

La guarda de hecho a la luz de las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 14 y 20 de octubre de 2023. Procedencia de la curatela en caso de insuficiencia de la guarda

Una vuelta de tuerca a la Ley 8/2021 de reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica «¿Cambiarlo todo para que nada cambie?»

Eladio Javier Rico García

Abogado

Diario LA LEY, Nº 10393, Sección Tribuna, 22 de Noviembre de 2023, LA LEY

ÍNDICE

[La guarda de hecho a la luz de las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 14 y 20 de octubre de 2023. Procedencia de la curatela en caso de insuficiencia de la guarda](#)

[I. Esta doctrina supone un avance en la interpretación de la norma para evitar desajustes indeseados o constituye un paso atrás en la aplicación del artículo 12 de la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 \(LA LEY 14088/2006\) en relación con el sistema de apoyos basado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad regreso al pasado en la sustitución en la toma de decisiones o estamos en presencia de una integración del sistema](#)

[II. El reforzamiento de la guarda de hecho en la Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\) supone la transformación de esta figura informal de acompañamiento en una institución jurídica de apoyo ex lege al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para salvaguardar los derechos de la persona con discapacidad](#)

[III. La curatela representativa como excepción en el sistema de la Ley 8/2021](#)

[IV. Conclusiones](#)

[V. Epílogo](#)

Normativa comentada

Constitución Española de 27 Dic. 1978

TÍTULO PRIMERO. De los Derechos y Deberes Fundamentales

Artículo 10

L 8/2021 de 2 Jun. (reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica)

L 15/2015 de 2 Jul. (Jurisdicción Voluntaria)

L 41/2003 de 18 Nov. (protección patrimonial de personas con discapacidad y modificación del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y normativa tributaria)

L 1/2000 de 7 Ene. (Enjuiciamiento Civil)

RD 24 Jul. 1889 (Código Civil)

LIBRO PRIMERO. DE LAS PERSONAS

TÍTULO XI. De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica

CAPÍTULO I. Disposiciones generales

Artículo 249.

Artículo 250.

CAPÍTULO II. De las medidas voluntarias de apoyo

SECCIÓN 1.ª. Disposiciones generales

Artículo 255.

CAPÍTULO III. De la guarda de hecho de las personas con discapacidad

Artículo 263.

Artículo 264.

CAPÍTULO IV. De la curatela

SECCIÓN 1.ª. Disposiciones generales

Artículo 268.

Artículo 269.

SECCIÓN 3.ª. Del ejercicio de la curatela

Artículo 287.

D 8 Feb. 1946 (Ley Hipotecaria)

Jurisprudencia comentada

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 66/2023, 23 Ene. 2023 (Rec. 9739/2021)

TS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, S 589/2021, 8 Sep. 2021 (Rec. 4187/2019)

Comentarios

Resumen

A la vista de que la Ley 8/2021 de 2 de junio (LA LEY 12480/2021) en su exposición de motivos, a la hora de determinar los apoyos judiciales establece una graduación de abajo a arriba, dando prevalencia a las medidas voluntarias y constituyendo una guarda de hecho «de origen legal» como preferente para desjudicializar la cuestión, y de las últimas resoluciones de los juzgados de instancia denegando curatelas asistenciales o representativas si la guarda de hecho funciona adecuadamente el Tribunal Supremo se posiciona con estas dos resoluciones del Pleno (Ponentes: Ignacio Sancho Gargallo y Ángeles Parra Lucán) en el sentido **de compatibilizar la curatela representativa para aquellos casos en que es insuficiente y no funciona la guarda de hecho o cualquier otra medida voluntaria, fijando doctrina sobre su supletoriedad y complementariedad.**

¿Se vuelve al sistema anterior de sustitución en la toma de decisiones?
¿Tranquiliza a las familias que se ven muy limitadas en su actuación diaria ante organismos oficiales si no hay resolución que fije los medios de apoyo?

I. Esta doctrina supone un avance en la interpretación de la norma para evitar desajustes indeseados o constituye un paso atrás en la aplicación del artículo 12 de la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 (LA LEY 14088/2006) en relación con el sistema de apoyos basado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la personas con discapacidad regreso al pasado en la sustitución en la toma de decisiones o estamos en presencia de una integración del sistema



Tras apenas 26 meses de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021), los operadores jurídicos se encontraban perplejos por cuanto la aplicación de la misma en algunos aspectos venía siendo muy controvertida, y ya desde la conocida Sentencia del Tribunal Supremo n.º 589/2021 (LA LEY 147318/2021) del Pleno de 8 septiembre de 2021 (LA LEY 147318/2021)) apenas unos días vigente la norma, había provocado una cierta inquietud en el movimiento asociativo de la discapacidad, fundamentalmente en el ámbito de las personas con diversidad funcional o problemas de salud mental sobre el contenido y alcance de dicha resolución, y especialmente en el último fundamento de derecho en el que el ponente Ignacio Sancho Gargallo razonaba sobre la justificación del establecimiento o adopción de medidas asistenciales **«aun en contra de la voluntad del interesado»:**

«no intervenir en esos casos, bajo la excusa, el respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada sería de unacrueldadsocial, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del problema de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en

evitar o paliar esa degradación personal».

Es conocido que se trataba en este supuesto de hecho de una persona que tenía síndrome de Diógenes y que había sido incapacitada con arreglo a la

legislación anterior, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Oviedo y recurrida en casación por el letrado del discapacitado, siendo como sabemos estimado el recurso, dejando sin efecto a la luz de la nueva regulación, la declaración de incapacidad, si bien instituyendo una curatela de carácter asistencial consistente en que el Principado de Asturias, entidad designada curadora, realizara los servicios de limpieza y orden de la vivienda, estando para cumplimentar esa función autorizada para entrar al domicilio y asegurando al efectiva atención médico - asistencial del recurrente en lo que respecta al trastorno, pautando además una revisión semestral de las medidas.

Ya esta resolución apuntaba a que el Supremo seguía con la sinergias antiguas, al menos en salud mental, de la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, constriñendo el propio preámbulo de la norma, que indica que, como regla general, el encargado de tomar sus propias decisiones es el «discapacitado» pues el sistema muta a otro basado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias del éste. Tampoco aborda nuestro Tribunal Supremo, en base a una lectura de Derechos Humanos, y de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978), el respeto a la libre voluntad de la persona, su dignidad, tutela de los derechos fundamentales y al principio de necesidad y proporcionalidad en las medidas de apoyo de ser necesarias para que pueda ejercitar en condiciones de igualdad con los demás su capacidad jurídica.

Este asunto de radical importancia en la norma, la posibilidad de «renunciar a los apoyos» Y «el derecho a equivocarse» no ha sido aún resuelto por el Supremo y tal vez sería merecedor de una reflexión más profunda en otro artículo, pero volviendo a la problemática que plantea la figura de la [guarda de hecho Versus curatela y su compatibilidad/complementariedad](#) si aquella o cualquier otra medida voluntaria resultan insuficientes analizaremos ahora las dos resoluciones recientes del Pleno que zanján la cuestión .

II. El reforzamiento de la guarda de hecho en la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) supone la transformación de esta figura informal de acompañamiento en una institución jurídica de apoyo ex lege al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para salvaguardar los derechos de la persona con discapacidad

En efecto, ya desde la exposición de motivos de la norma se razona, con acierto, sobre esta figura, que efectivamente viene desarrollada a lo largo de todo el texto legal, y especialmente en el artículo 250 del Código Civil (LA LEY 1/1889) (LA LEY 1/1889), que la define como una [«medida informalde apoyo»](#) que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. Aquí empieza el problema práctico que en los juzgados se viene repitiendo desde la entrada en vigor de la norma en cuanto a la forma de acreditación ante organismos públicos y privado de dicha guarda. Se ha llegado a la perversión procesal de que, ante la solicitud de unos familiares de una persona con discapacidad para que se adopte una medida de apoyo judicial, los jueces de instancia venían resolviendo de forma diversa en distintos territorios del Estado, con resoluciones en las que al hilo de [la sentencia del Tribunal Supremo 66/2023 de 23 de enero \(LA LEY 55455/2023\) \(ponente: Ángeles Parra Lucán\) recursos de casación e infracción procesal número 9739/2021](#) ECLI: ES:TS:2023:1291 (LA LEY 55455/2023) se sostenía que no era preciso constituir apoyo judicial alguno [al funcionar la guarda de hecho](#) de un hijo, estimando el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la tutelada, al entender [...» que las medidas de apoyo judiciales son subsidiarias tanto respecto de las voluntarias como de la guarda de hecho](#) Esta tesis se fue abriendo paso y, aunque ahora se encuentran pendientes en diversas Audiencias Provinciales recursos de apelación frente al auto que denegaba las medidas de apoyo judiciales y que remitía a los familiares a acudir al burocrático tramite de las autorizaciones del artículo 264 CC (LA LEY 1/1889) que requerían la actuación representativa del guardador de hecho y que suponían un peregrinaje judicial muy indeseado, pues había que abrir un expediente de jurisdicción voluntaria de forma reiterada y continua que revelaba a las claras la insuficiencia de la guarda, por lo que hacía relevante la conveniencia de adoptar una medida judicial, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el régimen general de autorizaciones para el curador representativo fijado en el artículo 287 CC. (LA LEY 1/1889)

Parece que aquella tesis es «abandonada» por el Supremo (por mucho que se pretenda indicar que son supuestos distintos) por las siguientes razones:

- A)** La autorización del artículo 255 CC (LA LEY 1/1889) descontextualizada negaría siempre la constitución de una curatela si existiera una guarda de hecho en la práctica, lo que haría que, al revisar las tutelas anteriores, se transformaran de forma automática todas ellas en guardas de hecho.
- B)** 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 pareciera una enfermedad o deficiencia.
- C)** Es necesario entender las circunstancias concretas para advertir si está justificada la constitutivo de una curatela.
- D)** Quien ejerza la guarda de hecho debe poner de manifiesto su insuficiencia y la conveniencia de la curatela, pues son en vano es quien presta los apoyos.

Nada impide que si las circunstancias del caso muestran necesario para prestar un mejor apoyo la necesidad de constituir la curatela, que coexistirá con la guarda de hecho que se ha revelado insuficiente

En conclusión, nada impide que, si las circunstancias del caso muestran necesario para prestar un mejor apoyo la necesidad de constituir la curatela, que coexistirá con la guarda de hecho que se ha revelado insuficiente. En definitiva, conforme a los artículos 263 (LA LEY 1/1889) y 269 CC (LA LEY 1/1889) y la interpretación del último párrafo del artículo 255 CC (LA LEY 1/1889), se entiende la necesidad de constituir este medio de apoyo judicial por vía de la curatela asistencial o representativa.

Aquí, y tal vez en un visión crítica de estas dos sentencias puede plantearse la tentación de acudir a viejos criterios de *sustitución en la toma de decisiones*, que parecían relegados al olvido, aunque realmente las resoluciones parten de dos supuestos de hecho «límites», pues en la

sentencia de Sancho Gargallo se trata de una persona de 95 años de edad que vive con su hijo y en la de Parra Lucán el guardador de hecho es la esposa y su cónyuge padece un ictus con un grave deterioro cognitivo sin existir medidas voluntarias previas, parece muy razonable que, ante la ausencia de poder concretar los deseos, voluntad y preferencias de ambas personas, deba, ante la insuficiencia de la guarda de hecho, facilitar la labor en el ámbito personal ya patrimonial constituyéndose una curatela representativa, siendo esencial en la delimitación del apoyo examinar la capacidad de las personas sujetas al mismo, sobre todo si resultan insuficientes para ejercitar en el ámbito del ejercicio de su capacidad jurídica las operaciones más elementales en la esfera personal o patrimonial.

III. La curatela representativa como excepción en el sistema de la Ley 8/2021

No se escapa a un atento lector de los artículos 268 (LA LEY 1/1889) y 269 CC (LA LEY 1/1889) ni al fiscal (que fue quien promovió ambos recursos de casación) que en el sistema que instala la ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) la curatela es residual y solo debe aplicarse mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, y ello es lógico pues el espíritu de la reforma sienta que los apoyos deben venir de abajo a arriba dando preferencias a las medidas voluntarias así como la posibilidad de la auto curatela, si bien la realidad demuestra que en muchos casos acudir al sistema de autorizaciones judiciales del artículo 264 CC (LA LEY 1/1889)(LA LEY 1/1889) es poco práctico en la vida diaria para llevar a cabo acto administrativos, de contratación o, en la esfera personal, decidir sobre actos médicos, de ahí que el Tribunal Supremo, en ambas resoluciones aboga por la complementariedad de la guarda de hecho y subsidiariedad para que los apoyos funcionen suficientemente pese a ser adoptados judicialmente, constituyendo una curatela.

IV. Conclusiones

1. Hay que evitar la aplicación automática de la ley, pues debe acudirse a las circunstancias concretas para advertir si está justificada la institución de la curatela en vez de la guarda de hecho.
2. Quien ejerce la guarda de hecho debe poner de manifiesto su insuficiencia.
3. Lo esencial es la prestación del apoyo que precisa el discapacitado y a cargo de la persona idónea que la asista y represente sin que la previsión judicial tenga una connotación negativa.
4. Los apoyos informales e insuficientes van a generar necesariamente la constitución de un medio de apoyo judicial formal que facilite conforme a las circunstancias el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona discapacitada en condiciones de igualdad con los demás respetando, en la medida de lo posible, la máxima autonomía de esta, ya atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias, teniendo en cuenta, cuando esto no sea posible, acudir a la

trayectoria vital, creencias y aiores de la personas con discapacidad, conforme al artículo 249 CC (LA LEY 1/1889).

V. Epílogo

La reforma más importante del Derecho privado de los últimos cien años, que afecta a 167 artículos del Código Civil, 26 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero (LA LEY 58/2000), 24 de la Ley 15/2015 de 2 de julio (LA LEY 11105/2015) de Jurisdicción Voluntaria, así como diversos preceptos de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) y de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre (LA LEY 1737/2003) de Patrimonio Protegido supone un reto de enorme complejidad que se encajó en la tramitación parlamentaria en apenas tres meses y medio, aprovechando textos anteriores, porque cuando se quiere se puede, lo que es un hito histórico que hace que se pase de los derechos a los hechos en la aplicación del espíritu de la Convención y va, además, a necesitar de un enorme esfuerzo de formación de todos los operadores jurídicos, jueces, fiscales, abogados, forenses, psicólogos, fundaciones tutelares, movimiento asociativo, para que dé una vez por todas se haga realidad el modelo de respeto a la voluntad y preferencias de la persona eliminando la sustitución de la toma de decisiones para que, con carácter general, la propia persona sea la encargada de tomar sus propias decisiones con los medios de apoyo correspondientes y con el «derecho a equivocarse» e incluso a «renunciar a los apoyos», para facilitar que en condiciones de igualdad todas las personas con independencia de su diversidad funcional puedan ejercitar su capacidad jurídica, sea tomando sus propias decisiones o bien obteniendo los apoyos necesarios para ello. El camino está abierto, no está exento de problemas de interpretación ni de estigma que presenta la discapacidad, fundamentalmente la de las personas con problemas de salud mental, pues es en clave de derechos humanos debe realizarse la lectura de esta norma. Esperemos que la frase de **Lampedusa** que abre estas reflexiones no se haga realidad y efectivamente, con ayuda de todos, podamos conseguir que el ejercicio de los derechos de las personas discapacitadas, que son iguales que los de los demás, puedan con estas rampas jurídicas ejercitarse con normalidad.