

**COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 20 DE OCTUBRE DE 2023
(1443/2023) Y (1444/2023)**

**La guarda de hecho puede no ser la medida
de apoyo óptima para la persona con discapacidad**

Comentario a cargo de:
LUZ M. MARTÍNEZ VELENCOSO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Valencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE OCTUBRE DE 2023

RoJ: STS 4212/2023 – **ECLI:ES:TS:** 2023: 4212

ID CENDOJ: 28079119912023100015

PONENTE: EXCMO. SR. DON IGNACIO SANCHO GARGALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE OCTUBRE DE 2023

RoJ: STS 4129/2023 – **ECLI:ES:TS:** 2023: 4129

ID CENDOJ: 28079119912023100014

PONENTE: EXCMA. SRA. DOÑA MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN

Asunto: Los familiares que actúan como guardadores de hecho de la persona con discapacidad solicitan ser nombrados curadores (tutores en el marco de la legislación anterior a la Ley 8/2021). En ambos casos, el TS sostiene que la guarda de hecho preexistente no excluye de forma necesaria y automática la posibilidad del nombramiento de un curador. Para ello, habrá que atender a las circunstancias particulares de cada caso.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *Interpretación de los nuevos preceptos referidos a la guarda de hecho.* 5.2. *Antecedentes de la cuestión. Problemas que suscita la guarda de hecho en la práctica.* 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Resumen de los hechos

En ambas sentencias el procedimiento se inicia por los familiares que actúan como guardadores de hecho instando la declaración de incapacidad y el nombramiento como tutores en el marco de la legislación vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

2. Solución dada en primera instancia

Las sentencias de primera instancia resolvieron de modo distinto. Por un lado, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n. 3 del Puerto de Santa María vino a fijar un régimen de curatela con las siguientes funciones representativas: “a) En la esfera personal: acompañamiento para actos médicos, gestiones entidades bancarias y para la asistencia, aseo, vestimenta alimentación, traslado a centros médicos y residenciales y a cualquier otra actividad. b) En la esfera patrimonial: celebración de contratos de compraventa de bienes inmuebles [*sic*] o inmuebles, autorización para gestión de cualquier tipo con administración local/regional/estatal o con cualquier persona física o jurídica, incluidas asociaciones”.

Por otro lado, la Sentencia del Juzgado Primera Instancia n. 8 de Vitoria-Gasteiz desestima la demanda y acuerda que no ha lugar a la adopción de la medida de apoyo judicial consistente en una curatela representativa.

3. Solución dada en apelación

Ambas sentencias fueron objeto de apelación. En un caso, la Audiencia Provincial de Cádiz desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia del JPI y la viene a confirmar. En el otro caso, la Audiencia Provincial de Álava estima el recurso y, con revocación de la sentencia de primera instancia, establece un régimen de curatela representativa.

4. Los motivos de casación alegados

En el caso de la STS cuyo ponente es el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación con base en los

arts. 477.2. 3º y 477.3 de la LEC, al entender que la sentencia objeto de recurso “infringe los artículos 255, 263 y 269 del CC tratándose de normas cuyo contenido fue dado por la Ley 8/2021, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, no existiendo doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a las mismas”.

Respecto a la STS cuyo ponente es la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán, interpone recurso también el Ministerio Fiscal cuyos motivos fueron: “Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la sentencia recurrida infringe los artículos 250, 255, 268 y 269 del Código Civil, cuyo texto fue dado por la Ley 8/2021, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, al constituir una medida judicial cuando se ha constatado una guarda de hecho suficiente, no existiendo doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a las mismas.

Segundo.- Subsidiariamente, el recurso se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la sentencia recurrida infringe los artículos 249, 250, 268 y 269 del Código Civil, cuyo texto fue dado por la Ley 8/2021, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, al constituir una medida judicial representativa que alcanza a aspectos de la vida cotidiana eludiendo el presupuesto de excepcionalidad de la curatela representativa frente a la asistencia que se configura como medida de apoyo judicial preferente, no existiendo doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a este cuestión [sic]”.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Interpretación de los nuevos preceptos referidos a la guarda de hecho

Las dos sentencias comentadas fijan doctrina jurisprudencial en torno a la interpretación de los arts. 250 y 255 CC, conforme a la nueva redacción dada por la Ley 8/2021.

Con anterioridad se planteaban dos interpretaciones: *i*) una más estricta con base en la literalidad de los preceptos, de modo que no sería posible establecer ninguna medida judicial cuando existiese previamente una guarda de hecho; *ii*) una interpretación teleológica, según la cual el juez podría resolver según las circunstancias de cada caso para adoptar finalmente la medida más favorable para la persona que precisa el apoyo.

La primera de las interpretaciones es la seguida por el Ministerio Fiscal cuando formula su recurso contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz al entender que la guarda de hecho prestada por el hijo de la persona con discapacidad es eficaz y se desarrolla sin ningún problema, en consecuencia, no sería procedente la curatela a la que la sentencia de instancia concede funciones representativas (tanto en la esfera patrimonial como en la personal).

Esta interpretación del Ministerio Fiscal tiene su importancia práctica puesto que, mientras que el guardador puede ser requerido por la autoridad judicial para que rinda cuentas de su actuación en cualquier momento (art. 265.2 CC), el curador debe rendir cuentas de forma periódica de su gestión (art. 292 CC). Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho esta interpretación sería eficiente, puesto que cuanto mayor sea el número de situaciones de potencial recurso a la Justicia, será más probable la demanda de tutela judicial. Precisamente, esa excesiva demanda de litigación se señala como uno de los problemas más destacados relacionados con la Justicia (vid. QUEROL ARAGÓN, N., 2018, p. 170).

Aunque también es cierto que este mismo razonamiento de análisis económico puede servir para justificar el establecimiento de una curatela representativa, especialmente en aquellas situaciones en las que el patrimonio de la persona con discapacidad presente cierta complejidad. Así se hace constar en la SAP Alicante 11 mayo 2023 (JUR 2023, 352319) donde se valora como ineficiente la medida de la guarda de hecho que obligaría acudir a un expediente de jurisdicción voluntaria a fin de recabar autorización judicial para los actos representativos (art. 264 CC). Exigencias de seguridad jurídica especialmente en el ámbito bancario y en las relaciones con las administraciones públicas aconsejan, a juicio del tribunal, el establecimiento de la curatela en este caso. En el mismo sentido se había pronunciado esta misma Audiencia Provincial el 20 de febrero de 2023 (JUR 2023, 300949). En este caso el JPI había desestimado la demanda en la que se solicitaba el establecimiento de un régimen de curatela, puesto que ya existía una guarda de hecho como medida informal de apoyo. Se revoca la sentencia en apelación en atención a la situación en la que se encuentra la persona con discapacidad que carece de toda forma de expresar su voluntad o sus deseos, así como por encontrarse impedida de realizar las más mínimas habilidades de la vida. La guarda de hecho obligaría a solicitar reiteradamente autorización judicial para realizar actos de representación.

El TS, resolviendo el recurso de casación contra la mencionada SAP Cádiz, defiende una interpretación más flexible de los arts. 250 y 255 CC en función de las “concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho”. Añade el Alto Tribunal que “(e)sta aplicación rígida y automática de la norma es tan perniciosa como lo fue en el pasado la aplicación de la incapacitación a toda persona que padeciera una enfermedad o deficiencia, de carácter físico o psíquico, que le impidiera gobernarse por sí mismo, al margen de si, de acuerdo con su concreta situación, era preciso hacerlo”.

Las circunstancias que aconsejan la adopción de la curatela representativa en este caso son la elevada edad de la persona (95 años) y su deterioro cognitivo, además de que su único hijo que viene desarrollando la guarda de hecho había solicitado que para continuar desempeñando su función precisaría ostentar una posición de curador con representación, ya que esto facilitaría su labor, especialmente en la esfera patrimonial.

Por otro lado, en relación con la infracción de los arts. 263 y 269 CC, respecto de la primera de las normas citadas, en opinión del TS “no impide que el guardador de hecho solicite formalizar judicialmente la prestación del apoyo, mediante su nombramiento como curador”. En cuanto a la segunda, una interpretación conforme a la dada al art. 255 CC lleva a entender que “la norma se entiende bajo la lógica de que la insuficiencia de un apoyo informal, como es la guarda de hecho, aflora también cuando quien lo presta lo pone de manifiesto y advierte la conveniencia de una constitución formal del apoyo, que facilite en sus específicas circunstancias prestar su función de asistencia y representación del mejor modo”.

En el caso de la STS que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, el pleito tiene su origen en una demanda de incapacitación interpuesta bajo la legislación anterior. La persona respecto de la cual se pide la incapacitación había sufrido un ictus que le había ocasionado un trastorno neurocognitivo, con alteración de comportamiento y cambio de personalidad. En la demanda se pedía que se nombrara tutora a su esposa, quien viene ocupándose del cuidado de la persona con discapacidad.

Como en la Sentencia anterior se aboga por una interpretación teleológica, en atención a las concretas circunstancias del caso. La propia esposa, que ha venido actuando como guardadora de hecho, es la que pone en evidencia ante el juzgado que para desempeñar su función necesitaría ser nombrada curadora con representación, puesto que ello favorecería el desempeño de su actividad, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial.

En cuanto a la interpretación que debe darse a las normas sobre las que se sustenta el recurso de casación, se repite exactamente la misma reflejada en la Sentencia arriba referida.

5.2. Antecedentes de la cuestión. Problemas que suscita la guarda de hecho en la práctica

Un estudio de la jurisprudencia hasta la fecha de estas cuestiones nos lleva a la conclusión de que la guarda de hecho es una figura que presenta problemas en la práctica.

A) EN LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Uno de los problemas apuntados es la falta de delimitación de las actuaciones que el guardador de hecho puede realizar en el ámbito patrimonial sin autorización judicial y otro, el modo de acreditar la propia condición de guardador de hecho (cfr. LÓPEZ COURCHOU, 2023). Respeto de esta segunda cuestión en la SAP Cádiz 31 marzo 2023 (JUR 2023, 432624) se revoca la Sentencia de 1ª Instancia dejando sin efecto la curatela representativa que se ha-

bía establecido. Se considera suficiente la provisión de apoyos por parte de la hija a quien se reconoce guardadora de hecho a la que se atribuyen una serie de funciones (entre ellas administración ordinaria ante cualquier entidad bancaria, en el ámbito de la Administración pública, v. gr. Servicio de Salud...). Ahora bien, se le reconoce judicialmente en la Sentencia como guardadora de hecho, dados los obstáculos a los que se enfrenta la demandante para poder ejercer sus funciones.

Prueba de la inseguridad jurídica que genera la guarda de hecho en el tráfico bancario es el Documento interpretativo al Protocolo Marco entre la FGE y las asociaciones bancarias, de 19 julio 2023 (sobre este tema vid. LECIÑENA IBARRA, 2023).

En efecto, en la jurisprudencia procedente de las Audiencias Provinciales se pueden observar situaciones en las que el patrimonio de la persona con discapacidad presenta cierta complejidad y que llevan al tribunal a designar a un curador, pese a la existencia de la guarda de hecho.

En el caso de la STS 4129/2023, objeto de comentario, la esposa en su escrito de oposición al recurso del Ministerio Fiscal pone de manifiesto los problemas que “afronta para realizar gestiones en nombre de su esposo, en las que debería firmar él, pero que no comprende ni tiene el menor interés, porque no comprende el valor del dinero, y que la esposa soluciona firmando “con autorización tácita” del esposo”.

En opinión del Tribunal, “(e)s 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”.

Hay situaciones en las que el estudio de la realidad de la persona con discapacidad lleva al juez a descartar que la guarda de hecho sea la institución que pueda dar cobertura a las necesidades de la persona, por lo que lo procedente es el establecimiento de un régimen de curatela. La mera existencia de una situación de guarda de hecho no es suficiente para rechazar el nombramiento de un curador. El juez debe valorar si la guarda de hecho existente es suficiente y adecuada para garantizar a la persona con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad.

Es el caso de la SAP Barcelona 20 julio 2022 (JUR 2022, 335850). Es importante señalar que el nombramiento de un curador con funciones representativas se considera en este caso como una medida más adecuada para la

persona con discapacidad que disponía de un patrimonio más complejo y en cuya gestión encontraban dificultades los guardadores de hecho. Subyacen, pues, ciertos problemas de seguridad jurídica que plantea la guarda de hecho. Aunque la misma está dotada de una gran funcionalidad práctica, el ámbito de actuación del guardador queda pendiente de ser perfilado, sobre todo en el ámbito patrimonial, en atención a la parquedad de la regulación legal y a la escasa jurisprudencia existente hasta la fecha.

Las hijas de la persona con discapacidad ponen de manifiesto los continuos problemas a los que se enfrentan en su situación legal de guardadoras de hecho en la gestión de los asuntos bancarios y para la buena administración de los inmuebles, algunos arrendados.

A juicio del tribunal, las guardadoras de hecho “no pueden adoptar con plena cobertura legal y seguridad jurídica decisiones sobre los aspectos de la vida diaria, sobre temas o tratamientos médicos u otros que exigen facultades representativas y en el ámbito patrimonial estimamos insuficiente también las funciones del guardador de hecho que deberá acudir a la autoridad judicial para realizar cualquier acto de administración extraordinaria, más allá de los previstos para un asistente con facultades representativas, generando una litigiosidad excesiva, contraria a la tendencia de desjudicialización pretendida por el legislador”.

En el caso de la SAP Álava 14 septiembre 2022 (JUR 2022, 20866) la sentencia de instancia rechaza la medida de apoyo judicial solicitada por la demandante, considerando suficiente la guarda de hecho que ejerce Sacramento respecto de su esposo, que se ha mostrado eficaz, duradera en el tiempo y que ha cumplido con la finalidad pretendida por la Ley.

Sin embargo, a juicio del tribunal de apelación: “El juez no debe perder de vista que bajo el reseñado principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso. No obstante, cuando sea necesario, al resultar insuficientes las medidas asistenciales, cabría dotar a la curatela de funciones de representación. Ordinariamente, cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad. En estos casos, la necesidad se impone y puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador”.

En opinión del tribunal, “(e)n casos como el presente es necesaria una medida de apoyo y el nombramiento de un curador con carácter representativo, que una persona de su entorno se ocupe de D. Artemio y pueda suplir su voluntad. Estamos ante un supuesto de carácter extraordinario en el que es necesaria la representación, la discapacidad afecta a la capacidad de obrar y a la capacidad de decisión”.

Asimismo, en la SAP Madrid 18 octubre 2022 (JUR 2022, 375184) se nombra un curador con funciones representativas debido a la enfermedad persistente, crónica y permanente de la persona que determina su incapacidad para administrar y disponer de sus bienes. Es función del curador la de administrar sus bienes y hacer seguimiento del tratamiento médico al que se ha de someter. Se designa al AMTA (Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid). La sentencia de instancia había establecido la incapacitación con nombramiento de tutor en la referida institución.

En la misma línea, en la posterior SAP Madrid 16 diciembre 2022 (JUR 2023, 27677) se constituye una curatela como medida formal de apoyo legal (a tenor de los artículos 250 párrafo 5 del Código civil) sin perjuicio de la legitimación de las partes interesadas para solicitar de la autoridad judicial, en cualquier momento, la revisión de las medidas establecidas en aplicación de la normativa legal vigente.

En la SAP Coruña 31 julio 2023 (JUR 2023, 7347) se resuelve estableciendo una curatela representativa, como la medida más adecuada para el caso concreto. También en la anteriormente citada SAP Alicante 11 mayo 2023 (JUR 2023, 352319); en la SAP A Coruña 2 mayo 2023 (JUR 2023, 286275) y de la misma Audiencia las Sentencias de 4 de abril de 2023 (JUR 2023, 228902) y de 27 de junio de 2023 (JUR 2023, 336832). En esta última el JPI había establecido un plazo de revisión de las medidas de seis años, solicitando en el recurso la parte recurrente que se establezca un plazo de tres años. Ello se desestima por entenderse justificado el plazo de 6 años en atención a la escasa probabilidad de mejoría de la persona y no por la necesidad de control en el ejercicio de la curatela (como sostenían los recurrentes).

En la SAP Asturias 27 junio 2023 (JUR 2023, 433442) se establece un régimen de curatela asistencial para las operaciones de carácter complejo y de índole económico patrimonial a las que se refiere el art. 287 (en sus apartados nº 2 al 9), mientras que en el ámbito personal se continúa con la guarda de hecho. Esta dualidad de medidas también se contempla en la SAP Valencia 9 febrero 2023 (JUR 2023, 129444) donde se establece una curatela asistencial para actividades cotidianas de la vida y una curatela representativa para actos económicos de carácter complejo.

B) EN EL ÁMBITO DE LA GESTIÓN DE LA SALUD

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 el consentimiento por representación “cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

Conforme afirma el TS en la comentada Sentencia 4129/2023: “Legalmente, el titular del derecho a la información es el paciente, por mucho que la ley permita que cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se ponga en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, así como que sean informadas las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita (art. 5 de la Ley 41/2002). De ahí que, partiendo de los hechos acreditados en la instancia acerca de la falta de habilidades en el ámbito sanitario y de la salud de Rupert, su incapacidad para interpretar la información y para tomar decisiones, resulta conveniente que la esposa, para tomar las decisiones precisas en cada caso pueda contar con la representación que le ha conferido la sentencia recurrida, tanto para recibir información como para tomar decisiones”.

En relación con el análisis de esta cuestión, conviene tener presente que la Ley 8/2021 no ha modificado la Ley 41/2002 ni tampoco la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (en adelante LIB). Esta deficiente técnica legislativa puede generar problemas interpretativos sobre cómo aplicar este nuevo paradigma de la discapacidad en el ámbito del consentimiento informado, por un lado y por el otro, en la participación de las personas con discapacidad en proyectos de investigación en el área de la Salud.

Los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre estos temas, por ejemplo en relación con la vacunación contra el Covid-19 merece especial interés la SAP Ourense 22 noviembre 2022 (ECLI:ES:APOU:2021:711A) que señala cómo el representante del paciente debe eliminar su criterio subjetivo, buscando cual sería la valoración de su representado acorde a lo que anteriormente le había indicado a él o a otros testigos, o acudir a sus creencias, valores, ideología, etc.

En el presente caso se solicita autorización judicial para la vacunación de Doña Blanca, persona bajo la tutela de su hija (que había rechazado la administración de la vacuna a su madre). Se autoriza el suministro de la vacuna acordada en la resolución apelada, considerándola una medida médico-sanitaria necesaria, que tiende a proteger adecuadamente la salud de Doña Blanca, por su edad, situación pluripatológica y residencia en un centro privado y que se configura como la única medida eficaz para la protección de su vida frente al riesgo real de desarrollar una enfermedad grave. En opinión de la Audiencia en este supuesto, “(l) a prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades del caso, siempre en favor del paciente y respetando su dignidad personal, de forma que, según indica el artículo 9.6 de la misma Ley “aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios

adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y al estado de necesidad”. Por su parte el apartado 7 del mismo artículo 9 en su párrafo segundo indica que “el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.

Continúa afirmando la AP: “Sobre la opinión del paciente habrá que examinar si existen instrucciones previas al mismo como documentos en que manifieste anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y tratamientos que podía precisar en el futuro, y su destino final, a fin de que sea respetada en caso de no poder expresarla personalmente, y en caso de existir, esas instrucciones habrán de ser un criterio interpretativo muy importante, si ofrecen alguna indicación específica sobre su postura ante la vacunación o intervenciones médicas similares.

Si no existe documentación sobre la voluntad del paciente, los criterios sobre los que el representante deberá decidir según la doctrina científica serían:

1. Las valoraciones subjetivas del llamado a prestar el consentimiento por sustitución, han de ser rechazadas de manera general en el ámbito médico por el riesgo que conlleva la imposición a terceros de sus criterios particulares en la materia, sin ser divergentes de la opción médica indicada o, incluso, de la voluntad del paciente, al no ser el sustituto titular de los derechos sobre los que decide (vida y salud).
2. La valoración de la decisión que el paciente había adoptado, distinguiendo la voluntad expresada al representante o a testigos, de la voluntad que este considera que expresaría en atención a sus creencias, valores, ideología, etc., criterio que ha de tomarse con la debida cautela por las dificultades de la prueba testifical y la posibilidad de cambio de criterio sobrevenido que no se hubiera expresado ante testigos.
3. La ponderación prioritaria del mayor bienestar y la salud y la vida del paciente, en base a consideraciones objetivables. La decisión a adoptar debe ser la más respetuosa con el mayor beneficio para la salud y la vida del paciente según criterios médicos objetivados y socialmente aceptados. Es el criterio más objetivo, que busca el mayor beneficio para el paciente atendiendo los criterios de la *lex artis*, y establecido en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

El paciente podía, por tanto, adoptar decisiones contrarias a la indicación médica que le afecta (artículo 21 de la Ley) pero esa posibilidad no la tiene el sustituto o representante”.

Por otro lado, la LIB regula la cuestión parcamente y ciñéndose a un determinado colectivo de personas con discapacidad, en concreto aquellas que han sido declaradas judicialmente incapacitadas (que no ha sido modificado). Así, conforme al Art. 4.2 LIB: “Se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación”. Dada esta regulación parcial, deberíamos tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 41/2002, que es de aplicación supletoria a la LIB conforme establece su Disp. final 2ª.

Interpretando la normativa contenida en la LIB y en la Ley 41/2002 a la luz de la nueva regulación de la situación de las personas con discapacidad mediante la Ley 8/2021, podríamos afirmar que debería tenerse en cuenta los diversos grados de discapacidad que pueden afectar a la persona para atribuirle cierta autonomía personal a la hora de prestar el consentimiento informado. Si su grado de discapacidad le permite comprender el contenido y el alcance de la información, en este caso la persona podría prestar por sí misma el consentimiento, con los apoyos necesarios. Más allá, deberá prestarse el consentimiento por la persona de apoyo o curador que ostente funciones representativas.

Además, todas las personas que sufran una discapacidad que le impida tomar decisiones por sí mismas, deberían quedar protegidas según las pautas que se establecen en el Art. 20 LIB: “a) Que los resultados de la investigación puedan producir beneficios reales o directos para su salud; b) Que no se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento; c) Que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada por escrito de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección, a menos que esa persona no esté en situación de recibir la información; d) Que los representantes legales de la persona que vaya a participar en la investigación hayan prestado su consentimiento por escrito, después de haber recibido la información establecida en el artículo 15 (...)”. Por otro lado, en el caso de que la investigación no vaya a producir resultados en beneficio directo para la salud de la persona, aún sería posible que se llevase a cabo la misma cuando la investigación tenga por objeto contribuir de modo significativo a la comprensión de la enfermedad o condición del individuo y la investigación suponga un riesgo y carga mínimo para el participante.

La LIB (Art. 20.2 b) establece un requisito adicional: que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Dado que se tendrá que hacer todo lo posible para que la persona participe por sí misma en la toma de decisiones, el responsable de la investigación tendrá que proporcionar la correspondiente información con medidas de apoyo pertinentes, en formatos adecuados, garantizando la accesibilidad y la comprensibilidad para las personas con discapacidad. Esto estaría en consonancia con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo Art. 25 d) dispone que se exigirá: “a los profesionales

de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado”.

En virtud de lo expuesto, dada la parquedad de la regulación de la LIB y su falta de modificación tras la promulgación de la Ley 8/2021, una investigación garantista para las personas con discapacidad sería aquella en la que la propia persona participase en el ámbito de decisión adoptando medidas adecuadas de apoyo. En segundo lugar, subsidiariamente, el consentimiento se prestaría por la persona que ejerza funciones representativas. Es posible que en un documento de instrucciones previas la propia persona haya nombrado a ese representante, en cuyo caso atenderemos preferentemente a su voluntad.

Respecto a cómo debería ejercerse esa representación, caben varias posibilidades: a) tomando en consideración las preferencias expresadas por la propia persona antes de encontrarse en una situación de discapacidad, criterio que debería considerarse preferente, siempre que sea posible; b) basándose en lo que la persona participante hubiese decidido de haber sido capaz en el momento de tomar la decisión; c) según el criterio del mejor interés de la persona participante, criterio que se aplicaría a personas que nunca han llegado a ser autónomas o cuyas preferencias no quedan claras, por lo tanto, como el último criterio posible. Esta interpretación es la más respetuosa con los principios que inspiran la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (SEOANE y ÁLVAREZ LATA, 2020, pp. 168-169).

6. Conclusiones

Las SSTS 1443 y 1444/2023 contienen valiosas contribuciones a la hora de interpretar los requisitos necesarios para la adopción de medidas judiciales de apoyo cuando ya existe una guarda de hecho. De este modo, se dispone que la guarda de hecho preexistente no excluye de forma necesaria y automática la posibilidad de adoptar una curatela o el nombramiento de un defensor judicial. Asimismo, se preceptúa que se debe atender a las circunstancias particulares de cada caso concreto para valorar acerca de la necesidad de establecer la medida judicial que se precise. Finalmente, valora la solicitud del guardador requiriendo su nombramiento como curador como un indicio de que la guarda de hecho previa no es suficiente para proteger los intereses de la persona necesitada de apoyo.

En conclusión, la doctrina que fija el Tribunal Supremo con estas sentencias puede tener relevantes efectos en casos posteriores en las que se aprecien circunstancias similares, debido a que establece criterios interpretativos para valorar si las circunstancias del caso aconsejan la adopción de un régimen de curatela.

En definitiva, después de estas Sentencias los juzgados de primera instancia y Audiencias Provinciales no están facultados para denegar automáticamente la solicitud de curatela si hay una guarda de hecho previa, debiendo realizarse un análisis de las circunstancias concretas de cada caso (la SAP Alicante 16 noviembre 2023 (JUR 2023, 25475) ya resuelve sobre la base de la nueva doctrina jurisprudencial, con cita de ambas Sentencias del TS).

Todo ello en aras de favorecer que las personas con discapacidad que precisan medidas de apoyo vean garantizados sus intereses en cuanto a la adopción de dichas medidas a fin de que sean más las convenientes y las que mejor se adapten a las circunstancias concretas de cada caso.

7. Bibliografía

- LECINENA IBARRA, A., “Superando las dificultades de implementar la guarda de hecho en el tráfico bancario. El Documento interpretativo al Protocolo Marco entre la FGE y las asociaciones bancarias, de 19 julio 2023”, *Actualidad Civil*, N° 11, noviembre 2023, consultado en versión digital en LEGALTECA.
- LÓPEZ COURCHOUD, C., “El guardador de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad y su relación con las entidades bancarias”, *Diario La Ley*, n. 10329, 17 de Julio de 2023, consultado en versión digital en LEGALTECA.
- QUEROL ARAGÓN, N., *Análisis Económico del Derecho*, Dykinson, 2018.
- SEOANE, J. A./ ÁLVAREZ LATA, N., “El marco normativo de la investigación biomédica en personas con demencia”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 36, 2020, pp. 131-177.

