomina principal medida de apoyo, admitiendo la medida «en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional»,

para que pueda atribuirse al hijo con funciones representativas (control de los actos del padre, diagnosticado de demencia senil severa) la facultad de evitar la disposición de las cuentas de la administración de los bienes, si fuera el caso. Ahora bien, no cabe negar la existencia de ciertas restricciones que en la práctica se pudieran dar, como, por ejemplo, el conflicto de intereses entre el discapacitado y el guardador, los abusos, las influencias indebidas, la existencia de varios familiares que se opongan al ejercicio de quien estuviera ejerciéndola, etc.

Pues bien, una vez comentada la importancia de la guarda de hecho y la excepcionalidad de la intervención judicial, y centrados más en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2023, conviene ahora ilustrar más convenientemente sobre las distintas posibilidades legales de apoyo y la justificación del tribunal sobre la curatela representativa acordada, que debe tener como referencia obligada el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, por cuanto supone el reconocimiento de la personalidad jurídica de toda persona discapacitada y el derecho que tiene a obtener el apoyo necesario para el ejercicio de su capacidad jurídica, reconociendo la «necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso».

Las medidas de apoyo –dice la sentencia– para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. La de carácter voluntario son las acordadas por la persona con discapacidad, que designa quién va a prestar el apoyo y con qué alcance.

Respecto de la guarda de hecho que el fiscal solicita, el precepto la configura como una medida «informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente». A su vez, el defensor judicial es una medida puntual de apoyo, ocasional y puede ser concurrente con las otras previstas legalmente.

Lo que justifica la intervención judicial, o el nombramiento de apoyos judiciales, viene regulado en el artículo 255 del CC, en el último párrafo: «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». Por tanto, la medida judicial de apoyo es subsidiaria de las anteriores voluntarias. De ahí que la sentencia haga la siguiente precisión: «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. Matización importante no concurrente en este caso, a diferencia de lo que sucedía en el supuesto resuelto por la sentencia 66/2023, de 23 de enero». No precisa de constitución formal, basta el mero ejercicio en interés del discapacitado, en su beneficio.

Sin embargo, que cada caso deba ser interpretado según sus circunstancias y la finalidad de la nueva norma no impide la intervención o el apoyo judicial en todo caso. Solo se manifiesta la voluntad del legislador de mantener el mayor grado de decisión de las personas en función de su discapacidad, primando su voluntad. Y sucede que, en este caso, el hijo solicita la curatela

representativa sobre todo porque la necesita en el ámbito patrimonial (resalta la sentencia que el anciano se va de casa sin avisar y saca dinero del banco o abre nuevas cuentas bancarias).

El Tribunal Supremo se ve obligado a interpretar esta nueva norma (art. 255 CC, último párrafo), diciendo algo lógico: no se puede interpretar rígidamente la norma para eliminar la aplicación de figuras judiciales de asistencia o protección del discapaz, de tal suerte que la guarda de hecho vacíe de sentido a la curatela, o que nos viéramos obligados a revisar toda tutela constituida con anterioridad a la norma para transformarla en guarda de hecho con la nueva. Para el Supremo, la petición expresa de apoyo judicial del hijo es significativa y lo importante es quién lo presta –y para qué–, no la figura jurídica que se adopte (guarda de hecho o curatela). Tan válido es no constituir una curatela cuando basta la guarda de hecho, como transformar esta en curatela si las circunstancias del caso lo aconsejan. Como válido es igualmente que se complemente la guarda de hecho con una curatela en aquellas funciones asistenciales o de representación que no alcance. Y por lo mismo, se puede decir que no toda tutela antigua debe transformarse necesariamente en curatela o en guarda de hecho, pues la revisión de las medidas anteriores a la Ley 8/2021 puede incluso llevar al archivo del expediente, por no ser necesario mantener la figura judicial. Al fin y al cabo, se actúa por expresa disposición legal, concretamente por el mandato del artículo 255 del CC en el último párrafo.

Lo dicho viene corroborado por el artículo 263 del CC: «Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente». Y el artículo 269 es compatible con el último párrafo del 255, al establecer que «la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad». Pero, para tomar esa decisión de complementar la medida de hecho con el apoyo judicial, ha de examinarse el caso en concreto, y si bien la sentencia ha atendido a las causas descritas, la realidad demostrará otras precisas para complementar el apoyo, previniendo los supuestos claros de incompatibilidad según dispone el artículo 250 del CC: «No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo». Finalmente, cabe afirmar que la curatela representativa debe especificar la función encomendada, dado su carácter permanente: «La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo». Por eso, la sentencia de la audiencia acuerda mantener las medidas acordadas por el juzgado de instancia, no solo de contenido personal de ayuda o apoyo sanitario o médico, sino de dinero de uso ordinario, que se corresponden con medidas de representación para llevar a cabo actos administrativos, o «de contratación», porque no puede prestar un consentimiento válido. Luego se concretan esos actos. En definitiva, cuando se acuerda una curatela representativa debe especificarse la extensión y los límites de la misma.