

## Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera. Pleno) 1443/2023, de 20 de octubre

### **CONSTITUCIÓN DE UNA CURATELA REPRESENTATIVA CUANDO EXISTE UNA GUARDA DE HECHO PREVIA**

En la [STS 1443/2023, de 20 de octubre](#) (ponente el Excmo. Sr. Ignacio SANCHO GARGALLO), el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo se pronuncia sobre la posibilidad de constituir una curatela como medida de apoyo cuando ya existe una guarda de hecho previa. La cuestión que se suscita es si la preexistencia de la guarda de hecho, que viene ejerciéndose de forma eficiente por un familiar o allegado, impide la adopción de una medida de apoyo de carácter judicial. Y el problema se plantea por la interpretación conjunta de los artículos 250 y 255 del [Código Civil](#) (CC), en su redacción actual dada por la [Ley 8/2021, de 2 de junio](#).

El artículo 250 CC prevé como medidas de apoyo, para las personas que lo precisen, las de naturaleza voluntaria, las de provisión judicial (curatela y defensor judicial) y también la guarda de hecho (párrafo primero). Este mismo precepto alude a la guarda de hecho como «una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente» (párrafo cuarto). Así, esta guarda de hecho será subsidiaria o complementaria a cualquier otra forma de apoyo, voluntaria o judicial, en defecto de estas o cuando no cubran todas las necesidades de la persona.

Al mismo tiempo, el artículo 255 CC, en su último párrafo, señala que «solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias». Conforme a esta norma, cuando las medidas voluntarias sean suficientes no cabe adoptar medidas judiciales porque no son necesarias y, por lo que aquí interesa, tampoco se adoptarán si las necesidades generadas por la discapacidad están satisfechas por una guarda de hecho. Es decir, la guarda de hecho tiene carácter preferente y si esta es suficiente no es necesaria la constitución judicial de apoyos.

Una interpretación rígida de la norma basada en su literalidad impide adoptar cualquier medida judicial de apoyo (curatela o defensor judicial) por la mera existencia de la guarda de hecho previa. En cambio, una interpretación más flexible permite al juez resolver atendiendo a las concretas circunstancias del caso y decidir cuál es la medida más beneficiosa. Una u otra interpretación han dado lugar a soluciones diversas que han impedido establecer un criterio claro y uniforme ante situaciones similares. Ahora el Tribunal Supremo, en la sentencia STS 1443/2023, objeto de este comentario, rechaza una interpretación literal y rígida y aboga por atender a las circunstancias del

caso para permitir la constitución de una curatela, aun cuando exista una guarda de hecho previa, siempre que sea lo más conveniente para prestar mejor el apoyo.

Los *hechos* que dan lugar a la sentencia son los siguientes:

En marzo de 2021, el demandante inicia un procedimiento de modificación de la capacidad de su padre (entonces de 92 años), para el que solicita la incapacitación total. Solicita también que se le nombre tutor (es antes de la Ley 8/2021) del padre, con el que convive y cuida a diario. Alega que padece varias dolencias psiquiátricas que le impiden gobernarse por sí mismo.

En el curso del procedimiento quedó constancia de que el padre tenía síndrome demencial, afección «de mal pronóstico dada su irreversibilidad y tendencia a la agravación neuropsicológica». Y que era causa de una importante alteración de las funciones cognoscitivas, dada su merma intelectual, así como de una importante inhibición de la voluntad. En definitiva, se concluyó que padecía «un deterioro severo de sus funciones cognitivas, volitivas e intelectivas» y que «carecía por completo de autonomía alguna, precisando incluso para la supervivencia el apoyo que le prestan terceras personas».

El Juzgado de *Primera Instancia n.º 3 del Puerto de Santa María* dicta sentencia con fecha de *20 de diciembre de 2021*, cuando ya estaba en vigor la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Estima la demanda (aunque no puede constituir la tutela solicitada porque desapreció tras la reforma) y declara que el padre discapacitado necesita como medida de apoyo una curatela representativa, que será ejercitada por el propio demandante, su único hijo. La sentencia señala las concretas funciones representativas, tanto en la esfera personal como en la patrimonial.

La sentencia es recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal al entender que, aunque son necesarias las medidas de apoyo, estas ya se prestan por el hijo, que ejerce la guarda de hecho, lo que hace innecesaria la constitución de la curatela. El recurso es resuelto por la *Audiencia Provincial de Cádiz (sección 5.ª) en la Sentencia 774/2002, de 22 de julio*, que lo desestima y confirma íntegramente la sentencia de instancia.

Considera la Audiencia que, a pesar de que el padre convive con su hijo, quien se encarga de su cuidado, y que, en principio, no sería necesaria la adopción de medidas, sí existen unos datos que determinan que deben implantarse: se escapa de la casa sin avisar, va al banco para sacar dinero o incluso para abrir nuevas cuentas y adoptar distintos sistemas de gestión. Esto supone un riesgo por su vulnerabilidad, lo que lleva a la Sala a entender que «en este caso concreto existe la necesidad de adoptar medidas de apoyo..., por lo cual y examinadas las medidas establecidas en la sentencia de instancia, y pareciendo las mismas correctas y ajustadas a la situación, es procedente mantener las mismas desestimando el recurso interpuesto y confirmando la sentencia recurrida».

La sentencia de apelación es recurrida en casación por el Ministerio Fiscal. El *motivo* alegado es la infracción de los artículos 255, 263 y 269 del Código Civil, porque la sentencia recurrida acordó la curatela representativa como medida judicial de apoyo, cuando esas medidas ya están siendo prestadas por un guardador de hecho, su hijo. Advierte el Ministerio Fiscal que, conforme al artículo 255 CC, «solo en defecto o por

insuficiencia de las medidas de naturaleza voluntaria y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias» y considera que la guarda de hecho prestada por su hijo es eficaz y se desarrolla sin ningún problema, por lo que no resulta procedente la constitución de la curatela.

La Sala primera del Tribunal Supremo resuelve en la *Sentencia 1443/2023, de 20 de octubre de 2023*, objeto de esta reseña. En ella desestima el recurso y confirma la constitución de una curatela representativa en favor del hijo como medida de apoyo.

Los magistrados basan su decisión en los siguientes argumentos:

- La Sala recuerda que el actual artículo 250 CC concibe la guarda de hecho como «una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente», por lo que la guarda de hecho se configura con una vocación subsidiaria o complementaria a cualquier otra forma de apoyo, voluntaria o judicial, en defecto de estas o cuando no cubran todas las necesidades de la persona. Por su parte, el artículo 255 CC dispone que «solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias».

En este sentido, señala la sentencia que «siempre y cuando las medidas voluntarias sean suficientes, no cabrá adoptar medidas judiciales porque no son necesarias». Si bien, podrían serlo «si las medidas voluntarias fueran insuficientes, respecto de las necesidades de apoyo no cubiertas, y en ese caso cabría su adopción. Pero también forma parte de la ratio de la norma que la provisión judicial no deviene precisa si las necesidades, de carácter asistencial y de representación, generadas por la discapacidad están satisfechas por una guarda de hecho».

- Por otra parte, determina la Sala que conforme al sistema de provisión de apoyos instaurado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, si existe una guarda de hecho que cubre de manera adecuada todas las necesidades de apoyo de la persona, en principio, deja de ser necesario constituir un apoyo judicial. Pero esta previsión «no puede interpretarse de forma rígida, desatendiendo a las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho». A juicio de la Sala, hay que atender a las circunstancias de cada caso, lo que implica que la existencia previa de una guarda de hecho no excluye automáticamente la adopción de una curatela si esta resulta más conveniente para la persona que precisa el apoyo. En este sentido, reconoce expresamente que «si bien es claro que existiendo una guarda de hecho que cubre suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad, no es necesario la constitución judicial de apoyos, no lo es tanto que queden excluidas en todo caso».
- El Tribunal opta por una interpretación flexible de las normas excluyendo expresamente la aplicación automática de la ley sin tener en cuenta las circunstancias particulares que rodean el caso. Al respecto considera que «si interpretáramos de forma rígida la norma (último párrafo del artículo 255 CC), descontextualizada,

negaríamos siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho; lo que se traduciría en que, al revisar las tutelas anteriores, se transformarían de forma automática todas ellas en guardas de hecho».

- En relación al supuesto enjuiciado insiste la Sala que «hay que evitar esta aplicación automática de la ley. Es necesario atender a las circunstancias concretas, para advertir si está justificado la constitución de la curatela en vez de la guarda de hecho». En este caso ha quedado patente la insuficiencia de la guarda de hecho, reconociendo la Sala como indicio evidente de esa insuficiencia que sea el propio hijo guardador quien solicite la constitución de la curatela: «Es muy significativo que quien ejerce la guarda de hecho ponga de manifiesto su insuficiencia y la conveniencia de la curatela, no en vano es quien de hecho presta los apoyos».
- Se insiste en la sentencia en que la interpretación de la norma no debe dar lugar a situaciones contraproducentes para la persona que precisa de apoyos, cuyos intereses se pretenden tutelar, por lo que, a la postre, «deben adoptarse las medidas más idóneas para esa persona».
- La Sala concluye señalando que «del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso lo muestran más conveniente para prestar mejor ese apoyo».

En este caso, y atendiendo a las concretas circunstancias, se considera que la curatela representativa previamente constituida por el tribunal de instancia y confirmada por la Audiencia es la medida más conveniente. En consecuencia, la Sala desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal.

A mi juicio, esta sentencia supone un avance significativo en la interpretación de las normas que regulan las medidas de apoyo introducidas por la Ley 8/2021. En particular, respecto a una cuestión que, en la práctica, se presenta con frecuencia cuando el guardador de hecho de una persona con discapacidad solicita el establecimiento de una medida judicial de apoyo para reforzar sus facultades si la guarda resulta insuficiente para prestar el apoyo necesario. El Tribunal Supremo fija doctrina en esta sentencia de pleno, n.º 1443/2023, de 20 de octubre, en la que establece los criterios, hasta ahora poco claros, para constituir una curatela como medida de apoyo si ya existe una guarda de hecho previa.

De la interpretación flexible de las normas que hace la Sala podemos extraer los criterios que deberán tener en cuenta los tribunales para decidir sobre esta cuestión:

- Por un lado, la existencia previa de una guarda de hecho no excluye de manera automática la constitución de una medida judicial de apoyo.
- En segundo lugar, esta medida judicial es procedente si la guarda de hecho no es suficiente para cubrir adecuadamente las necesidades de apoyo.

- Por último, será siempre necesario valorar las concretas circunstancias de cada caso para saber cuál es la medida más conveniente para prestar mejor ese apoyo y decidir en consecuencia.

Estos criterios se contienen también en otra sentencia, dictada ese mismo día por el pleno de la Sala, en la que se enjuicia un caso similar. Es la [STS 1444/2023, de 20 de octubre](#), de la que fue ponente la Excm. Sra. María Ángeles PARRA LUCÁN. También esta sentencia, en el mismo sentido y con los mismos argumentos, confirma la constitución de una curatela representativa pese a existir una guarda de hecho previa.

Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Salamanca  
[marini@usal.es](mailto:marini@usal.es)