

**ESTOCADA A LA GUARDA DE HECHO. COMENTARIO
A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 875/2024, DE 18 DE JUNIO
(ECLI:ES:TS:2024:3527)***

***LUNGE TO THE “DE FACTO GUARD”. COMMENTARY TO THE
SPANISH SUPREME COURT JUDGEMENT NUMBER 875/2024,
18TH JUNY (ECLI:ES:TS:2024:3527)***

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 624-655

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación “Impacto social de la tutela civil de las personas con discapacidad” (PID2023-151835OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, del que son Investigadores principales los Profesores José Ramón de Verda y Beamonte y Pedro Chaparro Matamoros; así como en el Proyecto de Investigación “Criterios interpretativos de la reforma del Código Civil en materia de discapacidad (REFDIS)”, CIAICO/2023/024 financiado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalidad Valenciana, del que son Investigadores principales los profesores José Ramón de Verda y Beamonte y María José Reyes López.

José Ramón
DE VERDA Y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: El presente comentario constata el fracaso práctico de la guarda de hecho en los casos de discapacidad severa, como consecuencia de la dificultad probatoria de la condición de guardador.

PALABRAS CLAVE: Guarda de hecho; prueba; curatela.

ABSTRACT: *This commentary notes the practical failure of “de facto” guardianship in cases of severe disability, because of the difficulty of proving the status of guardian.*

KEY WORDS: De facto guard; proof; curatorship.

SUMARIO.- I. EL CARÁCTER PREFERENTE DE LA GUARDA DE HECHO FRENTE A LA CURATELA.- II. EL PROBLEMA DE LA PRUEBA DE LA GUARDA DE HECHO.- 1. Ante las Administraciones públicas.- 2. El acta de notoriedad.- 3. Dificultades de prueba ante entidades bancarias o aseguradoras: la posibilidad de instar un auto judicial de declaración de la condición de guardador de hecho.- 4. La denominada “declaración responsable” ante la entidad bancaria.- III. LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE INSTANCIA RESPECTO DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA CURATELA.- IV. LA OSCILANTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.- V. LA CREACIÓN DE JURISPRUDENCIA POR PARTE DE LA SENTENCIA COMENTADA.- VI. SUPUESTOS EN QUE ES PROCEDENTE LA CONSTITUCIÓN DE UNA CURATELA.- 1. Falta de ejercicio adecuado de la medida de apoyo por parte del guardador.- 2. Insuficiencia de la guarda de hecho como medida de apoyo.

SUPUESTO DE HECHO

El juicio tiene su origen en una demanda interpuesta en marzo de 2021, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reformó la legislación civil y procesal relativa al apoyo de las personas con discapacidad.

En ella, el hijo de una persona, que padecía un deterioro cognitivo muy avanzado de origen degenerativo, tipo Alzheimer (que le hacía totalmente dependiente para todas las actividades básicas de la vida diaria), pedía su incapacitación y que se le nombrara tutor de la misma.

Entrada en vigor la Ley 8/2021, que suprimió la incapacitación y la tutela como medida judicial de apoyo de las personas con discapacidad, se aplicó al proceso en tramitación la disposición transitoria sexta de dicha Ley, conforme a la cual, “Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán 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”.

La demanda fue desestimada en la sentencia de primera instancia, la cual fue revocada en sede de apelación, constituyendo la Audiencia una curatela representativa y nombrando curador al demandante.

Interpuesto recurso de casación, éste fue desestimado por el Tribunal Supremo.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La existencia de una guarda de hecho no impide la constitución de una curatela, cuando el guardador se encuentra con dificultades prácticas para hacer valer su

• **José Ramón de Verda y Beamonte**

Catedrático de Derecho civil, Universitat de València. Correo electrónico: J.Ramon.de-Verda@uv.es

condición en el tráfico jurídico cotidiano y la gravedad de la discapacidad exige actuaciones representativas frecuentes en nombre de quien la sufre.

COMENTARIO

I. EL CARÁCTER PREFERENTE DE LA GUARDA DE HECHO FRENTE A LA CURATELA.

La presente sentencia supone un duro golpe para el principio de desjudicialización ínsito en la Ley 8/2021, de 2 de junio, la cual pretende que las medidas judiciales de apoyo (en particular, la curatela) sean subsidiarias, constituyéndose, exclusivamente, a falta de una guarda de hecho, que no sea suficiente para atender las necesidades de la persona apoyada.

Uno de los propósitos fundamentales de la Ley 8/2021 es conseguir una “razonable desjudicialización”, que pasa por el reforzamiento de la guarda de hecho, la cual, como se dice en el Preámbulo, había sido “entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional”, debiendo ahora “convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo”.

El art. 269.I CC dice, así, que “La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”, de donde se deduce que, cuando no hayan sido previstas medidas de naturaleza voluntaria, “Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función” (art. 263 CC), de modo que la constitución de la curatela es subsidiaria, exclusivamente, para el caso de que no existiera una guarda de hecho que funcionase correctamente.

En el Preámbulo se explica que “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”; y que “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”.

Con fin de reforzar la figura del guardador, al mismo se le encomiendan, no solo funciones asistenciales, sino también representativas: unas, por ministerio de la Ley; otras, previa autorización judicial.

a) Así, “No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar” (art. 264.III CC).

En las “Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores”, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021, se dice que “La determinación de cuales sean estos actos dependerá del caso concreto, por lo que resulta necesario tener en cuenta el contexto personal, su modo de vida, ingresos (atender al ‘histórico bancario’ puede resultar revelador a esos efectos), etc.”¹.

El Documento 1º, de julio de 2023, relativo a “La guarda de hecho en la Ley 8/21”, interpretativo del Protocolo Marco de Colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídicas de las personas con discapacidad en el ámbito bancario, entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias, de 19 de julio de 2023, interpreta el concepto de actos “escasa relevancia económica”, para cuya conclusión el art. 264.III CC legitima al guardador de hecho.

Afirma que “No presenta dificultades la categorización como tales de los gastos y disposiciones finalistas que respondan a cargos habituales en cuenta o contra factura por tratarse de la atención de necesidades básicas de cuidado personal, habitación, alimentación, vestido o salud; gastos relativos a la conservación ordinaria de su patrimonio en la parte necesaria para asegurar su disponibilidad para sus necesidades de cuidado; pago de suministros y prestaciones de servicios vitales; finalmente, otros gastos que, sin ser esenciales para su cuidado, sean acordes con sus deseos y preferencias y se hubieran consolidado en su trayectoria anterior siempre que sean acordes a sus medios y posibilidades”.

¹ Las SSAP Cádiz 5 septiembre 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2152) y 5 septiembre 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2126) observan que “Las posibles actuaciones en las que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo, pueden concretarse en otros numerosos contextos, como señala el Ministerio fiscal: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a los bancos, etc. La función del guardador tiene reconocimiento en otros entornos. En el ámbito de la salud, el guardador de hecho se encuentra asimilado al cuidador principal, Allegado o persona vinculada por razones familiares o de hecho (art. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y ANEXO III apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización. Las peticiones de auxilio a las FFCCSE por parte de los guardadores de hecho ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental, tienen amparo en el marco del artículo 11.1 de la LO 2/1986 de Cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado”.

Por el contrario, entiende que, “En cuanto a las disposiciones de efectivo no finalistas -como salvaguarda en consideración a que el guardador de hecho no rendirá habitualmente cuenta judicial de su gestión-, se hace imprescindible como buena práctica establecer límites cuantitativos de referencia”; y añade: “A tal efecto, son útiles, como pautas o cuantificaciones orientativas, las que resultan de los índices estadísticos oficiales relativos a gasto medio por persona y/u hogar que periódicamente publica el Instituto Nacional de Estadística (al vencimiento del primer semestre del año siguiente). El establecimiento de esas referencias no obsta a su flexibilización en razón de las circunstancias -medios y necesidades- del caso concreto”.

b) El art. 264.I CC prevé que, “Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad”.

El guardador deberá solicitar la autorización “a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad”, por lo que, “antes de tomar una decisión, la autoridad judicial entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite” (art. 52.3 LJV).

Nótese que el juez deberá oír a la persona con discapacidad, pero no dice que deba seguir su voluntad, en todo caso. Creemos, así, que el juez podrá conceder la autorización, si existe una clara necesidad de realizar un acto, aun oponiéndose aquella, cuando la misma no pueda formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le prive de la facultad de discernimiento.

Según el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, “Cuando el guardador de hecho solicite una autorización para representar a la persona con discapacidad en la enajenación de bienes inmuebles, se seguirá el procedimiento previsto en los arts. 61 y ss. LJV, por ser el más específico para este acto, y no el general del art. 52.3 LJV”.

En particular, conforme al art. 63.I LJV, “En la solicitud deberá expresarse el motivo del acto o negocio de que se trate, y se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo; se identificará con precisión el bien o derecho a que se refiera; y se expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se obtenga”. Además, “Con la petición que se deduzca se presentarán los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común realizada”. Según el art. 63.2 LJV, “En el caso de autorización solicitada para transigir, se acompañará, además, el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción”. Por último, a tenor del art. 63.3 LJV, “podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada. En este caso, deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar”².

II. EL PROBLEMA DE LA PRUEBA DE LA GUARDA DE HECHO.

La desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo parece totalmente razonable, pero debe ir acompañada de un sistema que facilite la prueba de la condición de guardador, pues, en caso contrario, éste difícilmente podrá actuar en representación de la persona con discapacidad en los actos a los que se refiere el art. 264.III CC, los cuales, aunque de escasa cuantía económica (razón por la que, precisamente, no requieren autorización judicial), pueden tener una gran trascendencia práctica.

I. Ante las Administraciones públicas.

La Consulta INSS 30 noviembre 2021, en relación a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad, ha declarado que “el guardador de hecho puede solicitar la prestación económica de Seguridad Social en favor de la persona con discapacidad, sin requerirse para ello autorización judicial, ingresándose la pensión en la cuenta bancaria de la

2 El AJPI (núm. 5) Córdoba 570/2022 15 septiembre 2022, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria Genérico 1297/2021, constatando la condición de guardadora de hecho de la hija de una persona con demencia avanzada, ha aplicado los arts. 61 y ss. LJV, para autorizar a aquella a vender directamente la cuota de un inmueble, por considerar que dicha venta revertiría en beneficio de la madre, que se encontraba en una residencia, “no pudiendo afrontar el gasto total de su estancia con las pensiones que percibe”, observando que el resto de comuneros estaban de acuerdo en la operación y que se había aportado una copia del preacuerdo de venta, en el que constaban los datos de las partes, vendedora y compradora, así como el precio de venta, que era ligeramente superior al valor de tasación fijado en el informe adjuntado. Se acuerda también requerir a la guardadora de hecho para que acredite que el dinero correspondiente a su madre “se ha destinado a las finalidades expuestas en la demanda (ingreso en una cuenta bancaria de la persona con discapacidad para atender los gastos de ésta)”.

persona con discapacidad”, añadiendo que “La condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición”.

Por su parte, diversas administraciones autonómicas, en orden a las solicitudes de reconocimiento de grado de discapacidad, están empezando a admitir las presentadas por guardadores de hecho a través de declaraciones de responsabilidad sobre los siguientes extremos: que se tiene la guarda de hecho de la persona con discapacidad, con expresión de las razones por las que se ostenta; que “a su juicio dicha persona no tiene capacidad de autogobierno”; y la relación de parientes, con indicación de nombres y apellidos, edad, tipo de parentesco y dirección.

2. El acta de notoriedad.

No creo que haya ningún obstáculo a que la prueba de la guarda de hecho se realice mediante un acta de notoriedad, al amparo del art. 209 del Reglamento Notarial, pues, aunque se trata de una situación de hecho informal, sin embargo, tiene un carácter estable; y, desde luego, no cabe duda de que quien la desempeña, está legitimado para realizar actos con trascendencia jurídica en la esfera personal y patrimonial de la persona con discapacidad. No obstante, dado que el cambio de guardador es posible, parece que deberá prestarse atención a la fecha del acta de notoriedad, en orden a considerar que quien pretende realizar un acto en nombre de la persona con discapacidad sigue siendo su guardador.

El Notario deberá constatar que la persona con discapacidad, examinadas sus capacidades cognitivas y volitivas, necesita de medias de apoyo estables para el ejercicio de su capacidad; y esto presupuesto, como observa la Circular de la Junta Directiva del Colegio Notarial de las Islas Canarias, adoptada en Acuerdo de 29 de abril de 2022, 6, “la existencia de la guarda de hecho; su adecuado ejercicio; y que no existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente”.

La Circular referida afirma que, “Con carácter general el requerimiento debe formularse conjuntamente por el guardador de hecho y por la persona apoyada. Ambos tienen que comparecer y aseverar bajo su responsabilidad la certeza del hecho cuya notoriedad se pretende establecer, es decir: la existencia de la guarda de hecho; que el guardador viene prestando su apoyo de forma adecuada; que no existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente; y que no concurre entre la persona apoyada y el guardador relación contractual que le obligue a la prestación de servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga u otros apoyos (art. 250 CC)” .

Observa que, “En los casos excepcionales en los que la persona guardada no tenga aptitud para consentir (pensemos en las situaciones de personas mayores que están bajo el cuidado de un familiar pero que no tienen aptitud para prestar consentimiento) el acta de notoriedad puede ser también un instrumento que permita la actuación del guardador dentro de los límites legales que señala el artículo 264 del Código civil”; y concluye que, “En ese caso, el Notario dejará constancia de la imposibilidad de hecho de manifestar y conformar voluntad y de la inaptitud de prestar consentimiento por parte de la persona guardada, debiendo en este supuesto advertir expresamente de que la actuación del guardado queda dentro de los límites del artículo 264, requiriéndose autorización judicial en los casos prevenidos en dicho artículo, si bien, “no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”.”

Estos extremos no añaden nada a lo que ya dice el art. 264 CC, pero su constatación en el acta puede ser útil en el tráfico jurídico, para disipar dudas de las personas u organismos que deban tratar con el guardador.

La posterior Circular Informativa I/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho (Ley 8/2021), expone que, “Con carácter general el requerimiento debe formularse conjuntamente por el guardador de hecho y por la persona apoyada”, pero que, “Si ésta última no puede conformar o expresar su voluntad, al existir imposibilidad de hecho, aún con la ayuda de medios o apoyos para ello, será requirente únicamente el guardador de hecho. Añade que “Excepcionalmente podrá formular el requerimiento el guardador de hecho dando razón del motivo por el que no comparece la persona apoyada (por razón de imposibilidad o de movilidad). En este caso el Notario habrá de personarse en su domicilio con el fin de dar cuenta a la persona apoyada del requerimiento o, en su caso, constatar la situación de imposibilidad”.

Respecto de los elementos de prueba, la Circular de la Junta Directiva del Colegio Notarial de las Islas Canarias, se remite al art. 209 del Reglamento Notarial, el cual prevé que “el Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente”. Concretamente, considera “recomendable, dada la naturaleza de los hechos a probar, la prueba testifical”, precisando que “Los testigos han de conocer al guardador y a la persona apoyada y les debe constar que son ciertos los hechos manifestados por los requirentes, en especial la existencia de la guarda y que se viene ejerciendo adecuadamente”. “Otras pruebas recomendables a

practicar -continúa- podrían ser solicitar informe al trabajador social, la obtención de información del Registro Civil o cualesquiera otras pruebas que el Notario considere conveniente. “No parece aconsejable -concluye- la publicación de edictos a fin de preservar el derecho a la intimidad de la persona con discapacidad”.

Más estricta es en este punto la Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, según la cual, “Entre las posibles pruebas, es imprescindible, dada la naturaleza de los hechos a probar, la prueba testifical, especialmente de los parientes y personas próximas al guardador y guardado. Los testigos, por tanto, han conocer al guardador y a la persona apoyada, les debe constar que son ciertos los hechos manifestados por los requirentes, en especial la existencia de la guarda y que se viene ejerciendo adecuadamente. En este punto es relevante la declaración que puedan realizar los familiares”.

En las actas de notoriedad, frecuentemente, se protocolizan los siguientes documentos de prueba: certificado de discapacidad, emitido por el organismo de la Comunidad Autónoma de residencia; certificado de empadronamiento, del que se desprende la convivencia entre los requirentes; fotocopia del Libro de familia acreditativa del parentesco entre ambos; y partida de nacimiento de la persona con discapacidad, de la que resulta la inexistencia de medidas de apoyo judiciales o voluntarias, inscritas o anotadas.

La Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, entiende que, “A fin evitar que circulen ‘datos informativos cuya difusión debe ser cuidadosamente valorada, se considera conveniente que [el acta de notoriedad] se formalice en dos instrumentos públicos, lo que permite que se acredite la existencia de la notoriedad solo con la exhibición del acta de cierre, en la que consta la declaración de notoriedad”.

Por lo tanto, según la referida Circular, el acta de notoriedad, “incluso aunque se inicie, se practiquen las pruebas y concluya en el mismo día y en un solo acto, se debe documentar en dos instrumentos públicos”: un acta inicial, que “contendrá las declaraciones, las pruebas y documentación” y se incorporará al protocolo como instrumento independiente; y, un acta final, que sólo “contendrá una escueta relación de las pruebas practicadas, sin entrar en detalles y el juicio de notoriedad por el Notario”.

Todo lo dicho hasta aquí debe, sin embargo, relativizarse, porque, en la práctica, no son pocos los Notarios, que se niegan a hacer actas de notoriedad en orden a la prueba de la guarda de hecho. Esta negativa se explica, a mi parecer, porque, siendo la guarda de hecho una situación fáctica susceptible de cambio, son reacios a constatarla, por el temor a que, cuando se exhiba el acta, la persona identificada en ella como guardador ya no lo sea; y, además, porque algunos Notarios entienden

que es difícil llegar a la conclusión de que alguien sea guardador de hecho de otra persona en todos los aspectos de su vida, más allá de la concreta esfera respecto de la cual aquél pueda acreditar su apoyo (por ejemplo, en el ámbito de la salud), por lo que no son proclives a reconocerle la condición general de guardador, que, precisamente, es lo que necesita para poder realizar actos diversos a los que ya lleva a cabo (por ejemplo, en el ámbito bancario).

3. Dificultades de prueba ante entidades bancarias o aseguradoras: la posibilidad de instar un auto judicial de declaración de la condición de guardador de hecho.

En la vida diaria, surgen dificultades (aunque, no sólo) con las entidades de crédito y aseguradoras, que son renuentes a permitir que el guardador de hecho pueda retirar fondos de una cuenta bancaria de la que es titular la persona con discapacidad. Para constatar que se es guardador de hecho, ante las dificultades prácticas, en muchas ocasiones, de obtener un acta de notoriedad o porque, directamente, no se pide, se suele instar un auto de declaración de la condición de guardador de hecho frente a la entidad bancaria a través de un proceso de jurisdicción voluntaria³.

Ciertamente, resulta paradójico que, siendo la guarda de hecho una medida de apoyo informal, el guardador se vea obligado a acudir a un Juzgado para que se le declare formalmente como tal, a fin de poder realizar una actuación representativa, para la cual está expresamente legitimado por el art. 264.III CC (parece, pues, que asistimos a una suerte de “judicialización” de la “desjudicialización”)⁴.

También en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, se dice que “Cuando en el expediente

3 El AJPI (núm. 3) Córdoba 8/2022 11 enero 2022, procedimiento Jurisdicción Voluntaria, genérico, 1641/2021, ha reconocido, así, dicha condición respecto de la madre frente a BBK BANK CAJASUR y, en consecuencia, ha declarado que “se encuentra legitimada por ley para realizar respecto de cuentas bancarias de la que su hija sea titular, funciones de administración ordinaria y disposición”.

4 El AJPI (núm. 5) Córdoba 8/2022 7 febrero 2022, Prov. Medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad 1030/2021, constata dicha paradoja, al estimar la demanda de reconocimiento de la condición de guardadora de hecho de una hermana. Dice, así, que “la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal”, pero que la guardadora “se ve necesitada de recabar el auxilio judicial con el objeto de que se reconozca por parte de entes públicos y privados las facultades que ya vienen reconocidas legalmente en aras, única y exclusivamente, a tutelar los intereses de su hermana, cuya discapacidad consta acreditada en autos”; y añade: “Esta cuestión no deja de ser preocupante pues lleva ínbito un desconocimiento e incumplimiento por parte de dichos entes de la nueva regulación legal para la protección de las personas con discapacidad, obstaculizando, entorpeciendo y retrasando que puedan ejercitar sus derechos a través de sus guardadores de hecho”. Observa que la guardadora de hecho no necesita que se declare judicialmente su condición de tal, a efectos de poder cancelar una cuenta bancaria de su hermana, solicitar los atrasos a los que esta tiene derecho, por la pensión de orfandad que tiene reconocida por el INSS, ni para disponer de la cantidad que le corresponde por un seguro de defunción de Mapfre del que es beneficiaria, porque el Código civil “establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal para la guarda de hecho ni para los actos descritos”. Sin embargo, dado los obstáculos a los que se enfrenta la demandante para poder ejercer sus funciones, se accede a su pretensión y se le declara guardadora de hecho de su hermana “a todos los efectos legales”.

de Jurisdicción voluntaria incoado por la solicitud de provisión judicial de medidas de apoyo, tras la entrevista con la persona con discapacidad y la práctica de las pruebas consideradas necesarias, se advierte que existe una guarda de hecho adecuada y suficiente, procedería dictar un auto de archivo del expediente sin adoptar las medidas de apoyo judicial solicitadas”. No obstante (sin duda a efectos prueba de la condición de guardador), se añade que “Es recomendable que ese mismo auto deje constancia de la existencia de una guarda de hecho ejercida por NN en relación a la persona de NN, y reseñar las funciones que el Código Civil atribuye al guardador de hecho”⁵.

En las “Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores”, de 2021, se afirma que “realizado un proceso de revisión de medida que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con

5 Esto es lo que hace la SAP La Coruña 17 julio 2022 (ECLI:ES:APC:2022:1903), que confirma la sentencia que había desestimado la pretensión de constituir una curatela en apoyo de una persona que, según el informe médico forense, “presentaba un deterioro cognitivo grave, en contexto de la enfermedad de SIDA, de carácter crónico, con tendencia a un mayor deterioro, no siendo esperable mejoría, no pudiendo tomar decisiones en relación con su persona y administración de bienes”; y ello, por existir una guarda de hecho, ejercida por una ONG. Sin embargo, considera conveniente la declaración judicial de la condición de guardador de hecho de la referida ONG, “a los meros efectos de acreditar esa condición frente a terceros”, y específica, con bastante detalle, los actos que la guardadora puede realizar, sin limitarse a hacer una genérica remisión al art. 264.III CC. Dice, así, que “podrá representar plena y totalmente” a la persona con discapacidad en los siguientes actos: 1) En la obtención y renovación de un certificado digital electrónico de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a fin de poder realizar gestiones telemáticas en las que sea precisa la utilización de tal medio de identificación y firma. 2) En la gestión, administración y disposición ante la entidad bancaria [en la que a la persona con discapacidad le ingresan la pensión no contributiva]. 3) En las solicitudes de actos médicos, toma de decisiones y en su caso suscripción del consentimiento informado para la realización de intervenciones médicas. 4) En cualquier acto ante la Administración General del Estado y organismos dependientes, como AEAT y la Dirección General de Tráfico, ante la Xunta de Galicia y organismo dependientes, y ante la Administración Local; y en general, en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de [la persona con discapacidad]”. También lo faculta para realizar un acto, que no es de los comprendidos en el art. 264.III CC, ante la existencia de una necesidad actual de autorización judicial; y ello, sin duda, con la finalidad de evitar que posteriormente tuviera que iniciarse un procedimiento de jurisdicción voluntaria para obtener dicha autorización: “En la aceptación, cobro y suscripción de carta de pago de la herencia de su difunto padre; y, especialmente, para el cobro de una cantidad correspondiente a un seguro, cuya cuota parte ya percibieron sus hermanos”. Concluye: “Cualquier otra necesidad de apoyo representativo puntual que pudiera surgir en el futuro deberá ser solicitada por el cauce del expediente de jurisdicción voluntaria”.

La SAP Álava 17 enero 2023 (ECLI:ES:APVI:2023:32) procede de manera semejante, rechazando la pretensión de constitución de curatela, por existir una guarda de hecho desempeñada por la madre, desde que su hijo había alcanzado la mayoría de edad, “si bien, parece oportuno realizar una declaración judicial sobre el carácter de guardadora de hecho” de aquélla, “aunque sea a los meros efectos de acreditar esa condición frente a terceros”. Además, precisa que la guardadora podrá representar a su hijo en los siguientes actos: “1) En la obtención y renovación de DNI/pasaporte y obtención de un certificado digital electrónico de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a fin de poder realizar gestiones telemáticas en las que sea precisa la utilización de tal medio de identificación y firma. 2) En la toma de decisiones de contenido económico, educativo, así como, gestión, administración y disposición ante la entidad bancaria en la que [el hijo] tenga abierta una cuenta corriente 3) En las solicitudes de actos médicos, toma de decisiones y en su caso suscripción del consentimiento informado para la realización de intervenciones médicas. 4) En cualquier acto ante la Administración y Tribunales, y en general, en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de [del hijo] ante la Administración y Tribunales”. Concluye que “Cualquier otra necesidad de apoyo representativo puntual que pudiera surgir en el futuro deberá ser solicitada por el cauce del expediente de jurisdicción voluntaria”.

No deja de ser curioso, que esta sentencia establece una revisión de la declaración de guardador de hecho a los tres años, medida ésta que el art. 268.II CC sólo contempla para las medidas judiciales de apoyo, lo que es una manifestación más de la paradoja de la judicialización de la desjudicialización. Establece, además, la obligación de la guardadora de informar de su actuación el mes de enero de cada año.

anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho, dicha resolución constituirá un título acreditativo extraordinario sobre esta institución, así como la propia sentencia que en su día las constituyó”.

4. La denominada “declaración responsable” ante la entidad bancaria.

Tratando de solucionar el problema apuntado, el Documento 1°, de julio de 2023, relativo a “La guarda de hecho en la Ley 8/21”, interpretativo del Protocolo Marco de Colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídicas de las personas con discapacidad en el ámbito bancario, entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias, de 19 de julio de 2023, contempla lo que llama una “declaración responsable ante la entidad bancaria”, documento, que deberá ser suscrito “por el titular del producto bancario que comunica a la entidad la existencia de la guarda de hecho y firmado por el guardador (o guardadores en caso de pluralidad en el apoyo)”.

Sin embargo, dicho documento, en rigor, es un poder realizado ante el banco por la persona, que, aun teniendo una discapacidad, no obstante, puede manifestar una voluntad libremente formada; y ello, con la finalidad de legitimar a quien designa como guardador, para realizar una serie de operaciones dentro de los límites establecidos en el documento de apoderamiento.

Se dice, así, que “la declaración responsable ante la entidad financiera reflejará, entre otros, los siguientes contenidos: la identificación de los sujetos intervinientes ; la relación de parentesco o vínculo que les une, el alcance y modalidad de la actuación del guardador o guardadores ante la entidad; los niveles de acceso a la información bancaria; las autorizaciones de gestión operativa; la precisión y adecuación al caso concreto (...) de los límites de la gestión económica de escasa relevancia ; la autorización o no de medios de pago -que nunca podrán implicar financiación o endeudamiento, en cuanto se asimilarían a operaciones de crédito precisadas de autorización judicial- y las modalidades operativas pactadas para los mismos; la especificación de la (...) cuenta bancaria de referencia para la operativa a desarrollar con la intervención del guardador y la relación de los productos vinculados a la misma”⁶.

6 En el Documento interpretativo se afirma que “La eficaz salvaguarda de la buena actuación del apoyo aconseja como buena práctica la reconducción y vinculación a una única cuenta bancaria de todos los ingresos y gastos ordinarios de la persona con discapacidad, así como los productos accesorios a la misma, como pueden ser las tarjetas monedero y otros medios de pago a débito. Esta previsión evitará la afectación de la privacidad de otros eventuales cotitulares”. Se añade que “La singularización en una sola cuenta de la gestión ordinaria de la guarda enervará el riesgo de confusión de patrimonios, evitará la posible actuación fraudulenta de presentarse como guardador ante distintas entidades bancarias interesando la capacidad de gasto máxima en cada una de ellas sobre los referidos índices de referencia y permitirá, en su caso, la adecuada rendición judicial de cuentas por el guardador de hecho”.

Cabe preguntarse por qué se denomina “declaración responsable” a lo que no es, sino un apoderamiento.

La razón estriba en que, en un principio, esta “declaración responsable” se concibió como una declaración del guardador de hecho, en los supuestos en que la persona con discapacidad no puede exteriorizar una voluntad libremente formada, la cual era semejante a la que el guardador realiza ante las administraciones públicas para solicitar prestaciones económicas. Se pretendía, pues, que dicha declaración acreditara ante el banco la condición de guardador de hecho y que, en consecuencia, éste pudiera actuar en representación de la persona necesitada de apoyo, para concluir en su nombre operaciones bancarias para cuya conclusión le habilita el art. 264.III CC.

Sin embargo, posteriormente, se cambió de opinión, seguramente, ante el temor de que dicha declaración de responsabilidad, hecha por el propio guardador, pudiera posibilitar actuaciones en perjuicio de la persona con discapacidad. En su lugar, se previó el actual documento de apoderamiento suscrito por ambas partes, conservándose, sin embargo, la denominación de “declaración de responsabilidad”, lo que, a todas luces, resulta inadecuado a la naturaleza del documento, que es un título voluntario de legitimación del guardador para actuar dentro de los límites y con las salvaguardas en él establecidas.

Por lo tanto, la llamada “declaración de responsabilidad” es inoperante en el caso para el que originariamente se pensó, es decir, para la acreditación de la condición de guardador de hecho de la persona que no puede manifestar una voluntad libre y responsable, caso este, en el que el Documento interpretativo resalta la “especial eficacia” de las actas de notoriedad, “por aportar mayor seguridad jurídica”, “en cuanto dan fe de los elementos esenciales de la guarda, es decir, la discapacidad que requiere el apoyo, el vínculo entre las partes y la suficiencia y adecuación de la propia guarda”.

Precisa, además, una idea importante, al observar que la prueba realizada a través del acta de notoriedad “reflejará un momento temporal preciso, por lo que deberá tenerse en cuenta la necesidad de cierta actualización periódica para detectar eventuales cambios de situación en la guarda, sin perjuicio de la obligación del guardador de comunicar dichas circunstancias desde el mismo momento en que se produzcan”.

Este Documento no ha tenido el éxito que se esperaba, en parte, por remitir al acta de notoriedad, la acreditación de la guarda de hecho, en los problemas de importante discapacidad.

III. LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE INSTANCIA RESPECTO DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA CURATELA.

La dificultad probatoria de la guarda de hecho explica, sin duda, la existencia en la jurisprudencia de instancia de dos orientaciones diversas.

a) Un sector de la jurisprudencia considera que, siendo la guarda de hecho la figura primordial de apoyo de las personas con discapacidad, si la misma existe y se ejerza adecuadamente, no procede el nombramiento de un curador con facultades de representación (que sería lo más semejante al antiguo tutor de los incapacitados), sino que lo procedente es que el demandante continúe ejercitando la guarda de hecho, tal y como lo venía haciendo, pidiendo la correspondiente autorización judicial en el caso excepcional de que debiese realizar algún acto representativo no comprendido en el art. 264.III CC⁷.

7 La SAP Córdoba (Sección I^a) 22 marzo 2022, rollo de apelación 68/2022, confirmó la falta de necesidad de establecer una curatela, porque existía una guarda de hecho, que había “estado funcionando *de facto* durante muchos años y correctamente”, reconociendo la condición de guardadora a una de las hermanas de la persona con discapacidad (de acuerdo con sus preferencias), dado que aquella se dedicaba a su cuidado con mayor intensidad que el resto de los familiares (en la sentencia recurrida se había reconocido tal condición a los padres, que, sin embargo, dada su avanzada edad y las enfermedades que padecían, debían también a ser atendidos). Observa que las necesidades de la persona con discapacidad “no son sino las usuales de una persona con esta situación, supervisión de actos elementales y realizar por él otras para las que no alcanza a tener conocimiento”, y que “No consta la existencia de un patrimonio que precise actos de administración, ni intereses que precisen de una especial intervención y control de lo que en su nombre se pueda ir realizando por la persona a quien se le encomiende esa actuación”. Concluye: “Se trata por tanto de persona actualmente con 51 años, que lo que precisa es asistencia personal, precisamente la que ha estado teniendo a lo largo de su vida, sin que se haya visto en la necesidad de mayores formalidades, habiendo dado muestras en la entrevista de estar muy comfortable con la situación de la que ha gozado y goza en el presente”.
La SAP Cantabria 31 mayo 2022 (ECLI:ES:APS:2022:623) consideró improcedente la adopción de las medidas judiciales de apoyo pretendida por los padres de una persona de 18 años, que tenía una discapacidad intelectual media (coeficiente intelectual de 58 y edad mental de 7 años) y a la que se le había reconocido la situación de discapacidad administrativa del 67% y de dependencia en grado II. Dicha persona requería ayuda en actividades cotidianas no primarias, pero conservaba autonomía para realizar actividades básicas y cotidianas de la vida diaria y tenía una “buena adaptación social y familiar”, precisando, sin embargo, “supervisión para las decisiones de trascendencia personal y para la administración económica y disposición de sus bienes”. Observa que la valoración positiva “sobre la suficiencia y adecuación de la guarda de hecho que sobre la persona con discapacidad realizan sus padres no ofrece ninguna duda para seguir proyectándola en el futuro, pues reside con ellos, le atienden, cuidan y apoyan satisfactoriamente desde su minoría de edad para el desarrollo pleno de su personalidad y para que en el futuro requiera de un menor apoyo y están, en fin, en perfectas condiciones para seguir voluntariamente haciéndolo en el futuro”. Los padres, en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, habían argumentado que la solución de no adoptar medidas judiciales de apoyo, desembocaría en un “previsible colapso de la Administración de Justicia por la necesidad de interesar constantes autorizaciones de los guardadores al juez”. Frente a ello, la Audiencia responde que, con este argumento, “se impugna más una decisión del legislador que el fondo de la decisión judicial” (que fue confirmada en segunda instancia).
La SAP Cádiz 5 septiembre 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2126), confirmando la sentencia recurrida, entendió que procedía la desestimación de la demanda de provisión de apoyos, “actualmente innecesaria”, puesto que los padres de la persona con discapacidad desempeñaban “con absoluta dedicación y de manera adecuada, la guarda de hecho”. Dice, así, que, desde “el punto de vista asistencial, tiene cubiertas sus necesidades”; y, desde “la óptica de la administración de sus bienes, sus padres gestionan y administran su pensión y la cuenta en la que se ingresa la misma y, desde la misma, abona los gastos correspondientes de la asistencia que recibe, pudiendo, como guardadores de hecho realizar todas las gestiones que son precisas en el Banco”. Tajantemente, concluye que “El presente procedimiento constituye una rémora del régimen de incapacidad que felizmente ha sido superado con la actual reforma, viéndose obligada la familia

b) Sin embargo, hay otra orientación jurisprudencial distinta, existiendo sentencias que constituyen una curatela, debido a la gravedad de la enfermedad que padece la persona con discapacidad; y ello, a pesar de existir un guardador de hecho, que se ocupa adecuadamente de aquélla, por considerar que, concurriendo una discapacidad severa, la guarda de hecho no puede funcionar correctamente⁸.

a instancia de instituciones a la iniciación del mismo cuando, con el devenir del tiempo y el cambio de la legislación, dicha iniciación ha devenido absolutamente innecesaria”.

La SAP Castellón 16 septiembre 2022 (ECLI:ES:APCS:2022:1106), confirmó la sentencia recurrida, que había desestimado la pretensión de constitución de curatela, dado que quien pretendía ser nombrado curador era guardador de hecho y desempeñaba la medida de apoyo de manera adecuada. El apelante sostenía que la enfermedad de su madre (Alzheimer, grave, en fase avanzada) era “una de las patologías más inhabilitantes”, teniendo carácter irreversible, pretendiendo, “asumir formal y solemnemente la obligación de cuidar de la misma, con todas las de la Ley”, “no como algo de facto sino de iure”, esto es, “no como una mera obligación moral, sino como una auténtica obligación jurídica, merecedora del correspondiente auxilio para poder cumplirla cabalmente, dotando de certeza, seguridad jurídica y permanencia a una situación que a todas luces lo requiere”. Frente a ello, la Audiencia afirma que no procedía la constitución de la curatela, pues la madre tiene “ya un guardador de hecho, el propio recurrente que se postula como curador representativo, cuya eficaz actuación como tal guardador de hecho supone suficiente apoyo para la misma, tanto a nivel personal como de administración ordinaria de sus bienes, fundamentalmente sus pensiones, facilitado esto por la cotitularidad de la cuenta bancaria”.

La SAP La Coruña 31 enero 2023 (ECLI:ES:APC:2023:162) ha revocado la sentencia recurrida, que había considerado procedente constituir una curatela en favor de una persona de 92 años de edad, que padecía un deterioro cognitivo grave por demencia prefrontal con trastorno de conducta, como consecuencia de lo cual precisaba “apoyo en cuanto a las funciones de su autocuidado en el ámbito de su salud y toma de decisiones de carácter tanto sanitario como contractual y procesal, siendo totalmente dependiente en todos los aspectos de su vida”. Observa que la “prueba revela que existe una guarda de hecho que supone apoyo suficiente y adecuado, clara y encomiablemente desde el punto de vista asistencial”, “y también desde el punto de vista representativo”. Evidencia que la sentencia recurrida fundamenta la constitución de la curatela en la necesidad de representar a la persona con discapacidad “en todas aquellas situaciones y gestiones que pudieran resultar necesarias para el adecuado desarrollo de su vida diaria, como pudieran ser, en el ámbito sanitario tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, o cuestiones patrimoniales (pagos de IBI, declaraciones o pagos de impuestos, recibos, etc.), gestiones bancarias o solicitudes de ayudas o prestaciones a las administraciones públicas”. Frente a ello, afirma que “Puede entenderse, en esencia, que resultan ser las funciones representativas implícitas en la guarda de hecho conforme al art. 264 del Código Civil”, es decir, que se trata de actos para cuya realización el guardador ya está legitimado por Ministerio de la Ley por el párrafo tercero de dicho precepto. No obstante, dada la “dificultad acreditativa de la condición de guardador de hecho”, estima conveniente constatar la condición de guardadora de hecho de la hija, extendiendo sus facultades representativas en materia de salud, ante la redacción del art. 6 de la Ley 3/2001 gallega a diferencia del art. 9 de la Ley 41/2002, que ya supone habilitación legal expresa para que pueda actuar un familiar y con mayor razón, se estima, un guardador de hecho reconocido”.

- 8 La SJPII (núm. 4º) Massamagrell 21 septiembre 2021 (ECLI:ES:JPII:2021:916) sujetó, así, a curatela representativa a una persona de 83 años con Alzheimer y otras patologías “persistentes de carácter psíquico que le impiden en absoluto gobernarse por sí misma”, lo que, según el informe del médico forense, le originaba, de manera continuada e irreversible, “una anulación cuasi absoluta de facultades”. En el acto de la vista se apreció en la misma “un discurso muy limitado, con falta de respuesta a preguntas sencillas”, reconociendo “que la persona que se encarga de sus necesidades era su hijo Pablo en quien confía”. Dicho hijo, que convivía con él, era, en realidad su guardador de hecho y, según se desprende de sus declaraciones, así como de la del resto de los parientes más próximos, la guarda de hecho funcionaba correctamente. Sin embargo, se le nombró curador de su padre con facultades de representación, con preferencia a la madre, que tenía una edad avanzada y se encontraba sujeta a medidas de apoyo; y ello, “por motivos de mayor disponibilidad temporal existiendo además convivencia, y una manifestada actuación del mismo para ayudar a su padre en las cuestiones médicas, administrativas o económicas”. Respecto a la extensión de la curatela establecida, en la esfera personal, comprendía la facultad de representar a la persona con discapacidad en decisiones relativas al seguimiento del tratamiento médico, traslados a residencias o centros de asistencia, asistencia a centros terapéuticos, ocupacionales, centros de día o asimilados, etc.; y, en la esfera económica, la facultad de representarle en las “decisiones con trascendencia patrimonial que supongan la reducción del patrimonio”, “precisando de autorización judicial expresa para dar dinero a título gratuito, obtener préstamos o financiaciones, gravar o enajenar inmuebles y el resto de actos previstos en el art. 287 CC”.

La SJPII (núm. 1) Tafalla 23 noviembre 2021 (ECLI:ES:JPII:2021:1137) constituyó también una curatela en apoyo de una persona enferma de Alzheimer, con ceguera parcial bilateral e hipoacusia de intensidad importante; y ello, a pesar de existir una guarda de hecho, ejercida por su sobrina política y una amiga, que había funcionado “de una forma adecuada y atendiendo a los intereses y necesidades de la misma”.

El argumento en que reposa esta orientación jurisprudencial es el de

Precisamente, nombró, como curadora a la sobrina, anterior guardadora de hecho, como curadora, atribuyéndole facultades de representación, dado que, por la enfermedad que padecía, no es posible “determinar cuáles son su voluntad, deseos y preferencias”, para cualquier tipo de decisión que “quiera adoptar respecto a su persona y patrimonio”.

La SAP Valencia 19 enero 2022 (ECLI:ES:APV:2022:111), igualmente, estableció una curatela respecto de una persona que sufría un Alzheimer agudo, nombrándose curador a su marido de 86 años, a pesar de venir ejerciendo este la guarda de hecho correctamente, desestimando la pretensión de tres hijos de ejercer la medida de apoyo conjuntamente, por entenderse no acreditado “que en el momento actual su edad (86 años) suponga impedimento u obstáculo que le impida el adecuado cumplimiento de las obligaciones que impone el cargo de curador con funciones de representación”.

La SAP Badajoz 27 junio 2022 (ECLI:ES:APBA:2022:952) considera pertinente mantener una curatela con facultad de representación en apoyo de una persona con Alzheimer, a pesar de existir una guardadora de hecho (nombrada curadora), una hija, que acudía todos los días al domicilio de sus padres, sin que su madre pudiera “sola hacer prácticamente ninguna tarea de la casa ni manejar por ejemplo el dinero de la pensión, 720 euros mensuales” que cobraba. Desestimó el recurso del Ministerio Fiscal, que argumentaba que, existiendo una guarda de hecho que funcionaba correctamente, no procedía la constitución de una curatela. Frente a ello, la Audiencia la consideró necesaria, “sin que sea posible otra solución jurídica más adecuada”, en atención a las circunstancias personales de la madre, sin que “sea suficiente para lograr el desarrollo pleno de la personalidad de aquella y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad el simple mantenimiento de la guarda de hecho, a todas luces insuficiente aquí”.

La SAP Málaga 20 septiembre 2022 (ECLI:ES:APMA:2022:4362) revocó la sentencia recurrida, que, aplicando el art. 263 CC, había considerado improcedente constituir una curatela, por existir una guarda de hecho que funcionaba correctamente. Por el contrario, la Audiencia constató que la persona con discapacidad padecía “una enfermedad psíquica de carácter persistente” que le impedía “expresar su voluntad, deseos, preferencias, de manera libre” y que en la entrevista no había sido “capaz de siquiera de llegar a comunicarse y no pudo moverse de la silla de ruedas”. De ello dedujo que la guarda de hecho no era suficiente medida de apoyo, “por cuanto requerir de las personas guardadoras que para todos los actos que deban hacerse deban acudir a la autorización siendo estos todos en el presente caso, supone un gravamen perjudicial para la persona que necesita dichos apoyos, por el retraso que puede conllevar y por tanto para su mejor calidad de vida”. Nombró curadora con facultades de representación a la sobrina, anterior guardadora de hecho.

La SAP Badajoz 10 octubre 2022 (ECLI:ES:APBA:2022:1338) también revoca la sentencia que había denegado la constitución de la curatela por considerarla improcedente, al existir una guarda de hecho, que, según el Juez *a quo*, funcionaba correctamente. Por el contrario, constituyó una curatela representativa en apoyo de una persona, que padecía un Alzheimer y una demencia grave, considerando insuficiente la guarda de hecho para apoyarla, nombrando curadora a la hija, tanto en la esfera personal, como en la patrimonial. Insiste en la grave situación en la que se encuentra la persona con discapacidad, lo que en la entrevista personal “le ha impedido contestar y comunicarse incluso, no respondiendo a ninguna de las preguntas que se le han realizado, de lo que se deduce su deterioro cognitivo”. Por su parte, su hija “responde que su madre se encuentra actualmente ingresada en un centro adecuado a sus necesidades y que necesita ayuda para todo, pues no come sola, ni casi camina ya”, manifestando “su disponibilidad para hacerse cargo de ella como curadora” y “aclarando a su letrada que necesita este nombramiento para cualquier gestión relacionada con su madre”.

La SAP León 8 febrero 2023 (ECLI:ES:APLE:2023:186), revocando la sentencia apelada, constituyó una curatela con facultades de representación amplísimas en apoyo de una persona diagnosticada de demencia de tipo Alzheimer, en fase severa. Afirma que la guarda de hecho deja de ser suficiente “cuando es preciso extender los apoyos de manera generalizada”, “salvo cumplida demostración en contrario”. En este caso, observa que “la guarda de hecho es notoriamente insuficiente, pero no porque su hija no la cuida y atiende debidamente [de hecho, se nombra curadora a la guardadora], sino porque el mero apoyo asistencial no es suficiente: en casi todos los ámbitos de su vida [la persona con discapacidad] precisa adoptar decisiones que requieren una capacidad de comprensión de la que carece y una iniciativa ejecutiva que no tiene”; y continúa diciendo: “Estas limitaciones llevarían a la guardadora de hecho a un peregrinaje constante para solicitar autorización judicial en relación con actos tan nimios como sacar pequeñas cantidades de dinero de la cuenta de su madre para comprarlos alimentos que esta precisa o ropa que le resulte necesaria, medicamentos...”.

La SAP Alicante 20 febrero 2023 (ECLI:ES:APA:2023:598), revocando también la sentencia recurrida, nombró curadora con facultades de representación a la hija de una persona afectada por un Parkinson en fase avanzada, que padecía un grave deterioro cognitivo, como consecuencia del cual carecía de la posibilidad de “expresar su voluntad o deseos”; y ello, a pesar de existir una guarda de hecho desempeñada por dicha hija. Afirma que “Esta Sala no desconoce que existe otra corriente entre una parte de las Audiencias Provinciales que limitan la designación de curador, cuando existe una guarda de hecho que se desarrolla de forma eficaz, siguiendo el art. 255 in fine del CC”. Pero añade: “Sin embargo, al entender de esta Sala en aquellos supuestos en que la persona discapaz que precisa de medidas de apoyo, carece de toda forma de expresar su voluntad o deseos, de tomar decisiones por sí mismo, no pudiendo desarrollar las más mínimas habilidades de la vida, y por tanto teniendo nula capacidad, pese a tener un guardador/a

que la gravedad de la enfermedad que padece la persona con discapacidad le imposibilita para exteriorizar su voluntad, por lo que es necesario que el apoyo se realice a través de reiteradas actuaciones de carácter sustitutivo, lo cual exige el nombramiento de un curador con facultades de representación, con el fin de evitar que el guardador de hecho tenga que pedir repetidas autorizaciones judiciales para actuar en nombre de la persona a la que apoya.

Este argumento olvida que el guardador de hecho tiene atribuidas directamente facultades de representación por el art. 264.III CC y que, si bien es cierto que, para realizar actos no contemplados en dicho precepto, deberá recabar autorización judicial en los términos del art. 264.I CC, sin embargo, también lo es que el curador con facultades de representación tendrá que pedir autorización, cuanto menos, para realizar todos los actos enunciados en el art. 287 CC.

Por otro lado, una cosa es que una persona no pueda prestar su consentimiento habitualmente, como consecuencia de la discapacidad que padece, y otra muy distinta, que, para apoyarla, sea necesario llevar a cabo constantes actuaciones representativas no previstas en el art. 264.III CC: esto último no tiene por qué suceder, por ejemplo, si no tiene un cuantioso patrimonio que administrar.

IV. LA OSCILANTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Hasta que ha recaído la sentencia comentada, la posición del Tribunal Supremo respecto de la cuestión interpretativa analizada en el epígrafe anterior era oscilante, pues existían dos sentencias contradictorias.

a) En STS 23 enero 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1291) optó claramente por la tesis de que, “En el nuevo régimen legal, con independencia del grado de discapacidad, las medidas de apoyo judiciales son subsidiarias”, de modo que, “si de hecho hay alguien que (...) 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”. Constata que la Ley 8/2021 “consagra la realidad sociológica de que la mayor parte de las personas con algún tipo de discapacidad reciben el apoyo de su entorno más cercano, generalmente por parte de algún familiar, sin que esta situación requiera ser modificada por resultar el apoyo prestado adecuado”. Consiguientemente, ha considerado procedente que el hijo, que se ocupaba de la madre, continuara haciéndolo, en concepto de guardador de hecho, por no haberse constatado la existencia de problemas o dificultades que llevaran a concluir que la guarda de hecho no funcionara “eficazmente” y fuera preciso recurrir a las medidas judiciales de apoyo.

de hecho. Se hace totalmente necesario establecer una curatela representativa al ser aquella guarda insuficiente”.

Es, pues, claro que el Tribunal Supremo, en esta sentencia, rechaza la tesis de que un grado de discapacidad intenso, por sí mismo, determine la necesidad de constituir una curatela, incluso, aunque existiera una guarda de hecho que funcionara correctamente. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, en este caso, no concurría un alto grado de discapacidad, que afectara gravemente a la capacidad de discernimiento y a la posibilidad de exteriorizar una voluntad libremente formada. De hecho, el Supremo afirma que la solución adoptada por las resoluciones de instancia, que habían sometido a tutela a la persona con discapacidad y, por tanto, a representación, ni siquiera eran conformes a la regulación vigente en el momento en que se habían dictado (la anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021), pues se habían limitado “a transcribir el diagnóstico de la enfermedad”, sin prestar atención a cómo la misma afectaba “a su funcionalidad en su vida diaria”, ni tener “en cuenta su autonomía para los actos cotidianos que realiza ella sola”. En definitiva, que “un apoyo representativo como el que se ha establecido en las sentencias de instancia resulta innecesario y desproporcionado”.

2º) En una segunda STS 20 octubre 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4129), el Alto Tribunal cambia de posición y sigue la tesis de que el carácter grave de la discapacidad determina la constitución de una curatela con facultades de representación, por considerar que, en tal supuesto, la guarda de hecho es una medida de apoyo insuficiente.

De hecho, relata que “La Audiencia toma en consideración (...) el relato de la esposa acerca de las dificultades a que se enfrenta en la vida diaria (actividades cotidianas, medicación, manejo del dinero, incluso que firma por él), problemas para relacionarse con la administración por no tener conferida la representación de su esposo”.

El Supremo afirma, así: “Es cierto que la regulación de la guarda de hecho permite al guardador de hecho solicitar y obtener una autorización judicial para actuar en representación de la persona con discapacidad, y que la autorización puede comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo (art. 264 CC), pero cuando por la discapacidad que afecta a la persona no puede prestar consentimiento y es precisa de manera diaria la actuación representativa de quien presta el apoyo, es obvio que la necesidad de acudir al expediente de previa autorización judicial de manera reiterada y continua revela la insuficiencia de la guarda de hecho, la falta de agilidad en su actuación y en el desempeño de la prestación de apoyos, su falta de adecuación a la necesidad del apoyo requerido y, en consecuencia, la conveniencia de una medida judicial”.

V. LA CREACIÓN DE JURISPRUDENCIA POR PARTE DE LA SENTENCIA COMENTADA.

La sentencia comentada, sigue la orientación de la segunda de las sentencias anteriormente citadas y crea jurisprudencia.

La sentencia de primera instancia había desestimado la demanda, pronunciándose en los siguientes términos (los mismos que sigue la primera de las orientaciones de la jurisprudencia de instancia expuesta en el apartado III de este trabajo con la letra a): “El juzgado de primera instancia advirtió que Amanda vive con su hijo Hilario, quien desde hace tiempo se hace cargo de su cuidado personal, supervisa su atención médica y la medicación, y administra su pensión, que la dedica a los gastos corrientes y necesidades de Amanda. Entiende que Hilario se está haciendo cargo de la guarda de hecho de su madre, con la aquiescencia de sus hermanos, y que, por ello, al estar salvaguardadas las necesidades de Amanda, no es necesario constituir una curatela. Sin perjuicio de acudir puntualmente a los procedimientos de jurisdicción voluntaria para solicitar autorizaciones para actos de representación, conforme a lo previsto en el art. 287 CC”.

En cambio, la sentencia de segunda instancia, acogiendo el recurso de apelación, estimó la demanda (siguiendo la segunda de las orientaciones de la jurisprudencia de instancia a la que me he referido en el apartado III con la letra b), afirmando que, si bien en los ámbitos personales y de sanidad la actuación del guardado no planteaba problema alguno, “sin embargo, en el plano administrativo/bancario sí se encontraba con dificultades frecuentes, dado que para cualquier gestión que intentara llevar a cabo en nombre de su madre, con la simple guarda de hecho, no se le atendía, exigiéndole justificación de su representación, aspecto éste que el juzgador de instancia pretende salvarlo dejando abierta la puerta de que se inste en cada uno de esos momentos expediente de jurisdicción voluntaria al efecto, conclusión con la que el tribunal se muestra en desacuerdo, pues si lo que se pretende es desjudicializar asuntos de esta naturaleza, con el pronunciamiento practicado se produce un efecto inverso y, además, sin operatividad alguna, ya que la Administración de Justicia no está en condiciones actuales de una inmediata respuesta a tales pretensiones, de ahí que consideremos el ser procedente fijar determinadas medidas de apoyo conforme al nuevo régimen legal”; en definitiva, constituye una curatela con facultad de representación, nombrando curador al hijo que hasta ese momento ejercía la guarda de hecho.

La sentencia comentada, desestimando el recurso del Ministerio Fiscal, confirmó la sentencia recurrida, entendiendo que no era obstáculo para el establecimiento de la curatela la circunstancia de que el demandante, nombrado curador, estuviera ya ejerciendo correctamente la guarda de hecho de la madre, con el consentimiento del resto de los hermanos; y ello, por las frecuentes dificultades con las que el

guardador se encontraba en el ámbito administrativo y bancario para cualquier gestión que intentara llevar a cabo en nombre de su madre, “dificultades que no tendría si tuviera reconocida judicialmente la representación”.

A mi parecer, la sentencia comentada constata un fracaso, en tanto que supone un duro golpe al principio de desjudicialización que quiso instaurar la Ley 8/2021⁹.

En el caso por ella resuelto, la guarda de hecho, objetivamente considerada, no era una medida de apoyo inadecuada, sino que el problema radicaba en las dificultades con las que, en la práctica, se encontraba el guardador para ser reconocido como tal en las actuaciones representativas cotidianas para las que el art. 264.III CC le legitima directamente.

Seguramente, el legislador ha errado, al no haber previsto medios de prueba adecuados de la condición de guardar de hecho en el tráfico jurídico¹⁰, pero, en cualquier caso, la relativización del carácter subsidiario de la curatela, se explica también por la mayor seguridad jurídica que ésta ofrece a quienes apoyan a las personas con discapacidad y a los operadores jurídicos; y, no sólo, porque es una medida constituida por una resolución judicial que concreta los actos en los que la intervención del curador es necesaria, sino, sobre todo, porque se trata de una

9 No sería así, si seguimos las impresiones de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2024, 9.1.3.2.3, que afirma que “La guarda como fórmula de apoyo natural sigue consolidando su espacio, sin perjuicio de que se sigue constatando, como ya se ha expuesto, cierto rechazo de las familias a esta modalidad de apoyo informal, fundamentalmente por las dificultades que se produjeron en los primeros momentos de aplicación de la nueva legislación, sobre todo en la gestión de la economía doméstica ante las entidades bancarias y en la actuación frente a administraciones públicas, en particular frente a las administraciones prestacionales”.

Considera que ese “rechazo inicial con que la nueva regulación de la guarda de hecho fue recibida en 2021 es el contexto” en el que se enmarca (en particular) el precedente de la sentencia comentada, esto es, la STS 20 octubre 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4129), subrayando que con ella se resolvió un procedimiento iniciado por familiares legitimados antes de la entrada en vigor de la ley”, añadiendo que “Las partes actoras contaban -según la legislación vigente al tiempo de interponer las respectivas demandas-, con la legítima expectativa de obtener una resolución judicial de tutela o de curatela, como era habitual hasta esa fecha”. Insiste en “el contexto del caso concreto y se enmarcan en las circunstancias del entorno social y comunitario contemporáneo al mismo: la insuficiencia de la guarda se concluyó sobre la situación personal y ambiental de los guardadores, que se veían a sí mismos como imposibilitados para ejercerla en un entorno que aún no había desarrollado los itinerarios y herramientas prácticas para que la guarda fuera suficiente y eficaz”.

Este optimismo no concuerda, desde luego, con la solución a la que ha llegado la sentencia comentada; además, no debe olvidarse que, conforme a la disposición transitoria sexta de la Ley 8/2021, “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”.

Por lo tanto, tanto la sentencia comentada, como su precedente, aplican la nueva normativa y sus principios generales.

10 No ha sucedido así en la Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas. En efecto, como se observa en su Preámbulo, “El legislador aragonés regula la forma de acreditación frente a terceros de esta medida de apoyo, para la que no es necesario un pronunciamiento judicial al respecto. La prueba puede llevarse a cabo por cualquier medio admitido en Derecho y se hace referencia a dos específicos medios de acreditación: la declaración de la Junta de Parientes en tal sentido o la declaración en acta de notoriedad, y en ambos casos exigiendo que se hayan efectuado en los dos años anteriores al acto que se vaya a realizar (artículo 169-13)”.

figura con la que se está tradicionalmente familiarizado y de la que, por lo tanto, no se desconfía¹¹.

VI. SUPUESTOS EN QUE ES PROCEDENTE LA CONSTITUCIÓN DE UNA CURATELA.

La sentencia comentada ha venido a relativizar el carácter subsidiario que la Ley 8/2021 asigna a la curatela.

11 Existe, además, otro motivo, que es extrínseco a los problemas de inseguridad jurídica que provoca la guarda de hecho.

La supresión de la incapacitación provocó un problema, en el ámbito de la Seguridad Social, desde el momento en el que la disposición adicional vigésima quinta del TRLGSS (anterior a la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones) establecía que “A los efectos de la aplicación de esta ley, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces”.

En concreto, se planteaban dos problemas: de un lado, la suerte de personas que habían sido incapacitadas con arreglo a la legislación anterior, y que ya no lo están; y, de otro, la situación de las personas, en cuyo favor, con arreglo a la nueva legislación, se establezcan medidas de apoyo.

Al problema trató de atender la disposición adicional quinta de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que establecía que “En el plazo de seis meses, el Gobierno elaborará un informe que elevará a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo para adecuar la asimilación que se prevé en la disposición adicional vigésimo quinta de la Ley General de la Seguridad Social de las personas afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, con las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica establecidas en el título XI, capítulo I, del Código Civil, tras su modificación por 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”.

El Criterio de Gestión 10/2022, de 16 de febrero de 2022, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, disponía que “En tanto no se lleve a término lo previsto en la disposición adicional quinta de la Ley 21/2021, no es posible la aplicación de la asimilación prevista en la disposición adicional vigésima quinta del TRLGSS a las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica establecidas en el título XI, capítulo I, del Código Civil, tras su modificación por la Ley 8/2021. Si bien, en aquellos supuestos en los que la incapacidad judicial haya sido declarada mediante sentencia con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 8/2021, deberá continuar produciéndose la asimilación a la discapacidad en grado igual o superior al 65% prevista en la disposición adicional vigésimo quinta del TRLGSS”.

El Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones), en su disposición transitoria tercera, ha confirmado que “Aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces mediante sentencia con anterioridad a la entrada en vigor 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, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento a efectos de la aplicación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre”.

Pero, además, el artículo único del Real Decreto Ley 2/2023, en su apartado Treinta y uno, ha dado nueva redacción a la disposición adicional vigésimo quinta del TRLGSS, que queda con el siguiente tenor: “A efectos de la aplicación de esta ley, sin perjuicio de poder acreditarse el grado de discapacidad, en grado igual o superior al 65 por ciento, mediante el certificado emitido por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales o por el órgano competente de la comunidad autónoma, se entenderá que están afectadas por una discapacidad, en un grado igual o superior al 65 por ciento, aquellas personas para las que, como medida de apoyo a su capacidad jurídica y mediante resolución judicial, se haya nombrado un curador con facultades de representación plenas para todos los actos jurídicos”.

Por lo tanto, se ha asimilado al antiguo tutor “el curador con facultades de representación plena para todos los actos jurídicos”; y, de ahí, el interés de los familiares de las personas con discapacidad en que se constituya una curatela.

No obstante, es claro que sí que habrá supuestos en los que claramente proceda su constitución, bien, porque el guardador de hecho no ejerza adecuadamente la medida de apoyo (o no puede seguir ejerciéndola), bien porque la naturaleza de la discapacidad hace que la guarda de hecho no sea una medida de apoyo suficiente¹².

I. Falta de ejercicio adecuado de la medida de apoyo por parte del guardador.

Podemos considerar los siguientes supuestos.

a) Un caso evidente es el que tiene lugar cuando el guardador no presta la asistencia debida a la persona con discapacidad¹³.

b) Otro caso claro es el del guardador que descuida la administración del patrimonio de la persona con discapacidad, bien por negligencia, bien por mala fe, abusando de la confianza de aquel a quien cuida o ejerciendo una influencia indebida sobre su voluntad en su propio beneficio.

12 Con mayor razón, procederá la curatela, cuando la persona que necesite medidas de apoyo carezca de guardador. Repárese en que el art. 263 CC establece el principio de conservación de la guardia de hecho ejercida correctamente, pero no permite denegar la constitución de una curatela, con el argumento de que es posible apoyar a la persona con discapacidad a través del ejercicio de una guarda de hecho, pudiendo asumir la condición de guardador quien, al tramitarse el procedimiento, no lo es, pero está dispuesto a ser nombrado curador.

La SAP La Coruña 24 abril 2023 (ECLI:ES:APC:2023:1048) revocó la sentencia, que había denegado la constitución de una curatela con el argumento de que la persona con discapacidad era atendida por dos de sus hijos. Se trataba de una persona, internada en una residencia, que padecía una enfermedad de Parkinson diagnosticada hace más de veinticinco años, por lo que tenía un deterioro cognitivo avanzado, sin posibilidad de comunicación verbal, ni de otra clase, siendo “absolutamente dependiente de la ayuda de terceros para las más elementales actividades de la vida diaria”.

La Audiencia observa que “no todo familiar próximo” de la persona con discapacidad “ha de ser reconocido, por esa sola circunstancia, como su guardador de hecho, y que tampoco la cercanía familiar y/o afectiva de una persona con discapacidad con respecto a otras de su entorno -sus cinco hijos, en este caso- selecciona automáticamente a cualquiera de ellas como guardador de hecho, con las obligaciones y responsabilidades inherentes”.

Afirma que la persona con discapacidad al enviudar y perder a su marido, “perdió también a su verdadero guardador de hecho, a la persona que la había cuidado y asistido desde que hace aproximadamente veinticinco años aparecieron los primeros síntomas de la enfermedad”, añadiendo que “La situación que se produjo con el óbito [del marido] es, precisamente, la que la Ley contempla: no existe otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (art. 269)”, descartando que la circunstancia de que los hijos reaccionaran, inmediatamente, para atender a su madre, buscándole habitación en una residencia especializada, y de que, un mes después del fallecimiento del padre, presentaran solicitud de provisión judicial de apoyos, no los convertía en guardadores de hecho. Nombro, así, curadora con facultades de representación, en la esfera personal y patrimonial, a una de las hijas, con la aquiescencia del resto de los hermanos.

13 La SAP Cádiz 3 junio 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:1662) contempló el supuesto de una persona que padecía “Corea de Hutchington” y que, según el informe del médico forense, no tenía autonomía personal (era dependiente en vestido y aseo, había que prepararle la comida, darle de comer, no se desplazaba y no sabía la medicación que tomaba), no podía prestar un “consentimiento válido en actos de la vida civil” y carecía de la capacidad de gestionar su patrimonio. Valoró el esfuerzo del guardador de hecho, uno de los hijos de la persona con discapacidad, “para atender y cuidar a su padre dentro de sus posibilidades y pese a la escasa ayuda recibida por parte de sus familiares”, pero constató que no estaban “cubiertas sus necesidades básicas”, pues el padre presentaba un estado higiénico-dietético muy deficiente, las condiciones higiénicas de la casa en la que vivía eran “deplorables”, hallándose, además, en un estado de aislamiento, sin que durante, aproximadamente, cinco años hubiera salido de la vivienda y sin que apenas se levantase de la cama. Por ello, consideró que la guarda de hecho ejercida por la familia no era “la medida idónea para salvaguardar los apoyos necesarios”, confirmando la sentencia recurrida, que había encomendado la tutela a una entidad pública, si bien sustituyendo la tutela por curatela (aplicando ya la Ley 8/2021) y desestimando el recurso del guardador de que se le nombra curador de su padre.

En este sentido se orienta el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, que considera que la guarda de hecho no es adecuada cuando existen “abusos del guardador de hecho o influencia indebida del mismo sobre la persona con discapacidad”.

También es procedente la constitución de una curatela, cuando no es imputable al guardador de hecho una falta de diligencia en la administración del patrimonio de la persona que se halla bajo su guarda, pero no puede llevarla a cabo adecuadamente, por la conducta de esta última, que, con su actuación, pone en riesgo su propio patrimonio.

Así lo entendió la STS 20 octubre 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4212), que, desestimando el recurso de casación del Ministerio Fiscal, confirmó la sentencia recurrida, la cual había establecido una curatela con facultad de representación en apoyo de un anciano de 92 años, que, como consecuencia de diversas enfermedades psiquiátricas, de carácter muy severo, carecía de la capacidad de gobernarse por sí mismo. Consideró que la guarda de hecho, ejercida por el hijo con el que convivía (nombrado curador), no era suficiente medida de apoyo, pues el padre “se escapa de la casa sin avisar, que mismo se va al banco para sacar dinero, o incluso aperturar nuevas cuentas y adoptar distintos sistemas de gestión, lo que supone un riesgo por la vulnerabilidad del mismo”.

c) Otro caso que puede determinar la constitución de una curatela es la existencia de una dificultad para seguir desempeñando adecuadamente la guarda de hecho (por ejemplo, la avanzada edad o empeoramiento de salud de quien la ejerce), lo que pueda llevar al guardador a desistir de sus funciones (art. 267.3.º CC)¹⁴.

d) Puede también determinar la constitución de una curatela el carácter necesariamente temporal de la residencia de la persona con discapacidad en la entidad, guardadora de hecho¹⁵.

14 La SAP Valencia 20 octubre 2021 (ECLI:ES:APV:2021:3743) constituyó una curatela en apoyo de una persona con un cuadro negativo de esquizofrenia típico, que recibía atención domiciliaria, la cual tenía una conciencia ambivalente de su enfermedad, por lo que no era posible asegurar que siguiera el tratamiento médico, necesitando, además, supervisión para organizar adecuadamente las actividades de la vida diaria. La madre, con quien vivía, era su guardadora de hecho y administraba las dos pensiones que percibía (por orfandad y minusvalía), pero tenía 84 años y necesitaba que su hija mayor acudiera diariamente a la vivienda, para encargarse de hacer la comida, la limpieza y atenderla. En estas condiciones se consideró razonable establecer una curatela, nombrándose curadora a la hermana mayor (de acuerdo con la preferencia manifestada por la persona con discapacidad).

La SAP Valencia 6 mayo 2022 (ECLI:ES:APV:2022:1877) constituyó también una curatela, nombrando al IVASS curador de la persona con discapacidad, “porque ni su madre, ni sus hermanos, se han mostrado con disposición para desempeñar el cargo, aduciendo la madre su edad e impotencia, y los hermanos, la necesidad de un apoyo especializado”.

15 La SAP Cádiz 27 octubre 2021 (ECLI:ES:APCA:2021:2247) confirmó la sentencia recurrida, que había sujetado a una persona con esquizofrenia paranoide a curatela de la Fundación Gaditana de Tutela, contra

2. Insuficiencia de la guarda de hecho como medida de apoyo.

En otras ocasiones es la naturaleza de la discapacidad la que hace necesario o muy conveniente constituir una curatela.

a) La guarda de hecho no funciona correctamente cuando existen continuos conflictos entre la persona con discapacidad y sus familiares.

A este supuesto se refiere El Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022¹⁶.

su voluntad y el parecer del Ministerio Fiscal para quien la guarda de hecho, ejercida por una institución de salud mental en la que residía, por haber ingresado en ella voluntariamente, "viene a garantizar los apoyos necesarios para la realización de los actos de la vida civil", conviviendo los fines de semana en el domicilio familiar. En el informe forense y en la declaración de la psiquiatra que trata ordinariamente a la persona con discapacidad se pone de manifiesto "la necesidad de contar con los apoyos necesarios que garanticen la continuidad del tratamiento que viene recibiendo por motivo de su enfermedad mental", la parcial conciencia de su enfermedad (con el consiguiente riesgo de abandono del tratamiento) y el carácter provisional del ingreso en la institución sanitaria (que, por protocolo, no puede exceder de dos años), lo que la coloca en situación de no tener dónde ir, "dado el rechazo de su núcleo familiar habida cuenta de los problemas de convivencia con sus familiares relacionados con las fases de descompensación", cuando abandona el tratamiento, momento en el que surgen "numerosos enfrentamientos y episodios de agresividad" (que dieron lugar a procesos penales por malos tratos y lesiones). En consecuencia, la Audiencia no considera que la guarda de hecho ejercida por la institución sanitaria "sea la medida idónea para salvaguardar los apoyos necesarios que permitan asegurar la efectividad del tratamiento", ya que se "impone una labor asistencial continuada de supervisión en el seguimiento del tratamiento", que "sólo mediante el ejercicio de la curatela puede procurarse".

- 16 La SJPI (núm. 9º) Castellón de la Plana 23 septiembre 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:479) sujetó a curatela a una persona de 19 años, que estudiaba en una academia un grado de administración, la cual padecía un retraso mental no diagnosticado, alteraciones de la conducta, ansiedad, trastorno de déficit de atención con hiperactividad y antecedentes clínicos psicóticos. La persona con discapacidad reconoció en el acto de la audiencia que precisaba de apoyo, costándole mucho el autocuidado personal y "que si tiene dinero sin que nadie le ayude a administrarlo lo malgasta". Se constató la existencia de conflictos con el padre (hasta el momento, guardador de hecho), porque, en muchas ocasiones, no aceptaba de forma voluntaria los tratamientos y no sabía gestionar bien las frustraciones y los límites. Se estableció una curatela con carácter asistencial: en la esfera personal, en relación con la correcta realización de las tareas de la vida diaria, sobre el cuidado personal, aseo, alimentación y salud, y, especialmente respecto al consentimiento y cumplimiento de tratamiento; y, en la esfera patrimonial, en orden a que la hija pudiera "administrar su dinero de forma que no pueda dilapidarlo en gastos indebidos y siendo necesaria su intervención en los contratos que realice", "ayudándole a formar su voluntad correctamente" (incluyendo, pues, la facultad de complemento del ejercicio de su capacidad jurídica). Se nombró al padre como curador, dado que la hija "manifestó que a su madre hacía seis meses que no la veía, que con ella no tiene mucha relación, que sus padres están separados, que su madre también sufre la enfermedad de esquizofrenia y que estaba viviendo con su padre que es quien la ayuda, de forma que quería que fuese su padre quien le apoye en lo que necesite".

Más extremo es el caso resuelto por la SAP Valencia 20 octubre 2021 (ECLI:ES:APV:2021:3705) relativo a una persona diagnosticada de esquizofrenia paranoide, con abuso de sustancias psicoactivas, cannabis y ludopatía, por lo que, según el informe médico forense, presentaba una disminución importante de sus facultades intelectuales, de su conducta adaptativa y de su capacidad de entender, así como de su capacidad de independencia personal y social. La Audiencia constituyó una curatela con facultades de representación, nombrando como curador al IVASS, "en atención a las graves dificultades en las que se desarrolla la relación" de la persona con discapacidad "con su familia y que impiden que se puedan hacer cargo su hijo y hermano, respectivamente". La madre y los hermanos, en efecto, en sus declaraciones, habían puesto de manifiesto todos ellos la imposibilidad actual de convivencia con el demandando, "admitiendo no poder hacerse cargo de su hijo y hermano".

También la SAP Valencia 6 mayo 2022 (ECLI:ES:APV:2022:1877) entendió procedente la constitución de una curatela, nombrando curadora a la misma entidad pública, en apoyo de una persona que padecía un trastorno límite de la personalidad, un trastorno depresivo crónico y un trastorno explosivo, como consecuencia del consumo de cannabis, cocaína y alcohol. Dice, así, que, "Habida cuenta de la situación en el hogar en el que habita el demandado, y los problemas que plantea la convivencia con sus padres, se

b) Un caso frecuente, que motiva el nombramiento de un curador, es el motivado por la existencia de conflictos entre los guardadores o entre el guardador y los familiares próximos de la persona con discapacidad¹⁷.

c) Tampoco funciona (o puede funcionar) correctamente la guarda de hecho cuando la enfermedad de la persona con discapacidad provoca una situación de riesgo para los familiares que han asumido o que podrían asumir aquella, de no existir dicha situación, en cuyo caso se suele nombrar curadora a un entidad pública que dispone de centros residenciales¹⁸.

d) La guarda de hecho no es adecuada en situaciones de una desmesurada tendencia al gasto, en cuyo caso es conveniente que la eficacia jurídica de los

considera necesario que el Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria, organismo encargado de la curatela del demandado a falta de otra persona más idónea para el ejercicio del cargo, habida cuenta de la avanzada edad de los progenitores, procure al demandado una vivienda tutelada, de acuerdo con el deseo del propio apelante, y también el de sus padres”.

La SAP Alicante 27 abril 2023 (ECLI:ES:APA:2023:623) consideró igualmente procedente la curatela encomendada al IVASS, constituida por la sentencia recurrida, rechazando el recurso de la mujer de la persona con discapacidad, la cual argumentaba que “era ella misma la que estaba desempeñando el papel de guardadora de hecho del demandado y era quien debía asumir su curatela”. Frente a ello, la Audiencia afirma que es evidente que la convivencia entre los cónyuges “es insostenible”, “habiéndose producido, incluso, episodios de violencia de género”, y que en el acto de la vista la mujer “llegó a manifestar que no quería convivir con su esposo, y que, si lo hacía, debía ser a cambio de una pensión compensatoria”, manifestando, además, éste que no quería seguir conviviendo con aquélla. Concluye que “Dicha situación permite descartar la existencia de una guarda de hecho eficaz y adecuada y determina la necesidad de designar un curador”.

17 La SAP Sevilla 4 octubre 2022 (ECLI:ES:APSE:2022:2424) revocó la sentencia (dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021), que había prorrogado la patria potestad de ambos progenitores, respecto de un hijo con un “profundo retraso mental”, nombrando curadora a la madre, tras constatar que “las relaciones entre los padres no son buenas, lo que corrobora objetivamente el posterior proceso de divorcio y el resultado de la audiencia de ambos en esta segunda instancia”.

La SAP Pontevedra 1 febrero 2023 (ECLI:ES:APPO:2023:288) revocó la sentencia recurrida, que había considerado improcedente constituir una curatela en favor de una persona de 92 años, que padecía una demencia severa, tipo Alzheimer, por lo que necesitaba “apoyo intenso para realizar todas las actividades de la vida, tanto simples como complejas”. Constató la “existencia de diferencias” entre los hijos “en cuestiones de ámbito económico que afectan al uso de la vivienda”, en la que actualmente vivía uno de los hijos y cuyo usufructo correspondía a la persona con discapacidad, habiendo “también discrepancias entre los hermanos acerca del pago de los gastos por suministros de esa vivienda”. Se nombró curadora con facultad de representación a la hija con la que convivía aquélla.

18 La SAP Valencia 16 septiembre 2021 (ECLI:ES:APV:2021:3274) conoció del caso de una persona que padecía un trastorno esquizo-afectivo y de la personalidad grupo B y consumo tóxico, con alteraciones del comportamiento, como consecuencia de tal consumo, siendo tal patología de carácter crónico y persistente. Como consecuencia de dichas patologías, veía parcialmente afectadas sus facultades de autogobierno y, en fase de descompensación de la enfermedad, podían verse mermadas sus capacidades intelectivas y volitivas. No era consciente de la enfermedad, por lo que era necesario supervisar el tratamiento médico, que incluía ingresos en centros adecuados en épocas de desestabilización. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia, que había incapacitado al demandado, sujetándolo a tutela del IVASS y (de acuerdo ya con la Ley 8/2021) estableció una curatela con facultad de representación, que comprendía la supervisión del autocuidado, del consentimiento para el tratamiento médico y para el manejo de la medicación, y de la supervisión de las actividades económicas, jurídicas y administrativa, pudiendo la persona con discapacidad disponer de bolsillo (40 euros mensuales). Se constató la existencia de una situación de riesgo familiar, por haberse producido numerosos incidentes violentos, de modo que todos los hermanos estaban asustados, razón por la cual la curatela se encomendó al IVASS. En este supuesto, el demandado estaba de acuerdo con la sustitución de la tutela por una curatela con facultades de representación, pero había pedido que se designara a sus hermanos como curadores, petición que no fue atendida.

contratos realizados por la persona con discapacidad se subordine al consentimiento de un curador para evitar que pueda dilapidar su patrimonio¹⁹.

La STS 18 septiembre 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4400) constituyó una curatela complementadora en apoyo de una persona con trastorno psíquico, centrada en los “actos de administración y disposición patrimonial complejos”, “para cuya validez requerirán de la autorización del curador”, “por el riesgo de que algunas personas abusaran de él y que, en poco tiempo, “por no estar en condiciones de administrar con la mínima prudencia el patrimonio heredado (70.000 euros)”, se quedara en la indigencia. Constata la existencia de “compras absurdas (una furgoneta de 20.000 euros, que finalmente no se consumó), de abusos o engaños sufridos en la contratación (en la reforma de la vivienda le duplicaron facturas de aparatos sanitarios y fue tan mal realizada que hubo que volver a hacerla), el exceso de liberalidades (entrega de 800 euros a una persona para evitar que

19 Hay que recordar que la Ley 8/2021 ha eliminado la figura de la prodigalidad como figura autónoma que protegía el derecho de alimentos de los parientes, mediante la sujeción al pródigo a curatela.

En el Preámbulo se explica que la supresión de “la prodigalidad como institución autónoma” se debe a “que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma”.

No obstante, la explicación es más profunda, porque, si bien sigue siendo posible sujetar a curatela al pródigo, ha cambiado el interés que con ella se trata de proteger, que no es ya el de los parientes que, por hallarse en situación de necesidad, pueden exigir alimentos del pródigo, sino el interés de este último a no quedar en la indigencia, por realizar gastos absolutamente desproporcionados, impulsado por una enfermedad, cuyos efectos no puede controlar (por ejemplo, un trastorno bipolar).

En el caso de la prodigalidad, son necesarias medidas judiciales de apoyo, porque una de las desventajas de la guarda de hecho, en relación con la curatela que incluye facultad de complemento del ejercicio de la capacidad jurídica, es la circunstancia de que, en el caso de existencia de guarda de hecho, los contratos celebrados por la persona con discapacidad (en este caso, el pródigo, no pueden ser anulados por la falta de intervención del guardador, como, en cambio, sucede con los concluidos sin la asistencia del curador, cuando la misma fuera precisa (art. 1302.3 CC), debiendo, en su caso, acudir a la acción de nulidad por falta de consentimiento, si se carece de la capacidad natural de entender y de querer las consecuencias del concreto acto celebrado, o a la de anulación del contrato por dolo, cuyo éxito suscita más dificultades de prueba que la mera circunstancia objetiva, fácilmente constatable, de la falta de intervención del curador. Sin embargo, esta ventaja de la curatela se circunscribe, según la dicción del vigente art. 1302.3 CC, al supuesto en que sea la propia persona con discapacidad quien demande la anulación del contrato, pues, si es el curador quien lo hace, para que pueda reconocerse legitimación, no bastará con constatar su no intervención, sino que será preciso probar que el otro contratante era “concedor 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”.

Respecto de la anulación por dolo, hay que tener en cuenta que, habitualmente, el dolo se resuelve en un error, es decir, provoca en el declarante un estado psicológico de falso conocimiento de la realidad, determinante de la prestación de su consentimiento, por lo que es usual calificar al dolo como un error provocado por la mala fe de la parte contraria. Sin embargo, lo cierto es que no parece que haya de excluir apriorísticamente la existencia de hipótesis de dolo-vicio, que no sean reconducibles a un error propiamente dicho. De hecho, existen algunas sentencias (ciertamente escasas), en las cuales se aprecia la existencia de dolo concurrente en casos en que uno de los contratantes, abusando de una situación de prevalencia, capta ilícitamente la voluntad del otro (una persona anciana, enferma o aislada socialmente), sin inducirlo a un error en el sentido estricto del término.

Es el caso de las SSTS 13 febrero 1967 (ECLI: ECLI:ES:TS:1967:1655), 15 julio 1987 (ECLI:ES:TS:1987:8558), 27 febrero 1989 (ECLI:ES:TS:1989:8944) o 28 septiembre 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6046), la cual anuló por dolo una donación de varias fincas hecha por una anciana octogenaria, cediendo a la presión provocada por un estado emocional creado por su hijo, que pretendía “arrancar” el consentimiento de aquella de forma irreflexiva.

ingrese en prisión y el alojamiento gratuito de personas en su casa, sin que compartan gastos)"²⁰.

Incluso, hay casos, en que la curatela se constituye con carácter representativo, lo que parece ser contrario al principio de proporcionalidad, pues, con ello, se llega a una solución más restringida que la prevista en la legislación anterior a la reforma de 2021, en el que el pródigo quedaba sujeto a una curatela, que entonces era meramente complementadora, pues, cuando era necesario realizar actuaciones representativas en nombre del incapacitado, se le nombraba un tutor²¹.

20 La SAP Madrid 25 octubre 2021 (ECLI:ES:APM:2021:12716) sujetó a curatela a una persona que padecía un trastorno psicótico no especificado y rasgos paranoides de personalidad, la cual no tenía "conciencia de enfermedad", por lo que no seguía el tratamiento psicofarmacológico pautado, y, "al no tener conocimiento cierto de la realidad tampoco lo tiene sobre su economía": en el informe forense de primera instancia se dice que "gastó 20.000 euros en el día a día" y que "puede gastar en un día la mayor parte de la pensión confiando en las ayudas que recibe de su familia". Revocó la sentencia de incapacitación (dictada con arreglo al régimen legal anterior) y estableció una curatela de carácter asistencial, nombrando como curador al hijo que en primera instancia había sido designado como tutor. Previó la asistencia del curador en el ámbito de la salud de la madre, "en concreto, la asistencia a consultas médicas, el seguimiento del tratamiento farmacológico pautado y cualquier otro que guarde directa relación con ello"; así como en el "ámbito de la administración y disposición de sus bienes, exceptuando el dinero de bolsillo" (facultad de complemento de ejercicio de capacidad).

21 La SJPI (núm. 9º) Castellón de la Plana 4 octubre 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:1531) contempló el supuesto de una persona soltera de 35 años, que convivía con sus padres, guardadores de hecho, la cual padecía un trastorno esquizoafectivo con patrón bipolar, lo que le provocaba fases en que presentaba vivencias expansivas con dimensión delirante de tipo megalómano. Durante dichas fases era vulnerable a influencias externas, habiendo sido instrumentalizada económicamente por terceras personas, que la habían inducido a adquirir bienes que luego tuvo que malvender, así como por oportunistas, habiendo podido salir de situaciones comprometidas por la protección de la familia con la que vivía. Por ello, consideró precisa la existencia de un apoyo judicial, para evitar que la persona con discapacidad tomara decisiones e hiciera planes desajustados que pusieran en riesgo su vida y sus bienes, dado que no era consciente de la descompensación que presentaba, mostrando aquella su conformidad con el establecimiento de las medidas de apoyo y aceptando que las asumiera cualquiera de sus progenitores, aunque mostrando su preferencia por el padre. En consecuencia, nombró al padre como curador con facultades de representación: en el ámbito personal, en orden a consentir tratamientos médicos y su internamiento cuando se descompensara de su enfermedad y hasta su estabilización; y, en el ámbito económico, respecto de los actos de administración y disposición económica y celebración de contratos, debiendo solicitar autorización judicial en los supuestos contemplados en el art. 287 CC, no siendo necesario nombrar un curador para el resto de apoyos que precisaba, dado que los efectuaban sus padres, como guardadores de hecho, sin problema alguno.

La SAP Málaga 13 julio 2022 (ECLI:ES:APMA:2022:4042), confirmando la sentencia recurrida, ha considerado procedente constituir una curatela con facultades de representación en contra de la voluntad de una persona, que padecía una enfermedad psíquica, que le originaba una acusada tendencia a la prodigalidad. Afirma que "no puede elevarse a obstáculo insalvable en la toma de este tipo de decisiones la negativa del afectado a la adopción de medidas de apoyo, siendo posible proveerse un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado", "dado que de no adoptarse existe un riesgo grave y probable" de que aquél realizara "actos de dilapidación de su patrimonio", lo que le colocaría "en una situación de grave riesgo". En el informe forense se puso de manifiesta que la enfermedad "le puede producir trastornos de estabilidad, con riesgo de comportamientos de prodigalidad, dado que estas personas son influenciables y pueden entregarse a quienes les ayudan, siendo imprescindible un determinado control ante el riesgo de gastos desmesurados"; y se da "un alto grado de credibilidad" al testimonio de la persona con discapacidad, quien se había referido a "los actos de dispendio realizados por su hermano antes de que se adoptasen las medidas de apoyo y control de gasto, poniendo de manifiesto un riesgo evidente de que determinadas personas que rodean a su hermano puedan aprovecharse de su enfermedad y de su propensión al dispendio si no tiene control sobre sus bienes". La curatela se restringió, exclusivamente, al ámbito puramente patrimonial ("realización de actos de carácter económico administrativo complejo y la toma de decisiones al respecto"), nombrándose curadora a una entidad pública. Se constató que la "enfermedad psíquica de carácter persistente" no impedía al afectado "realizar con plena autonomía sus actividades diarias, relativas a su vida independiente (autocuidado y actividades cotidianas), además del seguimiento de sus pautas

e) En el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria de 2022 (Cód. EX2201), se afirma que podrá entenderse que la guarda de hecho no es una medida de apoyo suficiente, “cuando, por las circunstancias de la persona con discapacidad, se advierta que va a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales por el guardador, para actuar en representación de la persona con discapacidad de forma reiterada, y por ello deberá acudir de modo reiterado al juzgado (p. ej. en caso de patrimonio que por su entidad o cantidad implica una administración superior a la entendida ordinaria)”²².

Hay que tener en cuenta que lo que hace conveniente el nombramiento del curador no es la cuantía económica de un determinado acto, sino la necesidad de intervención frecuente en el tráfico jurídico²³.

alimenticias, así como la administración de medicación pautada y consiguientemente para tratamiento léxico e intervenciones quirúrgicas e igualmente puede manejar dinero de bolsillo”.

La SAP La Coruña 2 mayo 2023 (ECLI:ES:APC:2023:1075) revocó la sentencia recurrida, que había denegado la constitución de una curatela, con el argumento de que la persona con discapacidad estaba ya apoyada de manera suficiente y adecuada por la hermana, guardadora de hecho, que es la que pretendía ser nombrada curadora. Según el informe médico diagnosticada, la persona con discapacidad, sufría “una esquizofrenia paranoide, enfermedad que cursa con brotes, con ideaciones delirantes y juicio de la realidad alterado” y que “para evitar estos episodios es imprescindible seguir el tratamiento continuamente”, lo cual no acontecía en el caso juzgado en el que, en diversas ocasiones, se había abandonado el tratamiento, lo que había provocado diversos brotes; y, en trámites de aclaraciones, se evidenció que la enferma no conocía los precios de las cosas, no daba los datos económicos, “decía que no sabía, por lo que sería muy influenciable para que alguien la pudiera engañar”. La promotora del procedimiento había declarado que su hermana “ha sido estafada, que la estafa llegó a unos 60.000 euros, que su hermana ha realizado compras compulsivas, que ahora pasa todo el día en la residencia por el miedo que tiene a salir, miedo que se vincula a aquellos hechos”. La Audiencia nombró curadora a la hermana con facultades de representación, “para lo relativo a las actividades de carácter médico y que afecten al ámbito de salud, concediéndole facultades de representación salud (consentimiento del tratamiento médico, suministro medicación pautada, consentimiento de intervenciones quirúrgicas, seguimiento pautas alimenticias, toma medicación) y para aquellas actividades de carácter económico-jurídico-administrativas y contractuales (seguimiento de sus cuentas, ingresos, gastos, para administrar sus ingresos, para gestionar sus gastos ordinarios, para realizar actos de carácter económico o administrativo complejos como prestamos, enajenaciones, donaciones), sin perjuicio de que, en las cuestiones cotidianas, se respeten sus gustos y preferencias”.

22 La SAP Madrid 14 diciembre 2022 (ECLI:ES:APM:2022:20020), confirmando la sentencia recurrida, consideró precedente constituir una curatela con facultad de representación en apoyo de una persona “con deterioro cognitivo con grave repercusión a nivel funcional”, nombrando curador al marido, anterior guardador de hecho. Afirma que “No puede decirse que hasta ahora no haya funcionado correctamente la guarda de hecho, pero ello no impide considerar que en este caso es más conveniente mantener la curatela acordada por el Juzgador de instancia y ello por ser necesario el apoyo (...) de modo permanente”. Precisa que “La guarda de hecho puede resultar apropiada en aquellos supuestos en que sea suficiente por no precisar de decisiones representativas pudiéndose limitar el guardador a adoptar las medidas más convenientes en el ámbito personal, o cuando deba acudir en contadas ocasiones a realizar actuaciones representativas. Pero en el caso que nos ocupa tanto el guardador de hecho, esposo de la persona afectada por la discapacidad, como sus tres hijas consideran precisa la constitución de la curatela atendiendo fundamentalmente a la envergadura de las decisiones que deben adoptarse en el ámbito patrimonial”.

La SAP Sevilla 27 febrero 2024 (ECLI:ES:APSE:2024:201) consideró procedente nombrar un curador con facultades de representación a una persona que padecía un Parkinson idiopático de más de 14 años de evolución, con graves síntomas de carácter “crónico, progresivo e irreversible”, por lo que requería “apoyo continuado para realizar las actividades complejas de la vida diaria”, que le prestaba la guardadora de hecho (su pareja). Sin embargo, se nombró curador representativo en el ámbito económico, jurídico y administrativo a su yerno, a quien había concedido un poder para administrar sus bienes, que había venido ejerciendo durante dieciséis años, alquilando sus nueve viviendas y cuatro o cinco locales de su propiedad, “ante la complejidad del patrimonio y la situación conflictiva entre los distintos hijos” de la persona apoyada, y, ante la declaración de ésta de “que confía en él y lo tiene apoderado”.

23 La SAP Cádiz 27 mayo 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:929) afirma que la necesidad de vender la vivienda de una persona con discapacidad, para poder pagar la residencia en la que vive, no justifica la constitución de

f) Tampoco es suficiente, en la práctica, la guarda de hecho, cuando la persona con discapacidad se encuentra en una situación de salud tal, que necesita un tratamiento médico constante y no pueda, por sí misma, prestar el consentimiento informado.

Ciertamente, el art. 9.3 a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, permite al guardador de hecho prestar el consentimiento en representación en cuando persona vinculada al enfermo, “por razones familiares o de hecho”, pero no lo es menos que, para ello, se ve obligado a tener que probar su condición de guardador de hecho constantemente, pudiéndose encontrarse con sanitarios que se nieguen a reconocérsela.

Es, pues, mucho más práctico, nombrarle un curador representativo en el ámbito de la salud²⁴.

una curatela, al existir una guarda de hecho, ejercida por sus hijos, que funcionaba correctamente, siendo lo pertinente que los guardadores de hecho pidiesen autorización para realizar la venta en expediente de jurisdicción voluntaria. En consecuencia, revoca la sentencia que había constituido una curatela representativa, nombrando curadora a una de las hijas. En las declaraciones testificales todos los hijos “afirmaron que el motivo de la demanda es que todos los hermanos consideran necesaria la venta del domicilio propiedad de su madre, para hacer frente a los gastos de la residencia, pues con su pensión no es suficiente”.

La SAP Cádiz 17 junio 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:1636) observa que tampoco era motivo para constituir la curatela solicitada la necesidad de aceptar la herencia a la que estaba llamada una persona con discapacidad, por existir una guarda de hecho, ejercida por su mujer, que funcionaba adecuadamente, sino que lo procedente era que la guardadora de hecho pidiese autorización para aceptar tal herencia en expediente de jurisdicción voluntaria. Revoca, así, la sentencia recurrida, que había constituido una curatela representativa, nombrando curadora a la mujer, que era quien cuidaba de su marido, tanto en el aspecto personal y médico, como en la gestión de su economía, estando autorizada en su cuenta y administrando sus ingresos. En declaración testifical, tanto la mujer, como el hijo, habían afirmado “que el motivo de la demanda es la aceptación de la herencia de la madre del discapaz”.

- 24 El AAP León 4 junio 2024 (ECLI:ES:APLE:2024:717A) nombró curador con facultades de representación al hijo que venía ejerciendo la guarda de hecho respecto de su madre, extendiéndola, en particular, al ámbito de la salud. La madre padecía Alzheimer, con índice de Barthel de 0, “indicativo de dependencia total para todas las actividades básicas de la vida diaria”. Explica que, partiendo del informe Médico Forense, “acerca de la falta de habilidades en el ámbito sanitario y de la salud”, y de “su incapacidad para interpretar la información y para tomar decisiones, resulta conveniente que su hijo, para tomar las decisiones precisas en cada caso pueda contar con la representación suficiente, tanto para recibir información como para tomar decisiones”.

El nombramiento de curador será todavía más conveniente cuando la persona con discapacidad rechace el tratamiento, con agresividad, al no ser consciente de la enfermedad que padece²⁵.

25 La SAP Jaén 14 septiembre 2022 (ECLI:ES:APJ:2022:1123) se mostró favorable a constituir una curatela con facultad de representación respecto de una persona que, según el informe forense, padecía una “demencia degenerativa primaria asociada a componente vasculo-degenerativo en estadio severo”, con “trastornos cognitivos y conductuales”, que podían “producir estados continuados de incapacidad”, los cuales requerían “de apoyos en las áreas detalladas en sus capacidades adaptativas”, teniendo dicha patología “un carácter evolutivo crónico e irreversible”. La persona con discapacidad se negaba sistemáticamente a recibir todo tipo de tratamiento médico, mostrándose agresiva cuando se intentaba suministrárselo. Nombró curador a uno de los hijos, que, de acuerdo, con los demás, había aceptado dejar de trabajar para ocuparse de su padre, sustituyendo en esa tarea a otro de los hermanos, que, hasta ese momento, había ejercido la guarda de hecho, pero que tenía que seguir trabajando. Dice, así, que “la actual situación de guarda de hecho resulta insuficiente ante el delicado estado de salud psíquica del demandado, y aún más en los meritados episodios que viene sufriendo. Sin que pueda conminarse al actual guardador o a quien ahora se postula como tal (el aquí recurrente) a acudir a la autoridad judicial cada vez que su padre necesite tratamiento médico y/o farmacológico y éste se niegue al recibirlo, dada la nula conciencia en la materia que padece, suficientemente constatada en las pruebas practicadas como ha quedado dicho. A lo que se añade que la tramitación de un expediente judicial para la obtención de la correspondiente autorización, en cada caso el episodio en que sea preciso, es indudable supondría una dilación o retraso en la necesaria y urgente atención médica y asistencial del [padre], por completo inconveniente dado su estado de salud”.

