

Tribuna

Compatibilidad de la guarda de hecho con la curatela

Maria Planas Ballvé

*Profesora acreditada Lector AQU y contratado doctor ANECA
Universitat Autònoma Barcelona*

Resumen: La Ley 8/2021 configura la guarda de hecho como una medida de apoyo informal. El TS ha establecido mediante su doctrina jurisprudencial que aun existiendo esta medida cabrá adoptar, según el caso concreto, la medida judicial de la curatela cuando sea preciso en aras de proteger y prestar un mejor apoyo a las personas con discapacidad.

Palabras clave: Persona con discapacidad; Guarda de hecho; Curatela; Capacidad

Abstract: Law 8/2021 establishes de facto custody as an informal support measure. The TS has established through its jurisprudential doctrine that even if this measure exists, the judicial measure of guardianship may be adopted, depending on the specific case, when necessary in order to protect and provide better support to people with disabilities.

Keywords: Person with Disability; Save indeed; Conservatorship; Ability



I. Introducción

Tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que fue publicada en el BOE el 3 de junio de 2021 y entró en vigor el pasado 3 de septiembre de 2021 (1), la guarda de hecho de la persona con discapacidad y la curatela se configuran como las principales medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Por un lado, cabe destacar, que la guarda de hecho pierde el tradicional carácter de provisionalidad y se prevé para cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando de manera eficaz. Por el otro, se aplica la curatela a las personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen esta medida de apoyo constante para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica (art. 249.I CC).

Así, discapacidad, a diferencia de la tradicional incapacidad (2), no se puede considerar como una falta de capacidad de obrar, puesto que el concepto de incapacidad ya ha sido superado (3). Se establece un sistema donde, como regla general, la persona con discapacidad, provista de las medidas de apoyo necesarias, será la encargada de tomar sus propias decisiones, dando además preferencia a su voluntad, deseos y preferencias.

En nuestra Constitución, el art. 49 CE ha sido recientemente modificado. Se ha sustituido el vocablo «disminuidos» por «personas con discapacidad». La reforma incluye además el reconocimiento a las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad, y obliga a los poderes públicos a comprometerse con la plena autonomía de las personas con discapacidad. Así, en el mismo se establece que *«Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio»*. Además, se añade el siguiente segundo párrafo: *«Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad»* (4) Por lo que se reconoce constitucionalmente al colectivo de las personas con discapacidad y supone la protección de sus derechos.

La idea central de la nueva regulación es la de apoyo a la persona que lo precise: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Solo en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo, este puede concretarse en la representación con la toma de decisiones (ap. III Preámbulo de la Ley 8/2021).

El Tribunal Supremo ha aplicado por primera vez esta Ley en su STS Pleno, 589/2021, de 8 de septiembre (5), y por ello interesa traer a colación las siguientes palabras de esta sentencia: *«1. De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es "permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad" y han de estar "inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales"; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias»*.

El objetivo de este trabajo es estudiar el alcance de dos medidas de apoyo: la guarda de hecho (art. 263 CC y ss.) y la curatela (art. 268 CC y ss.). Cada figura tiene, como veremos, su propio régimen jurídico y particularidades y el Tribunal Supremo ha tenido que fijar doctrina jurisprudencial sobre el alcance de las mismas.

II. La guarda de hecho de las personas con discapacidad

Tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, la guarda de hecho de la persona con discapacidad ha perdido el tradicional carácter de provisionalidad y se configura como una medida informal de apoyo para cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando de manera eficaz (6).

En efecto, en el Preámbulo de la misma Ley 8/2021 puede leerse: *«el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad»*.

1. Medida de apoyo informal

Nos encontramos, por tanto, en una medida informal en el sentido que no es preciso un nombramiento formal por parte juzgador o documento público, como en la autotutela, el defensor judicial o la tutela, ello no equivale, sin embargo, a situar esta medida de apoyo en un nivel inferior respecto al resto de medidas como la tutela o el defensor judicial (7). Así art. 250 CC configura esta medida subsidiaria a cualquier otra forma de apoyo, voluntaria o judicial, en el sentido que, en defecto de estas o cuando no se cubran todas las necesidades de la persona con discapacidad (8).

Aun teniendo este carácter, desde el 2009 es posible anotar registralmente la existencia de una guarda de hecho. Esta anotación tendrá carácter informativo y carece de eficacia probatoria de una inscripción, pero devendrá útil e indiciario a la hora de acreditar esa situación. El art. 265 CC prevé la posibilidad de acreditar por medio de un Acta de Notoriedad otorgada notarialmente y la autoridad judicial podrá requerir al guardador de hecho para que informe sobre de la situación de la persona con discapacidad, de sus bienes o la posible impugnación de los actos por el guardador de hecho (9).

2. El guardador de hecho con funciones de representación

Debemos partir de que la regla general será que la persona con discapacidad actuará por si misma en todos los ámbitos que sea posible, por lo que la representación de estas personas se configura como una excepción, esto es para los casos estrictamente necesarios (10).

La norma así lo refleja claramente. De acuerdo con el art. 264 CC, la representación por parte del guardador de hecho será excepcional. Ello casa con la regla general establecida en el tercer párrafo del art. 249 CC, según la cual, sólo «En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación»

En el primer párrafo del art 264 CC exige siempre la autorización judicial para actuar en representación y en el tercero excepciona de esa exigencia la solicitud de prestaciones económicas a favor de la persona con discapacidad o la realización de actos jurídicos sobre bienes que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. Ahora bien, si tenemos en cuenta el segundo párrafo del mismo, la autorización será precisa en los mismos casos que la necesita el curador (art. 287 CC) (11).

En el expediente dirigido a obtener la autorización, el juez, en tanto que nos encontramos ante una medida de apoyo informal, deberá considerar acreditado que ese guardador es el verdadero guardador de hecho

En el expediente dirigido a obtener la autorización, el juez, en tanto que nos encontramos ante una medida de apoyo informal, deberá considerar acreditado que ese guardador es el verdadero guardador de hecho. Esa acreditación se puede llevar a cabo con cualquier medio de prueba. Con esa autorización se va a configurar legitimación frente a terceros para actuar en representación.

El guardador de hecho queda sujeto a un deber de información, así como a la rendición de cuentas de su actuación, cuando sea requerido por la autoridad judicial. De acuerdo, con el art. 265 CC que «la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación». Esta solicitud se efectuará a través de un expediente de

jurisdicción voluntaria. La autoridad judicial podrá establecer las salvaguardias que estime necesarias (art. 265, párrafo primero, CC). Asimismo, el guardador deberá rendir cuentas de su actuación en cualquier momento (art. 265, párrafo segundo, CC) (12).

El art. 266 CC reconoce al guardador de hecho el derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo.

III. La curatela

De acuerdo con el art. 250 CC la curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. En el art. 249.I CC se establece que esta medida se aplicará a las personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen esta medida de apoyo constante para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.

Su finalidad es permitir el pleno desarrollo de la personalidad de la persona con discapacidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Por ello está inspirada en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales y deberá ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad (art. 249.I CC).

A este respecto, 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 (art. 268 CC). Se establecerán las salvaguardas que fuesen necesarias, especialmente, cuando incluya funciones representativas (art. 270 CC).

1. Constitución

La autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (art. 269 CC). En esta designación, se tendrá en cuenta la propuesta de nombramiento o exclusión que haya efectuado la propia persona con discapacidad, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de esta facultad (autocuratela). La propuesta de nombramiento y otras posibles disposiciones voluntarias vincularán a la autoridad judicial, salvo que concurren circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

Debemos entender la autocuratela como la designación o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador (art. 271.I CC). Esta previsión vinculará a la autoridad judicial al constituir la curatela (art. 272.I CC); no obstante, podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (art. 272.II CC) (13).

2. La curatela representativa

De acuerdo con la naturaleza de la norma, finalidad de la curatela es la asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrán atribuirse al curador funciones representativas.

De acuerdo con el principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, tal y como está previsto con la guarda de hecho, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso. No obstante, cuando sea necesario, al resultar insuficientes las medidas asistenciales, cabría dotar a la curatela de funciones de representación (14).

Ello acontecerá, según el Alto Tribunal *«cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad»* (15).

En estos casos, puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador. El párrafo 3º del artículo 269 CC remarca su carácter excepcional y la exigencia de precisar el alcance de la representación, esto es, los actos para los que se precise esa representación: *«sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad»*.

Con todo, el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los previstos en el art. 287 CC (por ejemplo, realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales).

Además, debe tenerse en cuenta que los contratos celebrados por personas con discapacidad, prescindiendo de las medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar y, en concreto, sin la asistencia del curador que deba intervenir a tales efectos, darán lugar a la anulabilidad del contrato. Esta acción de impugnación caducará a los cuatro años desde la celebración de ese contrato (art. 1301.4.º CC). Respecto a la legitimación para el ejercicio de la acción, esta recae en las personas con discapacidad, con el apoyo que precisen y sus herederos, durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción. Podrá también instar la anulación del contrato la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo, aquí el curador. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad, obteniendo de ello una ventaja injusta (art. 1302.3 CC).

III. Alcance jurisprudencial: STS 4212/2023 y STS 4129/2023

Si bien podemos afirmar que, de acuerdo con el art. 255 CC y con la doctrina del TS, existe una preferencia legal de la guarda de hecho, respecto a las medidas de apoyo judiciales, este precepto no puede ser interpretado de forma rígida (16).

En las recientes STS 4212/2023 (17) y STS 4129/2023 (18) se resuelven supuestos de hecho similares: una guarda de hecho que es llevada a cabo por un familiar cercado (el hijo y la esposa de la persona con discapacidad, respectivamente) que solicitan la adopción de una curatela representativa. El Ministerio Fiscal plantea en casación su improcedencia en base a que esas necesidades ya estaban siendo prestadas por la guarda de hecho.

Según el art. 255 CC, siempre y cuando las medidas voluntarias sean suficientes, no cabrá adoptar medidas judiciales, pero de acuerdo con el Alto Tribunal, las medidas judiciales, podrán ser necesarias cuando las medidas voluntarias sean insuficientes, respecto de las necesidades de apoyo no cubiertas: en tales casos cabría su adopción (19).

En cambio, estas medidas no serán precisas si las necesidades de carácter asistencial y de representación, generadas por la discapacidad, están debidamente satisfechas con la guarda de hecho (20) .

En efecto, conforme el sistema de apoyos instaurado con la Ley 8/2021, si existe una guarda de hecho que cubre de manera adecuada todas las necesidades de apoyo de la persona con discapacidad, deja de ser necesario constituir un apoyo judicial. Ello porque la guarda de hecho es un medio legal de provisión de apoyos, aunque no requiera de una constitución formal. Pero ello no nos permite afirmar que la guarda de hecho excluye en todo caso la constitución de un apoyo judicial. Esto es que no se puede interpretar de forma rígida, desatendiendo a las concretas circunstancias que rodean a la persona con discapacidad y a la persona que presta los apoyos de hecho (21) .

Si se interpreta de forma rígida la norma (último párrafo del 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.»), o bien descontextualizada, se negaría en todos los casos la constitución de una curatela si existe una guarda de hecho.

En definitiva, se debe atender a las circunstancias concretas, para advertir si está o no justificada la constitución de la curatela en lugar de la guarda de hecho. De acuerdo con el Alto Tribunal, es muy significativo que es quien ejerce la guarda de hecho, es quien de hecho presta los apoyos, es también quien solicita la constitución de una medida judicial, la curatela (22) .

Concluye el TS que del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa la persona con discapacidad están cubiertos por la guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ese momento la guarda de hecho, se constituya una curatela, si las circunstancias del caso lo muestran más conveniente para prestar mejor este apoyo.

Por todo lo anterior, esta interpretación jurisprudencial no entra en contradicción con lo establecido en los arts. 263 CC y 269 CC. Por un lado, el art. 263 CC prevé la compatibilidad de la guarda de hecho con las medidas de apoyo voluntarias y judiciales, respecto de aquellas necesidades no cubiertas por la guarda de hecho (23) . Por el otro, el art. 269 CC, debe interpretarse bajo la misma lógica que el 5º párrafo del art. 255 CC, de que la insuficiencia de un apoyo informal, como la guarda de hecho, aflora también cuando quien lo presta lo pone de manifiesto y advierte de la conveniencia de una constitución formal de apoyo, que facilite en sus específicas circunstancias prestar su función de asistencia y de representación del mejor modo.

IV. Conclusiones

A la luz de lo anteriormente expuesto y, principalmente, de lo que se desprende de la aplicación judicial de las modificaciones que introduce la Ley 8/2021, de 2 de junio, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. Tanto la guarda de hecho como la curatela son medidas de apoyo que, tan solo en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, podrán incluir funciones representativas (art. 249.III CC).
2. La guarda de hecho, deja de tener el tradicional carácter provisional, para configurarse como una medida de apoyo informal en la que, excepcionalmente, puede desarrollar funciones representativas respecto de la persona con discapacidad.
3. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal, ateniendo a las circunstancias de cada caso concreto, puede ser procedente la constitución de una curatela representativa, aun existiendo una guarda de hecho, si es más conveniente para prestar mejor ese apoyo.
4. Aunque exista una preferencia legal de la guarda de hecho, esta medida de apoyo no excluye en todo caso la constitución de un apoyo judicial (curador o defensor judicial). Debemos atender a las circunstancias

concretas, para advertir si está justificada o no la constitución de una curatela en vez de una guarda de hecho.

V. Bibliografía

- Bellido González del Campo, C., «La guarda de hecho. El ejercicio de hecho de un derecho», *Revista jurídica valenciana*, n.º 41, 2023, pp. 89-114.
- Corvo López, F.M., «La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual», *RDC*, Vol. VI, n.º 4 (octubre-diciembre 2019).
- García Garnica, M.C., «Discapacidad y dependencia (I): concepto y evolución jurídica», Gete-Alonso y Calera, M.C. (Dir.), Solé Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, T.II, Civitas, Pamplona, 2013.
- García Rubio, M.P., «Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Anuario Derecho Civil*, Vol. 75m, n.º 1 (2022), n.º3, pp. 279-334.
- García Rubio, M.P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista Derecho Civil*, Vol. V (2018), n.º3, julio-septiembre, p. 174
- Lopez Azcona, A., «Medidas voluntarias de apoyo», Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp.365-382.
- Martínez de Aguirre, C., «El tratamiento de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en De Salas Murillo, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Dykinson, Madrid, 2013.
- Parra Lucan, M.A., «La guarda de hecho como medida de apoyo de las personas con discapacidad», Solé Resina, J. (Dir.), *Persona, familia y género. Libro Amicorum M.ª Carmen Gete-Alonso*, 2022, Editorial Atelier, pp. 105-117.
- Palacios Gonzalez, D., «Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica», Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García mayo, M., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 417-430.
- Petit de Gabriel E.W., «Lo prometido es deuda: la Ley 8/2021, o de cómo avanzar en la aplicación interna de las obligaciones internacionales de España conforme a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 55-78.
- Planas Ballvé, M., «Igualdad de derechos y no discriminación de personas con discapacidad sensorial en el proceso sucesorio. ¿Y las personas con discapacidad física y/o mental? (A propósito de la Ley 6/2019 de modificación del Código Civil de Cataluña)», *Revista de Derecho Civil*, Vol VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020).
- Planas Ballvé, M., «La capacidad para otorgar testamento», Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 665-668.
- Solé Resina, J., «La esterilización no consentida de personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, N.º 5, Sección Persona y derechos / A fondo, mayo, 2019, Wolters Kluwer.

— Solé Resina, J., «Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica», Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 383-396.

VI. Jurisprudencia

- STS (Sala de lo Civil, Sec. Pleno), 146/2018 de 15 de marzo, ECLI:ES:TS:2018:146
- STS (Sala de lo Civil, Sec. 1ª), 124/2018, de 7 de marzo, ECLI:ES:TS:2018:124
- STS (Sala de lo Civil, Sec. Pleno), 589/2021, de 8 de septiembre, ECLI:ES:TS:2021: 589
- STS (Sala de lo Civil, Sec. 1ª), 1291/2023, de 23 de enero, ECLI:ES:TS:2023: 1291
- STS (Sala de lo Civil, Sec. Pleno), 954/2023, de 21 de marzo, ECLI:ES:TS:2023:954
- STS (Sala de lo Civil, Sec. Pleno), 4212/2023, de 20 de octubre, ECLI:ES:TS:2023:4212
- STS (Sala de lo Civil, Sec. Pleno), 4129/2023, de 20 de octubre, ECLI:ES:TS:2023:4129

(1) En adelante, Ley 8/2021. BOE nº132 de 03 de junio de 2021.

(2) Vid. Torres García, T. «Efectos de la incapacitación», Gete-Alonso y Calera, M.C. (Dir.), Solé Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo II, Civitas, Pamplona, 2013, p.135; Corvo López, F.M., «La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual», *RDC*, Vol. VI, n.º 4 (octubre-diciembre 2019), p.149 y 150.

(3) García Garnica, M.C., «Discapacidad y dependencia...», p.183. También podemos destacar las palabras de Carrasco Perera, A., «Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores», *Centro de Estudios de consumo*, junio, 2021, p.2: «Es conocido el trasfondo ideológico de esta Ley, que se explaya en la Exposición de Motivos, y que en último extremo se justifica en el cumplimiento de compromisos internacionales. Nadie es incapaz de obrar, y toda medida que prive a una persona física de la capacidad de ejercitar sus derechos y de operar en el tráfico como agente autónomo es una lesión de derechos fundamentales».

(4) BOE, nº43, de 17.02.2024. Esta reforma constitucional fue impulsada por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) en 2018.

(5) STS (Sala de lo Civil, Sec. Pleno), 589/2021, de 8 de septiembre, ECLI:ES:TS:2021: 589.

(6) Vid. Parra Lucan, M.A., «La guarda de hecho como medida de apoyo de las personas con discapacidad», Solé Resina, J. (Dir.), *Persona, familia y género. Libro Amicorum M.ª Carmen Gete-Alonso*, 2022, Ed. Atelier, pp. 105 y ss., afirma que no solo se configura como una medida más de apoyo, sino «incluso, como una medida principal». En el mismo sentido Bellido González del Campo, C., «La guarda de hecho. El ejercicio de hecho de un derecho», *Revista Jurídica Valenciana*, n.º 41, 2023, p.93: «es indiscutible que la ley la robustece hasta transformarla en una institución jurídica de apoyo propia. La misma deja de ser una coyuntura eventual y pasa a considerarse suficiente y apta para la protección de los derechos de la persona discapacitada». Vid. **STS** (Sala de lo Civil, Sec. 1ª), 1291/2023, **de 23 de enero**, ECLI:ES:TS:2023: 1291; STS (Sala de lo Civil, Sec. Pleno), 4212/2023, de 20 de octubre, ECLI:ES:TS:2023:4212; STS (Sala de lo Civil, Sec. Pleno), 4129/2023, de 20 de octubre, ECLI:ES:TS:2023:4129.

(7) Es muy ilustrativa de ello Solé Resina, J., «Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica», Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García mayo, M., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid 202, p. 383, cuando explica que «la formalidad de la medida de apoyo vendría dada, así, por la intervención de una autoridad (judicial o notarial); el seguimiento de un procedimiento o protocolo como garantía de la pertinencia y adecuación de la medida adoptada (procedimiento judicial de provisión de apoyos o procedimiento notarial); y la constitución de la medida en un instrumento formal tal como una resolución judicial o escritura pública».

- (8) De acuerdo con Palacios González, D., «Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica», Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García mayo, M., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid 2021, p.421: «La guarda de hecho pasa ahora a ser una institución que, aunque se califique de informa, tiene la misma entidad que la curatela y el defensor judicial».
- (9) Vid. García Rubio, M.P., «Algunas propuestas...», p. 174; Palacios González, D., «Guarda de hecho...», p.424; Solé Resina, J., «Apoyos no formalizados...», pp. 383 y ss..
- (10) Es clara al respecto, García Rubio, M.P., «Algunas propuestas...», p.20: «No olvidemos que a partir de la entrada en vigor de las nuevas normas las instituciones de apoyo no serán, como regla general, de tipo representativo, ni de sustitución de alcance general ni encargadas de vigilar o controlar a la persona con discapacidad. Muy al contrario, estarán destinadas a realizar ese apoyo ad hoc cuando sea necesario y con mínima intervención».
- (11) De acuerdo con Parra Lucan, M.A., «La guarda de hecho...», p. 110, este precepto adolece de falta de claridad por que lo previsto en esos párrafos «en la práctica eso debe traducirse en que, de acuerdo con la remisión del párrafo segundo del art. 264 CCC al art. 287 la autorización será precisa en los mismos casos que la necesita el curador». Sobre la impugnación de los contratos celebrados con personas con discapacidad Vid. STS (Sala de lo Civil, Sec. Pleno)954/2023, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:954): «Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad».
- (12) Solé Resina, J., «Apoyos no formalizados...», p.385: «Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias». También Vid. STS (Sala de lo Civil, Sec. 1ª), 1291/2023, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2023: 1291): «En la regulación instaurada por la Ley 8/2021, la guarda de hecho no está exenta de controles y garantías, por el riesgo de abusos a que puede dar lugar, en línea con la previsión del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas, que exige las salvaguardias necesarias para que no haya abusos en la prestación de los apoyos.»
- (13) Vid. Lopez Azcona, A., «Medidas voluntarias de apoyo», Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García mayo, M., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp.365 y ss.
- (14) Vid. García Rubio, M.P., «Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Anuario Derecho Civil*, Vol. 75m, n.º 1 (2022), nº3, p.12: «el apoyo no exceda de lo que la persona realmente precise, de suerte que esta realizará por sí misma todo aquello para lo que no necesite ningún tipo de asistencia; por lo tanto, el prestador de apoyo solo deberá intervenir para lo estrictamente imprescindible».
- (15) STS (Sala de lo Civil, Sec. Pleno)589/2021, de 8 de septiembre, ECLI:ES:TS:2021: 589
- (16) Tal y como se establece en la STS (Sala de lo Civil, Sec. 1ª), 1291/2023, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2023: 1291): «(...) En el nuevo régimen legal, con independencia del grado de discapacidad, las medidas de apoyo judiciales son subsidiarias tanto respecto de las medidas voluntarias como respecto de la guarda de hecho. (...) Es decir, si de hecho hay alguien que, a pesar de no haber sido designado voluntariamente por el propio interesado (apoyos voluntarios) ni nombrado por el juez (apoyos judiciales), se está encargando eficazmente de prestar el apoyo que necesita la persona con discapacidad, no se da el presupuesto que exige la nueva ley para que el juez adopte una medida de apoyo» (F.D. 4º).
- (17) En la STS (Sala de lo Civil, Sec. Pleno), 4212/2023, de 20 de octubre ECLI:ES:TS:2023:4212), la persona necesitada de apoyos tenía de 95 años y sufría un deterioro cognitivo, que provocó que necesitara apoyos asistenciales y de representación; esa persona convivía desde hace muchos años con su hijo único, soltero, que de facto desarrollaba hasta ese momento esas funciones de apoyo; es quien hacía de guardador de hecho quien pone de manifiesto ante el juzgado correspondiente que para seguir desarrollando su función precisaría pasar a ser curador con representación, en la medida en que le facilitaría su labor, sobre todo en el ámbito patrimonial.
- (18) STS (Sala de lo Civil, Sec. Pleno), 4129/2023, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4129), la persona con discapacidad, nacida en 1961, sufrió un ictus en 2016 convivía con su esposa, que fue quien ostentaba la guarda de hecho e interpuso la demanda solicitando una curatela y poniendo de manifiesto que para seguir desarrollando su función precisaría pasar a ser curadora con representación, en la medida en que le facilitaría su labor, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial.
- (19) Así, Palacios González, D., «Guarda de hecho...», p.422 afirma que «aun existiendo una situación de guarda de hecho la autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan».
- (20) Así, interesa traer a colación la STS (Sala de lo Civil, Sec. 1ª), 1291/2023, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2023: 1291) en la que el Alto Tribunal resolvió que la guarda de hecho prestada por el hijo era suficiente y que por ello no se precisaba la constitución del apoyo judicial. En el mismo sentido García Rubio, M.P., «Primeros pronunciamientos...», p.12: «las medidas de apoyo solo podrán ser designadas judicialmente cuando la persona con discapacidad realmente las necesite para ejercitar su capacidad jurídica».

- (21) Según STS (Sala de lo Civil, Sec. Pleno), 4212/2023, de 20 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4212): *«En situaciones como la que es objeto de enjuiciamiento y en algunas otras de revisión de tutelas, hay que evitar esta aplicación automática de la ley. Es necesario atender a las circunstancias concretas, para advertir si está justificado la constitución de la curatela (y en otro contexto de revisión de tutelas anteriores, la sustitución por una curatela) en vez de la guarda de hecho»*. En el mismo sentido Vid. STS (Sala de lo Civil, Sec. Pleno), 4129/2023, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4129).
- (22) Palacios González, D., «Guarda de hecho...», p.425, explica que precisamente cabe la posibilidad que *«el procedimiento se inicie porque el afectado no quiera seguir estando apoyado o guardado por quien venía ejerciendo la guarda (...)». También podrá extinguirse a petición del guardador que haga ver al juez que por alguna razón atendible resulta más adecuado que se le nombre curador o defensor judicial»*.
- (23) Para Parra Lucan, M.A., «La guarda de hecho...», p. 117, *«aunque existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, si no se están aplicando judicialmente, según el art. 263 CC, quien ejerza adecuadamente la guarda de hecho continuará con el desempeño de su función»*.