

GUÍA DE JURISPRUDENCIA SOBRE DISCAPACIDAD

ÍNDICE¹

La voluntad de la persona con discapacidad.

Significado de “[atender a la voluntad](#)” TS 8-9-2021
[TS 18-9-2024](#)

Medidas [voluntarias](#). TS 4-11-2024

Respeto de las medidas de [autocuratela](#). TS 19-10-2021
[TS 2-11-2021](#)

[Proporcionalidad](#) de la curatela. Graduación. TS 12-6-2024
[TS 24-9-2024](#)
[TS 23-10-2024](#)

[Intensidad](#) de los apoyos. TS 23-10-2024
[TS 21-12-2022](#)

[Guarda de hecho](#).

Guarda suficiente. TS 23-1-2023
[Guarda insuficiente](#) TS 20-3-2023
[TS 20-10-2023](#)

[Pérdida](#) de efectos de contratos por P.C.D. TS 3-10-2022
[TS 24-1-2024](#)
[TS 7-10-2024](#)

Sobre nulidad de [testamentos](#) TS 3-2-2023
[TS 10-12-2024](#)

Uso de [vivienda](#) familiar por P.C.D. TS 28-5-2024
[TS 12-12-2024](#)

Procedimiento judicial
Práctica de [pruebas](#) [TS 21-12-2023](#)
[TS 14-3-2022](#)

¹ Si no resulta clara la obtención del enlace a cada sentencia, y para los que lo impriman y lean sobre papel, busque CENDOJ en el navegador y ponga la clave ECLI en la casilla con esta denominación.



La voluntad de la persona con discapacidad.

Significado de “atender a la voluntad” de una persona.

La primera sentencia en desarrollo de la ley 8/2021 fue, cronológicamente, la de [8 de septiembre de 2021](#) (ECLI:ES:TS:2021:3276)². Se trataba de un recurso que se retuvo por el Tribunal Supremo para resolverlo con arreglo a esta ley, aunque las líneas básicas juzgadas pertenecían a la redacción anterior. Una persona con síndrome de Diógenes había sido incapacitado y sometido a tutela, en el aspecto de “la asistencia en el orden y limpieza de su domicilio” ante el grave “riesgo evidente para la salubridad general y en concreto, las de sus vecinos ...”

Determina el Supremo que la modificación de capacidad “debe suprimirse, ya que desaparece cualquier declaración judicial de modificación de la capacidad”. La situación del sujeto “está degenerando en una degradación personal, sin que sea consciente de ello. Incide directamente en el ejercicio de su propia capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad de las medidas de apoyo asistenciales acordadas.”

Y así se llega al tema esencial de la sentencia: “la directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias de interesado.” Voluntad, en este caso, contraria a su adopción. Sigue indicando que “en realidad, el artículo 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que **atender** en todo caso a la voluntad, deseos, ... etc.” Y, a partir de aquí, procede a analizar ese “atender”. “el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta ... la voluntad de la persona... pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad ...” Se emplea un texto polisémico que comprende dos significados, “tener en cuenta y consideración” y “satisfacer un ruego, deseo o mandato.” Ordinariamente se seguirá tal voluntad, pero puede no hacerse si existe una causa que lo justifique. En este caso, la falta de conciencia de la enfermedad. Por lo tanto, establece una curatela “de carácter asistencial consistentes en que la ... curadora realice, por una parte, los servicios de limpieza y orden de su casa ... estando ... autorizada para entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria; y, por otra, asegurar la efectiva atención médico-asistencial ... en lo que respecta al trastorno que padece y lo que guarde directamente con él.”

² Comentada por Inmaculada Vivas Tesón. Página 11 del trabajo publicado en [RIDJ nº 32](#), XII-2024.

También lo ha hecho Segismundo Royo-Villanueva en [El Notario del Siglo XXI, nº 102](#), IV-2022.

Ir al [índice](#)

La siguiente sentencia que en este tema traemos a colación se dictó tres años después. Es interesante porque, en la anterior, se va más allá de una asistencia en la idea de asesoramiento y ayuda para establecer medidas coercitivas (¿representativas?) referentes a la entrada en el domicilio. En la sentencia de [18 de septiembre de 2024](#) (ECLI:ES:TS:2024:4400) estamos ante unas medidas de apoyo en el ámbito económico, y se vuelve a tratar el tema de atender a la voluntad del sujeto. Después de citar en extenso la sentencia anterior, acuerda la “constitución de una curatela cuyo contenido se ajustará a asistirle en la realización de actos de administración y disposición complejos para cuya validez requerirán de la autorización del curador.” Es decir, una asistencia asistencial, pero no pura, de simple asesoramiento, sino también de consentimiento.

En primera instancia, de 15 de octubre de 2021, se había establecido una curatela representativa, “... quien habrá de ejercitar las facultades y deberes de administración del patrimonio y bienes del incapaz (sic) en los términos que se desprenden de la presente Sentencia y de la Ley”. Estaba motivado por “una inadecuada capacidad para gestionar sus bienes y que podría llevar a terceras personas a aprovechar su vulnerabilidad, solidaridad o bondad natural”, detallándose hechos en los que se le había ocasionado tal perjuicio. Por lo tanto, “... para la realización de actos de carácter económico administrativo complejo y la toma de decisiones al respecto tales capacidades han de serle completadas al ser sus habilidades al respecto limitadas imposibilitándole para ejercerlas por si mismo.”

La Audiencia, sentencia de 13 de julio de 2022, desestimó el recurso.

Debemos remitirnos al artículo 1302.3 del Código Civil, cuando atribuya sanción de anulabilidad a “Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas **cuando fueran precisas**, ...” De ahí surge la necesidad de aclarar, en las sentencias, cuál será el papel del asistente. Si sólo asesoramiento o, en la manera de la curatela anterior a la reforma 8/2021, también de consentimiento. ¿En qué se diferencia de la representación? En que no puede ni imponerse ni hacerse sin el consentimiento del asistido. Esta aclaración va apareciendo en varias sentencias del Tribunal Supremo.

Este Tribunal entiende que “Bastaría un auxilio y complemento para consumir esos actos de administración y disposición patrimonial complejos, pero sin necesidad de sustituir al interesado. Razón por la cual, no era necesario una curatela representativa. Bastaba una curatela cuyo contenido se ajustara a prestar un auxilio a Jose Daniel para los referidos actos de administración y disposición complejos, lo que se



Fundación Aequitas. Sección jurídica.

traduce en que para su validez requerirán de la autorización del curador. Esto es, no se sustituye la voluntad de XXX, pero sí se la somete a un complemento”. Y a partir de aquí se acude a los razonamientos de la sentencia anterior.

Ir al [índice](#)

Medidas voluntarias de apoyo.

Examinamos la sentencia de [4 de noviembre de 2024](#) (ECLI:ES:TS:2024:5267), en la que apreciamos una rara unanimidad de todas las instancias judiciales en mantener una medida voluntaria sin que, de su texto y aplicación, se infiera que hay que completarlo con una medida judicial. Otro punto interesante es el que centra la discusión sobre el estado cognitivo de la poderdante en el momento del otorgamiento del poder (cuya capacidad no se cuestiona) y no en el del proceso judicial.

Tras una demanda de incapacitación presentada en abril de 2021 (legislación anterior a la reforma, recordemos, “gobernarse por sí misma”), el juzgado de instancia la desestima el 22 de noviembre de 2021 (legislación actual, D. A. 4ª del Código Civil, necesidad de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica). La demandada había otorgado con anterioridad un poder general con cláusula subsistencia (que el 1723 del Código Civil no atribuía una denominación concreta, pero ya se lo llamaba en la doctrina poder preventivo, denominación que se consagró con la reforma 8/2021). Los apoderados eran los hermanos del demandante, hijos todos de la demandada, que se presentó más adelante como voluntario para asumir la curatela.

La Audiencia, el 9 de octubre de 2023, desestima la apelación. Apreció un deterioro cognitivo leve, y que era atendida en su vida ordinaria por uno de los apoderados. Había habido un poder anterior, con similar contenido, modificado para incluir la cláusula de subsistencia. Se intenta llevar la cuestión al grado de deterioro de la poderdante, pero la sala, con acierto, determina que no es esa la discusión, sino que “analiza si es preciso constituir una medida judicial, como pretende el actor, o si no procede por existir ya una de carácter voluntario”. La Audiencia concluye que, existiendo una medida de apoyo voluntaria que se acomoda tanto a las preferencias y deseos que manifestó en su día XXX como a su voluntad actual, y constando que dicha medida se viene ejerciendo de forma eficaz, debe desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia de primera instancia.

El Tribunal Supremo analiza una supuesta indefensión del demandante, que desestima aplicando doctrina del Tribunal Constitucional. También la alegación de que el poder, al no constar inscrito en el Registro Civil, carece de validez. A este respecto dispone que “La validez y la eficacia del poder no está supeditada a su inscripción en el Registro Civil, ni en el derecho vigente cuando se otorgó el poder por XXX ni en la actualidad. El poder confiere legitimación al margen de su inscripción, a la que la ley no confiere naturaleza constitutiva.”

Finalmente analiza la alegación de que “el poder general con cláusula de subsistencia que esta otorgó a favor de los otros dos hijos no es suficiente, y ello tanto por la discapacidad apreciada por la propia sentencia como por carecer el poder otor-



Fundación Aequitas. Sección jurídica.

gado del contenido previsto en el art. 258 CC para los poderes preventivos.” (salvaguardias que el poderdante “*podrá establecer*”). Pasa a analizar la aparición de estos poderes en el artículo 1732 (en la ley 41/2003), se fija en que el poder se otorgó “... «sin limitación de clase alguna» las amplias facultades que se enumeraban tanto en el ámbito patrimonial como en la esfera de las decisiones personales sobre el bienestar y la salud. En el poder se recogía la voluntad de la otorgante, cuya capacidad en el momento del otorgamiento no se discute en este recurso, ...”, interpretándolo según la legislación de aquel momento en que no existía el artículo 258. Estudia las medidas voluntarias, su relación con las Disposiciones Transitorias 3ª y 6ª, y en relación con la aplicación de normas de control judicial, determina que, vista la aplicación que se está haciendo del poder, “la sentencia recurrida concluye que no es preciso establecer ninguna medida de apoyo judicial, y tampoco ha observado que en este momento sea necesaria salvaguarda alguna, lo que no excluye que puedan ser precisas si en algún momento se aprecian concretos riesgos que justifiquen la adopción de medidas para su adecuada prevención. En consecuencia, la sentencia recurrida no infringe los preceptos cuya infracción denuncia el recurrente, cuyo recurso de casación debe ser íntegramente desestimado.”

Ir al [índice](#)

Respeto de las medidas de autocuratela.

Veamos la sentencia del Tribunal Supremo de [19 de octubre de 2021](#).³ (ECLI:ES:TS:2021:3770). En este caso, con dos resoluciones del Tribunal Supremo, se analizan las legislaciones anterior y posterior a la reforma acerca este tema.

Tengamos en cuenta que la sentencia de primera instancia era de 16 de noviembre de 2016, y la apelación de 10 de julio de 2018. En esas fechas la autotutela se regulaba en los artículos 223 y 224. El primero recogía la tradicional potestad de los padres de nombrar tutor de sus hijos para el caso de que faltaran. En la reforma por la ley 41/2003 se introdujo la posibilidad de que propio interesado estableciera medidas en relación con su futura tutela⁴. En cuanto a su eficacia, el segundo de los artículos permitía al juez prescindir de tales instrucciones, mediante resolución judicial motivada, teniendo en cuenta el interés del incapacitado.

Pues bien, en este caso, al otorgar testamento, la testadora había designado tutores sucesivos a tres de sus hijos y había excluido a los demás y a cualquier asociación, pública o privada. En primera instancia, aparte de la incapacitación, se designó a una entidad pública; en segunda, se nombró a uno de los designados, mancomunadamente con otro que no lo estaba.

El Tribunal Supremo, en sentencia 465/2019, de 17 de septiembre, decretó la nulidad y se dejó sin efecto la sentencia de la Audiencia por falta de motivación suficiente (artículo 234 entonces en vigor), devolviéndose a la esta. No se había motivado que el motivo alegado, conflictos entre los hijos, “puede trascender en contra del interés de la tutelada y puede afectar a la atención, al cuidado y a la representación de sus intereses personales y patrimoniales que se verían perjudicados o no tan bien atendidos”. Tampoco el motivo por el que se prescindiera de la hija con la que convivía, designada la primera de las tutoras en el testamento.

La Audiencia, en nueva sentencia de fecha 6 de julio de 2023 (bajo la nueva legislación que sustituye el interés del sujeto por su necesidad de apoyos), aprecia

³ Comentadas esta sentencia y. la siguiente por Inmaculada Vivas Tesón, página 15 del trabajo publicado en [RIDJ nº 32](#), XII-2024.

⁴ 223.- ... Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor....

224.- Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada.



Fundación Aequitas. Sección jurídica.

que “quedó claro que la demandada-incapacitada, doña XXX, no quería que se nombrase tutora a la Agencia Madrileña Para la Tutela de Adultos; en sus propias palabras, no quería que se nombrase de tutora a asociación pública o privada...”; consideró, se insiste, más conveniente, de entre los dos grupos de hermanos, elegir de cada uno de ellos al que todos hablaban bien de él y ello en la forma que se indicó en la sentencia de esta Sección de fecha 10 de julio de 2018 ... la elegida tutora mediante testamento fue considerada, en principio, inidónea por el equipo técnico psicosocial adscrito al Juzgado y por el órgano judicial de la primera instancia.”

Presentado nuevo recurso ante el Supremo, “hemos de tener en cuenta que, al asumir el conocimiento del recurso, ya entró en vigor la Ley 8/2021” Recuerda la aplicación de la Disposición Transitoria sexta, relativa a los procesos en tramitación y que “... *las previsiones de autotutela se entenderán ahora referidas a la autocuratela y se regirán por lo dispuesto en la nueva ley* (Disposición Transitoria Tercera de la Ley 8/2021)” Por tanto, son aplicables las normas actuales, más restrictivas en cuanto a las facultades judiciales de no cumplir las instrucciones del futuro necesitado de curatela. Y, en consecuencia, aparte de anular la incapacitación y sustituir tutela por curatela, anula las sentencias de primera instancia y de la Audiencia (cuya motivación, por otro lado, vuelve a considerar insuficiente) nombrando curadora a la designada por la interesada. Fijémonos, aunque no ahonda en ello la sentencia, que sólo se puede dejar de aplicar lo dispuesto en el documento de autocuratela por determinadas circunstancias⁵, en este caso el conflicto entre hermanos que lleva a designar uno de cada grupo, cuando, al designar a unos sucesivamente y excluir a otros, no era desconocido a la interesada.

Ir al [índice](#)

También se ha tratado el tema por la sentencia de [2 de noviembre de 2021](#). (ECLI:ES:TS:2021:4003)

En este caso existe una escritura de autotutela de abril del 2019 en el que se designa tutora a una hija. Sus hermanos interponen una demanda de incapacitación. Durante el procedimiento se nombra tutora provisional a la hija, y la sentencia la mantuvo en el aspecto personal, pero atribuyó el control patrimonial a uno de los demandantes. En el procedimiento se ha alegado la falta de capacidad de la otorgante de la

⁵ Artículo 270. La propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela.

No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, ... y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

escritura, que “se efectuó cuando existía un diagnóstico de demencia, en ese momento se encontraba menos avanzada, sin que, en tal aspecto, se apreciase alterada la voluntad de la demandada, ni acreditada manipulación alguna sobre su persona. Esta preferencia se reiteró en la exploración judicial practicada.” No obstante, en sentencia de 11 de febrero de 2020, en primera instancia, (bajo el amparo del antiguo artículo 223) se considera más conveniente (artículo 224, redacción de 2003, “*salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa*”) atribuir las funciones patrimoniales al hermano. La sentencia de la audiencia es de 16 de octubre de 2021, vigente la reforma (que recordemos, delimita los supuestos en los que puede prescindirse de la voluntad del otorgante de la autotutela). La Audiencia considera que las buenas relaciones entre los hermanos y el “el no haber sabido gestionar la tutela provisional el burofax que le fue remitido relativo a la vivienda arrendada [no había dado respuesta] son razones suficientes como para considerar como acertada la decisión del Juzgador de instancia.” Afirmación bastante alejada de lo que indica el artículo 272 del Código Civil.⁶ Es decir, olvida la aplicación de las D.T. 3ª y 6ª de la ley 8/2021, que obligaba a aplicar este último artículo.

La hija recurrió en casación, en este caso apoyada por el Ministerio Fiscal. Se aclara el informe forense de enero de 2020, en el sentido de que “El informe forense de 7 de enero de 2020, le diagnostica una enfermedad de Alzheimer con deterioro cognitivo moderado”. Y continúa: “al designarse tutor para los bienes se prescinde de la voluntad de XXX. La incidencia, que relata la sentencia en términos evanescentes, en relación con el burofax remitido por los arrendatarios, no justifica prescindir de la voluntad exteriorizada de la persona con discapacidad, a lo que se añade que una mala gestión patrimonial, sin que conste produjera daños, no posibilita prescindir de la manifestada preferencia. ... la misma solución derivaría de la aplicación del art. 272 del CC, en su redacción actualmente vigente, tras la reforma del referido código por Ley 8/2021.” Tras un extenso análisis de las normas al efecto, anula las dos sentencias recurridas.

Ir al [índice](#)

⁶ 272.- La propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la tutela.

No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la tutela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.



Proporcionalidad de la curatela.

En la sentencia de [12 de junio de 2024](#) (ECLI:ES:TS:2024:3430) aparece una sentencia de instancia de 15 de junio de 2021 (con la reforma publicada pero no en vigor) en la que se detecta la necesidad de supervisión en los ámbitos de salud y patrimonial, y se decreta “la incapacitación total de XXX para todos los actos de su vida, tanto en el ámbito personal, como patrimonial”. En la sentencia de la Audiencia, ya en vigor la reforma, se anula la incapacitación “y confirmamos en lo demás la sentencia apelada, pero la referencia al nombramiento de tutor debe entenderse ahora referida al nombramiento de curador”. Es decir, se sigue una opinión de cierto predicamento en los primeros tiempos tras la reforma, según la cual esta consistía en cambiar el término “tutor” por el de “curador representativo”. El nuevo informe médico se realiza con la documentación aportada en primera instancia, sin entrevista con la afectada ante su reiterada negativa a asistir al centro donde se había de realizar.

El Tribunal supremo indica que la sentencia de la Audiencia “incumple lo ordenado en el art. 269 CC, que impone al juzgador la obligación de motivar la constitución de la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. La sentencia de apelación se limita a sustituir el nombramiento de tutor por el de curador, sin llevar a cabo un enjuiciamiento sobre la procedencia y alcance de la medida de apoyo, “sin determinar si la curatela es asistencial (para qué actos) o si el curador adquiere alguna facultad de representación (para qué actos)”. Simplemente confirma la sentencia de primera instancia que imponía de forma incongruente la tutela para todos los actos de su vida, tanto en el ámbito personal, como patrimonial, lo que ahora supone una curatela representativa”. Tras recalcar la falta de motivación de la sentencia recurrida, continúa “se aprecia que no existe una correlación entre el juicio de capacidad y las necesidades que le genera a XXX, con el alcance de la curatela”.

Y falla atendiendo la petición del fiscal que tenía en cuenta las habilidades de la curatelada. Se extenderá a determinados actos del ámbito médico y legitimación procesal, que podría llegar a ser representativa (tenía una obsesión que le había llevado a presentar una presentación masiva de denuncias).

Ir al [índice](#)

Seguimos con la sentencia de [24 de septiembre de 2024](#) (ECLI:ES:TS:2024:4661)

En primera instancia, 11 de diciembre de 2020, se decreta la incapacitación con designación de un tutor. En segunda instancia, 18 de octubre de 2022, se constituye una curatela representativa en los ámbitos personal, sanitario, económico y jurídico. En el recurso de casación, el fiscal entiende que “se combaten los déficits de las medidas de apoyo acordadas desde la perspectiva de la necesidad y la proporcionalidad” y se solicita sentencia “precisando, el alcance de la curatela acordada, conforme a lo antes razonado”.

Tras analizar la situación del justiciable, el Tribunal Supremo entiende que “Las necesidades de apoyo que se desprenden de este análisis se centran en la necesidad de supervisar el tratamiento médico, así como las mínimas condiciones de higiene y limpieza. Es en este ámbito del cuidado personal, médico y asistencial, en el que se debe desenvolver el apoyo del curador, pudiendo imponerlo aun en contra de la voluntad del interesado, en cuanto que su negativa se ve afectada por el trastorno que provoca esa necesidad.” Por tal motivo, establece una curatela asistencial en el ámbito sanitario y de higiene y limpieza de la casa donde vive. Añade: “Esta medida puede extenderse a la representación cuando sea necesario para asegurar la prestación de la asistencia médico-psiquiátrica. Pero sin que, como acabamos de advertir, la curatela pueda alcanzar a las cuestiones de administración y disposición patrimonial.”

Un segundo tema que regula la sentencia es el respeto al orden de tutores que establece el artículo 276 del Código Civil. Se saltó a una hermana, en base a un informe sobre su mala salud, que se refería a otra hermana distinta. Por lo tanto, se sustituye a la agencia pública designada en primera instancia.

Ir al [índice](#)

En la sentencia del [23 de octubre de 2024](#) (ECLI:ES:TS:2024:5197) (que también se comenta [más adelante](#), al hablar de la intensidad de las medidas) estamos ante un supuesto en la misma línea del anterior, aunque con algunas diferencias. En la sentencia de instancia se solicitaba una protección patrimonial que se adopta el 8 de junio de 2021 (reforma promulgada y publicada en el B.O.-E. pero pendiente de entrar en vigor) en la que se establece una curatela (de las anteriores a esta reforma) para disposiciones por encima de más de mil euros, acciones civiles y penales y atenciones médicas y farmacológicas. Para los actos patrimoniales superiores a 1.500 euros exige solicitud por escrito del curador y autorización judicial. La Audiencia valora la adaptación a la nueva legislación, anulando la referencia a la incapacitación, y se mantiene la de instancia pero estableciéndolo como curatela representativa en los mismos términos que la sentencia recurrida.

Llegada al Supremo, éste se remide a la sentencia 1143/2024. En base a ella, indica que “el problema radica en la proporcionalidad de la medida, pues el apoyo



Fundación Aequitas. Sección jurídica.

debe respetar al máximo la autonomía de la persona, sin suplirla, y el contenido establecido para la curatela en el aspecto económico por la sentencia recurrida no guarda relación con las necesidades detectadas como consecuencia de la enfermedad.” El recurrente estaba disponiendo mensualmente de la cifra de 1.500 euros, contando con patrimonio suficiente. Estima parcialmente el recurso. Dado que los ingresos del recurrente ascienden a 2.500 euros, la asistencia deberá limitarse a las disposiciones por encima de este importe y, como medida cautelar, a un control de mensual de la gestión de cuentas y disposiciones por encima de 1.500 euros. Es decir, una adaptación a la situación económica real en la que se desenvolvía el curado.

Ir al [índice](#)

Intensidad de los apoyos.

La ley 8/2021 induce a una interpretación en la que los apoyos consisten en “asistir” o “representar”. No queda claro si con carácter exclusivo o si puede delimitarse la intensidad que pueden alcanzar. Como referencia, recordemos que, en la redacción desde 1983, el tutor representaba (en su acepción de sustituía su voluntad) al tutelado, y la intervención del curador era necesaria para el acto jurídico, es decir, tenía que autorizarlo. La diferencia principal era que el acto del tutor se le podía imponer al tutelado, y el del curador no. Pero en ambos casos el titular de las funciones tutiva tenía que intervenir.

Ir al [índice](#)

Veamos la sentencia de [23 de octubre de 2024](#) (ECLI:ES:TS:2024:5197), ya [comentada](#) respecto de su proporcionalidad. Sentencia en primera instancia de 8 de junio de 2021 sobre una persona que, indica la sentencia de la Audiencia, “... requiere de apoyos para el desarrollo de su vida jurídica y personal al padecer una patología psíquica que le impide ser consciente de la realidad y tomar decisiones con plenitud de conocimiento.”, en la que se establece una curatela para actos por encima de 1.000 euros (sistema de 1983, en esa fecha se exigía el consentimiento del curador), y para los superiores a 1.500 euros se imponía solicitud escrita del curador y autorización judicial.

La Audiencia lo adapta a la nueva legislación de la ley 8/2021, y en 4 de octubre de 2021 mantiene las medidas. Había otras en relación con la salud que no comentaremos aquí.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia en los aspectos no patrimoniales. En cuanto a estos, recuerda que las medidas de apoyo tienen que ser proporcionadas a las necesidades de la persona y respetar su máxima autonomía con atención a su voluntad. Esto exige examinar la curatela (la actual, no la de 1983). Ello supone que “de acuerdo con lo prescrito en el art. 269 CC, la sentencia ha de concretar con la mayor precisión posible el contenido de la curatela: “los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo”; y, cuando sea necesario, “los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad” ... no existe justificación alguna para que la curatela sea de carácter representativo ... debe de ser en principio exclusivamente de carácter asistencial y de apoyo y asistencia.” Tras reexaminar su situación y posibilidades, “cabe concluir que el recurrente tiene capacidad para gestionar el importe de las cantidades que ingresa mensualmente por los diversos conceptos que refiere (mutualidad, pensión propia, pensión de viudedad), en torno a 2 500 euros mensuales, de manera que el apoyo, entendido como asistencia, debe limitarse a aquellos actos de disposición que excedan de dicha cantidad.”

Pero, y ahí está la ruptura con una dualidad asistencia/representación estricta, “como cautelas en el ejercicio de la capacidad en el ámbito patrimonial, la curadora supervisará y controlará mensualmente la gestión de las cuentas y las disposiciones superiores a 1 500 euros del patrimonio del recurrente, apoyo y control que el propio Sr. XXX ha aceptado.” En la sentencia se añade algo más, “... asistirle para la realización de actos de disposición que excedan de la suma de 2 500 euros mensuales, para cuya validez será precisa la autorización de la curadora; además, la curadora supervisará y controlará ...” Es decir, asistencia que consistirá en autorización, añadido a control. Parece que la cautela solamente incluye este control. Pero se ha superado la anterior dualidad entre asistencia (consejo, ayuda, etc) y representación. Una consideración polisémica del término “asistir” del artículo 249: “*La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso ...*”. Aconsejar o autorizar. Que, para dejar las cosas claras (ref. 1302 ss. “*en cuanto sean precisas*”), bien merece ser aclarada en la sentencia, como ha hecho la presente.

Ir al [índice](#)

En la sentencia de 12 de junio de 2024, [antes comentada](#), se impuso tal autorización para un ámbito muy concreto de actuación: “Al respecto tiene sentido que, para la presentación de estas denuncias u otras acciones judiciales, se precise la autorización del curador.”

En el mismo sentido, la de 18 de septiembre de 2024, también [comentada](#), al indicar que “Bastaba una curatela cuyo contenido se ajustara a prestar un auxilio para



Fundación Aequitas. Sección jurídica.

los referidos actos de administración y disposición complejos, lo que se traduce en que, para su validez, requerirán de la autorización del curador ...”

Ir al [índice](#)

La búsqueda de la proporcionalidad en el establecimiento de una medida de apoyo puede terminar en su desestimación, afectar a su intensidad denegándola. La sentencia de [21 de diciembre de 2022](#) (ECLI:ES:TS:2022:4791) trató de una sentencia en la que se establecía una determinada curatela.

En primera instancia, sentencia de 22 de julio de 2019, se había propuesto por el fiscal el nombramiento de un curador (legislación anterior a la reforma) para el seguimiento terapéutico. La sentencia establece la curatela para los asuntos de salud, tratamientos farmacológicos, plan de alimentación y para la “toma de decisiones complejas”.

En segunda instancia se confirma la anterior, sentencia de 21 de julio de 2020.

Se admite el recurso por infracción procesal y casación por vulneración de varios artículos de la L.E.C., error patente en la apreciación de la prueba, y vulnerar la jurisprudencia anterior y la Convención (arts. 1 y. 12).

Al analizar el caso, el tribunal de instancia dedujo, del informe pericial y declaraciones de una trabajadora social y personas relacionadas, que la interesada tenía una “limitación permanente de las capacidades cognitivas que pueden determinar la afectación de las capacidades volitivas, impidiendo el correcto gobierno de su persona y bienes en ciertos aspectos.” De las declaraciones tenidas en cuenta se deduce un aislamiento social de la interesada, pero que estaba atendida por su pareja y otros familiares.

El Supremo aplica la Disposición Transitoria 6ª de la ley 8/2021. Procede a analizar el sistema de apoyos que ha sustituido a la incapacitación. Reseña el principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad. Cita la tan reseñada sentencia 589/2021, de 8 de septiembre, en cuanto “hay que evaluar si las medidas de apoyo acordadas responden a las necesidades de la persona y están proporcionadas a esas necesidades; si respetan la máxima autonomía de la persona interesada en el ejercicio de su capacidad jurídica; y si se atiende a su voluntad, deseos y preferencias”. La recurrente niega que haya quedado acreditada la situación de necesidad que justifique la provisión de cualquier apoyo judicial al ejercicio de la capacidad jurídica, tanto en el ámbito personal como en el ámbito patrimonial. De conformidad con el fiscal, aprecia la falta de motivación de la necesidad de apoyos para “la toma de decisiones complejas” tanto en el ámbito personal como

en el patrimonial. También por lo que se refiere al establecimiento de unas medidas genéricas de apoyo que no concretan los actos que la Sra. XXX puede realizar por sí sola y aquellos que requieren la intervención del apoyo.” Es aplicable tanto al ámbito patrimonial como al personal para la toma de decisiones complejas y, en general, para los demás aspectos sujetos a control. La interesada “no niega las dificultades a las que se enfrenta para la satisfacción por sí misma de sus necesidades básicas y es consciente de que necesita ayuda. De hecho, fue iniciativa suya solicitar de los servicios sociales municipales”, algunas de cuyas ayudas no pudieron prestarse por la oposición de su pareja. Y termina aclarando que “Han quedado evidenciados los problemas de salud y los problemas sociales de la Sra. XXX, la compleja patología física y psíquica que padece, pero no que se trate de una discapacidad que afecte a la toma de decisiones con efectos jurídicos en sus asuntos personales y patrimoniales, que es la que justifica una medida judicial de apoyo.” En consecuencia, estima el recurso, sin perjuicio de que, en el futuro, pueda establecerse alguna medida de apoyo.

Ir al [índice](#)

**Guarda de hecho.**

La guarda de hecho irrumpió con fuerza en nuestros tribunales en los procedimientos pendientes de resolución el 3 de septiembre de 2021 y también en las revisiones de medidas tuitivas anteriores. Fueron muchas las curatelas que se denegaron al apreciarse que había una guarda de hecho que las excluía.

A este respecto, es conveniente recordar a los interesados en estos procedimientos la conveniencia de pedir al juzgado que, si se va a denegar la medida judicial por apreciar que hay una guarda de hecho suficiente, se solicite la identificación del guardador, como ayuda para justificar su cargo en las actuaciones que en el futuro llevará a cabo como tal. La práctica judicial no es uniforme en este sentido.

Guarda de hecho suficiente.⁷

La primera sentencia a la que haremos referencia es la de [23 de enero de 2023](#) (ECLI:ES:TS:2023:1291). En primera instancia se declara a una persona incapaz; además, en estado civil de incapacitación parcial, limitada a determinados ámbitos, con designación de un tutor (20 de diciembre de 2018, con una configuración de la guarda de hecho como temporal hasta la incapacitación).

En segunda instancia, la Audiencia determina la confirmación de la sentencia contra el recurso de la interesada (sentencia de 15 de febrero de 2021, con la misma configuración de la guarda como situación temporal). Se interpuso recurso por vulnerar a normas procesales y doctrina del Tribunal Supremo. Éste empieza indicando que su sentencia deberá ajustarse a la nueva ley (Disposición transitoria sexta). Analiza la

⁷ Esta sentencia y las de 20 de octubre de 2023 aparecen comentadas por Inmaculada Vivas Tesón. Páginas 20 y 22 del trabajo publicado en [RIDJ nº 32](#), XII-2024.

nueva legislación, especialmente la guarda de hecho,⁸ y recuerda que la atención sanitaria se contempla por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (fijémonos, a este respecto, la modificación del primer punto del artículo 287⁹).

Y entra en la realidad social de la persona enjuiciada (ver nota anterior): "La sentencia recurrida, con remisión a la de primera instancia, se limita a transcribir el diagnóstico de la enfermedad de la XXX, pero no presta atención a cómo afecta a su funcionalidad en su vida diaria, no tiene en cuenta su autonomía para los actos cotidianos que realiza ella sola, y tampoco presta atención al entorno familiar, porque lo cierto es que ha quedado acreditado en la instancia que para las actuaciones que necesita un apoyo, el mismo ya viene siendo prestado de manera real y efectiva por su hijo." De la entrevista, que no se cita en las sentencias recurridas, resulta que "... un apoyo representativo como el que se ha establecido en las sentencias de instancia resulta innecesario y desproporcionado pues, en atención a la prueba practicada, XXX, en todo caso, puede requerir un apoyo asistencial para actos concretos (seguimiento médico, administración que vaya más allá de los gastos diarios)..." En consecuencia, "... de conformidad con el informe del fiscal que, dado el grado de autonomía de la XXX y su situación familiar, no es necesario el establecimiento de una medida formal de apoyo, pues XXX solo precisa de un apoyo asistencial en determinados aspectos patrimoniales y del ámbito de la salud que ya le estaría siendo prestado por su hijo ..."

Ir al [índice](#)

Guarda de hecho insuficiente

En las dos sentencias siguientes se desecharon sendas solicitudes de desestimar la curatela, en base a que se apreció una guarda de hecho insuficiente. En ambos casos se mantuvo el gestor de apoyos. En ambos casos se alegaba que las circunstancias del sujeto apoyado no permitían que una asistencia fuera eficaz. Estos últimos no opinaron al respecto. La manifestación del gestor, no obstante, no debe ser bastante

⁸ Es curioso que reproduzca casi textualmente un trozo del preámbulo de un proyecto privado de reforma realizado por el profesor Díez Picazo en 1977, comentario que se trasladó al de la ley de 1983 que modificó esta materia, al indicar: "De esta manera, 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." La realidad social es la que es, independientemente de que las leyes la respeten en mayor o menor medida. La situación existe, tratándose en 1983 como una medida a sustituir y en 2021 a mantener.

⁹ 1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.



Fundación Aequis. Sección jurídica.

para desecharla, aunque desde su punto de vista sea más cómodo tener el título judicial, además representativo como en los dos supuestos. Debe soportarse en una causa bastante, como la negativa a actuar del asistido o la imposibilidad de comprender sus asuntos, pese a la asistencia. En la segunda apareció otro elemento importante, en el que no incidió el fallo del Supremo: el gran riesgo para los intereses de la persona que suponía que no tuviera que ser representado en la ejecución de sus asuntos, ante el riesgo de sus propias actuaciones.

Examinamos ahora la sentencia de [20 de marzo de 2023](#) (ECLI:ES:TS:2023:4129). Demanda de febrero de 2021, modificada en octubre (con la nueva ley vigente) solicitando una curatela total, para todas las actividades de la vida ordinaria. En primera instancia, se desestima.

La audiencia estima el recurso y establece una curatela representativa para todo tipo de actos, que aquí se enumeran comprendiendo prácticamente toda su actividad (esfera personal, actividades cotidianas, “actividades económico administrativas y jurídicas, seguimiento de sus cuentas corrientes, para controlar ingresos, gastos, realizar actos de carácter económico complejos como préstamos, enajenaciones, donaciones. También para tomar decisiones sobre su salud... “)

La fiscalía entiende que se ha constatado una guarda de hecho suficiente y, por tanto, la recurre. Se aprecia un alto grado de discapacidad (85%) en los informes que se tienen en cuenta. También la asistencia por su esposa que ejerce su guarda hasta ahora, que “se ha desarrollado sin incidencias ni conflictos de intereses, sin que las dificultades prácticas alegadas por la esposa para desempeñar el apoyo prestado por no contar con la representación del esposo justifiquen la adopción de un apoyo judicial”. El Tribunal repasa los artículos acerca de la suficiencia de medidas preferentes a la judicial, citando la sentencia de 23 de enero de 2023 (ya comentada), en la “que la guarda de hecho prestada por el hijo era suficiente y no se precisaba la constitución del apoyo judicial”. Pero aprecia que, en el presente caso, la persona presenta dificultades para expresar su voluntad, limitaciones para tomar decisiones, es vulnerable y condicionado por su patología. La esposa, guardadora, expone dificultades para firmar gestiones, comprenderlas o preocuparse por ellas (lo que lleva a actuaciones representativas, “con autorización tácita”, indica). Se tienen en cuenta la posibilidad de autorizaciones judiciales específicas o para varios actos, 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”. Es importante la opinión de los interesados, en este caso la que puede expresarla. “es muy significativo que quien ejerce la guarda de hecho ponga de manifiesto su insuficiencia y la conveniencia de la curatela”. Por lo que se desestima el recurso y se mantiene la curatela.

Ir al [índice](#)

La siguiente sentencia es la de [20 de octubre de 2023](#) (ECLI:ES:TS:2023:4212). En primera instancia (20 de diciembre de 2021) se establece una curatela representativa separando actos de la esfera personal y la patrimonial.

La Audiencia desestima el recurso presentado por el Ministerio Fiscal en sentencia de 22 de julio de 2022.

Llegado al Supremo, se repasa el informe médico, en él se aprecian alteración de las funciones cognitivas, carencia de autonomía personal y social, sin habilidades para la vida diaria. En el recurso se indica que no se explica el motivo de la medida judicial de apoyo, ni se concretan los actos para los que se establece la representación, “futuros, cuando dichas necesidades, de llegar a producirse, tiene su trámite en los artículos 287 del Código Civil, ...” (debemos entender la referencia en relación a la remisión del 264¹⁰).

Reconoce este Tribunal que “esta persona convive desde hace muchos años con su hijo único, soltero, que de facto desarrolla hasta ahora esas funciones de apoyo; es quien hasta ahora hacía de guardador de hecho”. Este último “pone de manifiesto ante el juzgado que para seguir desarrollando su función precisaría pasar a ser curador con representación, en la medida en que le facilitaría su labor, sobre todo en el ámbito patrimonial... se escapa de la casa sin avisar, aprovechando que su hijo está trabajando, y que se va al banco a sacar dinero o abrir nuevas cuentas -sin saber qué, para qué y por qué- y adoptar distintos sistemas de gestión ...” Acude el Supremo, como en la sentencia anterior, a fijarse en que “no en vano es quien de hecho presta los apoyos. Máxime cuando esta persona forma parte del núcleo familiar más íntimo, en nuestro caso es el hijo único.” Por lo que se considera insuficiente la guarda de hecho y se desestima el recurso.

Debemos fijarnos en un detalle que se ha puesto de manifiesto, pero no se cita en la argumentación de la sentencia. El mantenimiento de la guarda implicaría la imposibilidad de anular los actos que, sin comprenderlos, realiza el interesado, por lo que se le produce una gran indefensión. Fijémonos en que los citados no son actos ante notario, en los que habría un juicio de capacidad. El establecimiento de una curatela representativa permite acudir a las causas de anulación de tales contratos, artículos 1301 y siguientes del Código Civil, de modo que la guarda de hecho, en casos como el presente, deviene insuficiente para proteger los intereses del guardado.

¹⁰ Artículo 264 ... En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287 ...



JURISPRUDENCIA SOBRE DISCAPACIDAD

Fundación Aequitas. Sección jurídica.

Ir al [índice](#)

No utilización de las medidas de apoyo.

Veremos a continuación los actos realizados sin utilizar medidas de apoyo. Especialmente los hechos estando ausente el conocimiento por parte del sujeto, lo que nos lleva al artículo 1261¹¹ del Código Civil por lo que, estrictamente, no se dan los requisitos para que haya contrato.

Sentencia de [3 de octubre de 2022](#) (ECLI:ES:TS:2022:3566). Se trata de la anulación de contrato hecho por persona con discapacidad.

El supuesto de hecho consiste en una relación de negocios entre un particular (DD) y unas sociedades que forman parte de un entramado familiar. Hay una demanda de incapacitación del primero y, en espera de la sentencia, se firma el documento privado cuya nulidad se reclama por la otra parte, con la devolución de unos pagos que se habían hecho o, más exactamente, transigido. En el proceso judicial también interviene una tercera empresa, del mismo grupo, por lo que será importante examinar su legitimación en este asunto. Igualmente, el discernimiento de DD al firmar el contrato, que no va a plantear dudas durante el proceso judicial en el sentido de que no existía. Previamente, DD había cesado en su representación de una de las sociedades. Luego demandantes, sustituido por otros integrantes del grupo empresarial, una firmante del documento privado y otro beneficiario del mismo. El juzgado estima la demanda (4 de septiembre de 2017) y la Audiencia la revoca (5 de junio de 2018).

En el Supremo se examinan los motivos del recurso. Por un lado, desestima la reclamación basada en el “precio vil” analizando el contrato y su ejecución, que consistía en el desistimiento de otra demanda, por lo que se pasa a calificar como dación en pago.

En cuanto a la falta de ratificación por el representante de la empresa beneficiaria del contrato (faltaba la firma de un administrador mancomunado), entiende el tribunal que “solo cabe concluir el consentimiento de XXX si se parte de que sí conoció el archivo de tal procedimiento (lo que, contra lo que sostiene la parte recurrente, la Audiencia sí considera probado, ...), ... debe observarse que es la propia sociedad (como dominus o principal) la que lo ratifica. Así resulta de la presentación al día siguiente de la firma del contrato de un escrito por el que la representación procesal de la sociedad, al amparo del art. 22 LEC, solicitaba la terminación del proceso seguido previamente contra DD”, acuerdo que se recogía en el documento cuestionado. “... el contrato sí produjo efectos, y desde luego los principales, aunque las partes

¹¹ Artículo 1261. No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:
1.º Consentimiento de los contratantes.



Fundación Aequitas. Sección jurídica.

discrepen sobre las razones de la falta de cumplimiento, o incluso del nivel de cumplimiento, de otros aspectos secundarios del contrato.”

El tercer motivo hace referencia a la consecuencia de que el contratante “DD” careciera de discernimiento en el momento de la firma. Si se aplica su nulidad por falta de un requisito esencial, el consentimiento (artículo 1261), o la anulabilidad de los artículos 1300 y siguientes del Código. Esto será importante a efectos de plazos (4 años en este último caso, aunque esta cuestión no es relevante en el presente proceso), y las personas legitimadas para solicitarla.

Se recalca en la sentencia que habrá que aplicar las normas vigentes en el momento del contrato, que podemos resumir así:

Artículo 1261. (el mismo antes y después de la ley 8/2021) No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes...

Artículo 1263. (redacción de 1996) No pueden prestar consentimiento. ... 2.º Los incapacitados.

Artículo 1301. (redacción de 1975) La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: ... Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieron de tutela.

Artículo 1302. (redacción de 1889) Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ...

Artículo 1304. (redacción de 1889) Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera.

A este respecto, y aplicando esta legislación, distinta de la actual, indica el alto tribunal que “el primer motivo al amparo de los arts. 1261 y 1263 CC acerca de que es nulo con nulidad radical o absoluta el contrato celebrado por quien, como consecuencia de una demencia, no puede emitir un consentimiento verdadero, es meramente instrumental, pues de esos preceptos no resulta ningún régimen específico de invalidez.” Cita doctrina de autores, con apoyo en jurisprudencia, que defiende la nulidad radical. Y otra, también con apoyo jurisprudencial, que remite al 1301 y 1302 del Código Civil, que es lo que considera aplicable. Indica: “En realidad, de lo dispuesto en los arts. 1261 y 1263 CC no resultaba un régimen jurídico específico de invalidez y cuando la falta de consentimiento derivaba de la discapacidad, el régimen aplicable era el de los arts. 1301 y ss. CC.” En consecuencia, desestima el recurso.

Avancemos un poco más allá de la sentencia:

Podría analizarse un poco más el juego de los artículos 1261, 1263 y 1301 ss. El primero trata de la necesidad de que haya un consentimiento; si no, no hay contrato. El 1263 trataba de una prohibición para contratar, a menores e incapacitados. Hay consentimiento (por ejemplo, en un menor de 17 años, el consentimiento será el mismo que si contrata dos meses después, cumplidos los 18), pero se les ha prohibido contratar. A este respecto, hay un procedimiento regulado, el de anulación. En este se determina que un tercero en el contrato no puede pedirla (1302), y que no está obligado el incapacitado a restituir (1304), que es lo que se pedía.

¿Y a las personas sin discernimiento no incapacitadas? Si consideramos el contrato nulo (inexistente por falta de un requisito esencial), la consecuencia es que se puede causar un grave perjuicio a una persona aprovechando su discapacidad. Por ello hay sentencias, como la presente, que indican que, ante la ausencia de un procedimiento específico se acude al más similar que se asimile a su situación, la del incapacitado judicialmente. Falta por citar la analogía¹², que planea en el ambiente. Fijémonos en que es el mismo procedimiento que para los menores.

Y ¿qué ocurriría con la legislación actual?

Ha cambiado el 1263, ya no hay prohibición para contratar a las personas con discapacidad.

El artículo 1301, para el cómputo del plazo de cuatro años, separa en puntos distintos a los menores (que conservan la prohibición de contratar) de las personas con discapacidad (que se han liberado de la prohibición del 1263): “4.º Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato.”

En el 1302.3 distingue entre personas con medidas de apoyo sin utilizarlas “Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, pueden ser anuladas por ellas ...”, y determina quién está legitimado para solicitarla: ellas mismas, sus herederos o sus gestores de apoyos.

Quedan separados del punto 4, “Los contratantes no podrán alegar la minoría de edad ni la falta de apoyo de aquel con el que contrataron; ...” Pese a haberlas legitimado en el punto anterior, ahora para referirse a otras personas a las que expresamente deslegitima. Y es apreciable la diferente redacción de los afectados, “personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo” frente

¹² Artículo 4. 1, redacción de 1974. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón...



Fundación Aequis. Sección jurídica.

a “*la falta de apoyo*”. No se indica que lo haya y no se haya utilizado, que también, sino que se refiere a que no lo haya. Corresponderá a su contratante soportar la prohibición, si la necesidad de apoyo es apreciable o conocida por él, de intentar anularlo. Que sería, con la legislación actual, aplicable al presente supuesto.

Ir al [índice](#)

Sentencia de [24 de enero de 2024](#) (ECLI:ES:TS:2024:241), sobre nulidad matrimonial por vicio de consentimiento. Vuelve a plantearse la duda de si estamos ante un supuesto de falta de consentimiento (1261 CC) o vicio de la voluntad (1301 CC), con su consiguiente plazo de cuatro años en este último caso. Pero hay requisitos de capacidad específicos en el matrimonio y el testamento.

Conviene revisar la línea temporal:

Se alega un deterioro cognitivo del Sr. V, desde 2006. Hay diagnóstico de Alzheimer desde 2011.

El 19 de noviembre de 2013 los hijos interponen demanda de modificación de capacidad de V. Se pide que se nombre tutor a un hijo. El mismo día, el Sr. V y la Sra. J otorgan capitulaciones matrimoniales. El 7 de febrero de 2014 V y J contraen matrimonio.

El 12 de febrero de 2014 el Sr. V otorga testamento, dejando la legítima a sus hijos y nombrando heredera a su esposa. Es de ver que el 25 de junio de 2015 se modifica la legítima vasca, aplicable en este caso, que se reduce a un tercio.

El 5 diciembre de 2014 se modifica la capacidad del Sr. V de forma completa; se nombra tutora a la esposa.

El 15 de enero de 2015 se interpone demanda de nulidad del matrimonio, Alegaban los demandantes que en el momento de contraer matrimonio su padre carecía de capacidad para prestar consentimiento matrimonial, por lo que el matrimonio era nulo conforme a los arts. 45 y 73 CC, que declaran nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

El 10 de julio de 2017 fallece el Sr. V.

El 4 de septiembre de 2019 (previa demanda de fecha 12 de diciembre de 2017) se declara la nulidad del testamento otorgado el 12 de febrero de 2014 por falta

de capacidad del otorgante y se declara válido y subsistente un testamento anterior otorgado por el Sr. V por el que instituía herederos a partes iguales a sus hijos. La Audiencia lo confirma y deviene firme.

El 15 de junio de 2021 un hijo presenta demanda de nulidad matrimonial frente a la Sra. J. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimatoria de la demanda y declara la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial. Del peritaje médico practicado en fechas muy recientes y de la testifical de dos vecinos, conocidos desde años, y del agente que tuvo que intervenir para llevarle a practicar el examen médico, se dedujo que, en el momento de contraer matrimonio, no estaba en condiciones de prestar un consentimiento válido para ello, no comprendía el alcance y trascendencia del acto, por lo que no hubo consentimiento, ni tampoco se le prestó apoyo en ese momento.

La Audiencia, el 8 de septiembre de 2022, considera aplicables los artículos 1301 y 1302.3 del Código y, por el transcurso de los plazos, anula la sentencia. Aprecia un vicio de error en el consentimiento (1266 CC) y establece que “no estamos por tanto ante una ausencia de consentimiento, pues [el Sr. V] prestó su consentimiento en pleno ejercicio de su (sic) capacidades, y de forma libre y voluntaria.” Al haberse presentado la demanda siete años después, la acción estaba caducada.

Los motivos del recurso al Supremo son dos:

El primero denuncia la aplicación incorrecta de los artículos 1301 y 73¹³ CC. A diferencia de lo indicado respecto de los contratos, y comentado en la sentencia de 3 de octubre de 2022, “En atención a la peculiar naturaleza del matrimonio, la regulación de la nulidad matrimonial cuenta con un régimen específico diferente del previsto legalmente y desarrollado jurisprudencialmente para los contratos. El art. 45 CC establece que “*no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*” y, de manera coherente con esta exigencia, la primera causa de nulidad del matrimonio prevista en el art. 73.1 CC es la falta de consentimiento matrimonial. Así, conforme al art. 73.1 CC, es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración, “*el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial*”. El art. 73 CC no prevé la caducidad de la acción de nulidad matrimonial. Además, en sede de nulidad matrimonial, el Código civil solo establece la posibilidad de que el matrimonio quede convalidado en los casos de los arts. 75 y 76 CC.”

¹³ Artículo 73.

Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración:

1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial. ...

4.º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.



Fundación Aequitas. Sección jurídica.

Respecto a las personas legitimadas, segundo aspecto del régimen de anulabilidad de los contratos, “conforme al art. 74 CC: *“La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes”*”, que no son del caso.

Con referencia a la legislación del momento del matrimonio, después de analizar el nuevo régimen de apoyos derivado de la Convención, dictamina que “el juzgado no declaró la nulidad del matrimonio por el hecho de existir una sentencia de modificación judicial de la capacidad ni tampoco por el “mero hecho” de que el Sr. V padeciera Alzheimer, sino porque a la vista de toda la prueba practicada llegó a la conclusión de que había quedado acreditado que la enfermedad le afectaba de tal manera que no pudo emitir un válido consentimiento matrimonial.”

Por ello estima el recurso y no entra a valor el segundo motivo: “El motivo segundo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 1261 CC. En su desarrollo argumenta que por sentencia firme se declaró la nulidad del testamento otorgado por el Sr. V el 12 de febrero de 2014 por falta de consentimiento, y que la misma conclusión de nulidad debe apreciarse en el matrimonio.”

Sigue un pormenorizado análisis de las pruebas en las que el juzgado de instancia fundamentó su sentencia, que queda ratificada.

Ir al [índice](#)

La siguiente se refiere a actos realizados por un representante legal, en perjuicio de su representado, su hijo bajo patria potestad prorrogada.

Sentencia de fecha [7 de octubre de 2024](#) (ECLI:ES:TS:2024:4793), en la que se atiende la demanda de anulación de determinados actos económicos realizados sin aplicación de las medidas previstas. Una persona, incapacitada el 17 de noviembre de 2009 con rehabilitación de la patria potestad, reclama a un banco y a una sociedad el reintegro de unas cantidades transferidas. En todo el proceso (los hechos contra los que se reclama y la reclamación) ha actuado representada por los padres, que también en tal representación habían realizado los actos cuya anulación reclaman. En primera instancia se desestima en cuanto al banco y se estima en cuanto a la sociedad (juzgada en rebeldía) sentencia de 9 de noviembre de 2020.

La Audiencia, el 31 de julio de 2021 (no estaba en vigor la ley 8/2021) desestima el recurso.

Apelada en casación, se desgrana la situación. El padre es representante legal de su hijo, y socio y administrador de la sociedad demandada. Esta entra en crisis económica; se produce una refinanciación, y se ofrecen en garantía depósitos propiedad del incapacitado. Entre 2008 y 2012 se traspasan fondos a la cuenta de la sociedad (directamente o a través de transferencias a la del padre/administrador), que se destinan al pago de préstamos de aquella. El demandante presenta demanda en la que pide “alternativamente, la nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución de las transferencias de efectivo desde las cuentas del hijo...”.

Los motivos del recurso son: Primero, infracción del art. 166.I CC, en relación con el art. 3.1 CC y con el art. 12.3 de la Convención. Sin embargo, a pesar de su alegación, no serían aplicables las normas de la tutela sino “las de la patria potestad, que no incluyen las transferencias, el recurso de casación denuncia la infracción del art. 166 CC, argumentando sobre la necesidad de autorización judicial para los actos a título gratuito, para las renunciaciones de derechos o, en general, en una especie de aplicación analógica a todos los supuestos en los que los padres puedan llevar a cabo actos de disposición que resulten perjudiciales para el hijo. ... la responsabilidad del Banco demandado no es la falta de autorización judicial, que la sentencia recurrida, confirmando la del juzgado, considera que no era necesaria.”

Segundo: falta de consentimiento de la madre; la sentencia no tiene en cuenta que los padres tenían separación de bienes y que la madre no aparece como autorizada en las cuentas del hijo, ni consta que la entidad le informara sobre las importantes disposiciones del dinero del hijo, sin que por otra parte el silencio pueda ser relevante como consentimiento. Añade que se ha producido una falta de diligencia por parte de la entidad por no realizar las comprobaciones pertinentes. Indica el Supremo que este motivo incurre en causa de inadmisión que da lugar a su desestimación, pues no respeta los hechos declarados probados por la sentencia acerca del conocimiento que tenía la madre de los actos de disposición del dinero (el juzgado había considerado “que la madre había prestado su consentimiento tácito a las disposiciones que el padre había ordenado del dinero de su hijo”).

Tercero: infracción de los arts. 1758, 1766, 1091, 1094, 1106, 1108 y 1124 CC, y arts. 306 y 307 del Código de comercio, por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el incumplimiento de la obligación de custodia de fondos por parte de las entidades financieras. El banco conocía la situación de incapacitación total de XXX, la existencia del conflicto de intereses entre XXX y los intereses de las empresas del padre, así como el destino de los fondos (amortizar préstamos del propio Banco), realizando estas operaciones muchas veces en unidad de acto.

Analizando la situación y las facultades de los padres en representación de los hijos, “en el art. 166 CC se exige la concurrencia de causa justificada de utilidad y necesidad para los actos de disposición de bienes y derechos de los hijos para los que los padres, aun ostentando la representación legal, precisen la autorización judicial.”



Fundación Aequitas. Sección jurídica.

En este motivo “no se ejercita en nombre del hijo una acción de pago inválido frente a un tercer acreedor ajeno a la titularidad del dinero, cuyo éxito, de haber sido la acción ejercida no prejuzgamos, sino una acción de responsabilidad por negligente cumplimiento de las obligaciones de custodia del banco, sobre la que debemos pronunciarnos. Así resulta de lo alegado en la demanda como fundamentación alternativa de la pretensión ejercitada, de lo reiterado en el recurso de apelación y ahora en el motivo tercero del recurso de casación. ... el Banco conoció que el dinero con el que [el padre y administrador de la sociedad] directamente o a través de [la sociedad], cancelaba parcialmente sus deudas, procedía de las cuentas de XXX ... era conocedor de que se estaban utilizando recursos económicos de XXX para atender operaciones mercantiles a las que era completamente ajeno.”

Y añade: “Aunque en el momento de los hechos no estaba en vigor la Ley 8/2021, sí lo estaba la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España por Instrumento de 23 de noviembre de 2007, y en vigor desde el 3 de mayo de 2008. En su art. 12.5, la Convención de Nueva York ordena: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria. ...” En este contexto, incumbe a la entidad financiera en que se encuentra depositado el dinero de personas vulnerables, como son las personas con discapacidad, una especial diligencia para detectar fraudes y abusos, también de los representantes legales, con la consiguiente responsabilidad cuando no solo no los impide sino que incluso ella misma, conociendo el origen del dinero, admite a su favor el pago de deudas de terceros”.

No obstante, declarada la obligación de restituir por parte del banco, “la acción no es subsidiaria de otras eventuales responsabilidades, como la que apunta la sentencia recurrible que sería exigible frente a los titulares de la patria potestad prorrogada. Tampoco es subsidiaria de las que pudieran corresponder a la entidad contra quien considere oportuno.”

Y, por último, indica que el juzgado que “declaró la incapacidad de XXX y prorrogó la patria potestad de los padres (o el que sea competente en la actualidad), deberá adoptar las medidas oportunas de conformidad con lo dispuesto en la Ley 8/2021, de 2 de junio, para evitar el riesgo de nuevas actuaciones de administración abusiva.”

Ir al [índice](#)

Nulidad de testamentos por personas con discapacidad.

La sentencia de [3 de febrero de 2023](#) (ECLI:ES:TS:2023:816) se ocupó de un testamento, otorgado antes de la ley 8/2021, en el faltaba la concurrencia de un facultativo. Recordemos que el artículo 665 exigía la presencia de dos en los casos en que una modificación de capacidad o incapacitación no indicara nada acerca de la posibilidad de otorgarlo. Al igual que se ha visto en relación con el matrimonio, los testamentos tienen su propia regulación en relación con los requisitos formales¹⁴, entre los cuales se incluye la presencia de facultativos, en su caso.

La testadora había sido incapacitada el 3 de noviembre 2019 en el orden patrimonial. El 22 de enero de 2014 se emite un informe (por una catedrática en neuropsicología y rehabilitación, que la exploró) en el que se “concluye que [la testadora] posee unas capacidades mentales normales, sin apreciarse síntomas de enfermedad esquizofrénica.” A continuación, el 14 de febrero de 2014, otro médico (especialista en Medicina Legal y Forense, que también la explora) emite informe en el que “En el momento actual no presenta alteraciones cognoscitivas, manteniendo las funciones cognoscitivas superiores conservadas. iii) La paciente reconoce el dinero, posee un correcto razonamiento abstracto, correcta memoria ... Es por lo cual estimo que mantiene su conciencia reflexiva y discriminativa ... sin que exista ninguna patología que le impida gobernar su persona. iv) En el momento actual considero que conserva la capacidad de testar y/o otorgar poderes a quien estime oportunos”. El 14 de marzo siguiente otorga testamento en compañía de este último médico, “en su calidad de médico forense y a los solos efectos de apreciar y certificar, como así hace, la capacidad para este acto de [la testadora]”

La testadora fallece el 15 de mayo de 2016, y después se presentan demandas de nulidad que de acumulan, por incumplimiento de los requisitos formales. Se acompaña un informe de un tercer facultativo “que concluye que [la testadora] carecía, antes de otorgar testamento, de una capacidad intelectual, cognitiva y volitiva, así como de obrar o actuar suficientes para otorgar, con pleno conocimiento, el testamento de 14 de marzo de 2014, al no estar en plena posesión de sus facultades mentales. En dicho informe consta que se emite sobre la base de la documentación que

¹⁴ Artículo 687. Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.

Artículo 665. (redacción de 1991) Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.



Fundación Aequitas. Sección jurídica.

relaciona, sin haber explorado nunca” a la testadora, y se indica que no había medicación que permitiera intervalos lúcidos. En primera instancia se desestima, sentencia de 22 de febrero de 2018.

En segunda instancia, de 13 de diciembre de 2018, se revisan los dictámenes. La primera médico indica de, de haberle preguntado, habría certificado la capacidad para testar; el segundo (su médico de familia), que tenía “un deterioro cognitivo leve”, y el tercero, en contra, que “informe elaborado por el perito propuesto por los actores se funda en el examen de la documentación facilitada, sin que en ella constaran antecedentes de tratamiento de esquizofrenia desde 1999, y manifiesta su autor que no reconoció a” la testadora.

La Audiencia entiende que tenía capacidad para hacer testamento. En cuanto al incumplimiento del artículo 665, cita la Convención de Nueva York, que “supone un cambio radical en el tratamiento de la discapacidad, ya advertido por la sentencia de esta Sala 1^a del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. ... si bien no da cumplimiento con todo el rigor que exige el art. 687 del Código Civil, esta irregularidad formal en atención a todo lo expuesto no puede llevar a la declaración de nulidad solicitada.” Y se rechaza el recurso.

Se recurre al Tribunal Supremo. Indica que hay jurisprudencia en sentido contrario y otra favorable sobre la exigibilidad de los requisitos formales (todas anteriores a la Convención). Del mismo modo en las audiencias provinciales.

El Tribunal repasa las sentencias que decretan la nulidad por incumplimiento de determinados requisitos formales (todos ellos esenciales para la perfección del testamento). Continúa indicando que “No obstante, la jurisprudencia, en atención a las circunstancias del caso, fue progresivamente dispensando un tratamiento flexible a los defectos formales en que se incurrió al tiempo del otorgamiento, con la finalidad no anular, en todo caso, a los mismos la consecuencia jurídica de la nulidad del testamento.” Sigue con otras en este sentido, desde una de 1896, no utilización de fórmulas sacramentales en el juicio de capacidad; 1901, respeto a los actos propios; 1951, previa conformidad del recurrente; 1998, no manifestación por los testigos de la capacidad del testador; 2008, no expresión de conocimiento del testador por dos testigos; 2013, falta de expresión explícita de la capacidad del testador; 2015, similar a la anterior; 2016, participación como testigo de la pareja sentimental del heredero, y también de 2009, favor testamenti, elemento que desarrolla.

Culmina el Supremo: “En suma, como afirma la sentencia 170/2012, de 20 de marzo, “la declaración de nulidad de un testamento no puede ser exageradamente formalista, para no dañar el principio de la suprema soberanía de la voluntad del causante”” Incide a continuación en la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento a la Convención, y desestima el recurso.

Ir al [índice](#)

La siguiente sentencia examinada es de fecha [10 de diciembre de 2024](#) (ECLI:ES:TS:2024:6182), en la que se trata de la extensión de la necesidad de intervención de dos facultativos (redacción del 665 anterior a la Ley 8/2021) a las medidas cautelares.

El 3 de febrero de 2011 se establecen, como medidas cautelares, la privación a la misma de toda facultad de administración y disposición de sus bienes y derechos. El testamento es de fecha 11 de noviembre de 2011, en el que instituye herederas a sus dos hijas. El 13 de mayo se establece la modificación de la capacidad de la testadora, como restricción parcial, “en el sentido de quedar privado de toda facultad para realizar actos de administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses patrimoniales”, con tutela respecto del ámbito patrimonial. Casi un año después, el 31 de marzo de 2012, vuelve a hacer testamento en el que instituye heredera a una de sus hijas.

La sentencia de primera instancia anula el segundo testamento y su partición posterior. En un segundo procedimiento, se trata de la nulidad del primero, “porque unos días antes se había acordado una medida cautelar que le privaba de capacidad para la administración y disposición patrimonial, y el notario, que no fue informado al respecto, tampoco recabó el reconocimiento e informe favorable de dos facultativos.” También se anula este testamento, aplicando la similitud de requisitos a la medida cautelar y a la sentencia de modificación de capacidad: necesidad de dos facultativos. Se disponía de dictámenes de dos peritos que, a fecha de 4 de febrero de 2011, indicaron que “que su nivel de deterioro no era incompatible con la adopción de decisiones como la de otorgar testamento; punto de vista pericial que es respetable aunque contradiga el dictamen forense que llevó a la medida cautelar y a la sentencia de incapacidad parcial, pero que en ningún caso, tales periciales pueden convertir en papel mojado la prohibición de disponer judicialmente decretada con carácter cautelar.” Es decir, no es una cuestión de falta de capacidad, sino de incumplimiento de unos requisitos que se aplican a la medida cautelar, por analogía. Se hacen también unas reflexiones exculpatórias de cualquier reproche a la actuación del notario, no informado de la situación.

En segunda instancia, 23 de septiembre de 2019, se desestima la apelación. Incide en la aplicación de la exigencia de dos facultativos, único aspecto que se discute: “la Audiencia razona por qué también resultaba de aplicación cuando previamente se había adoptado una medida cautelar que afectaba a la capacidad de disponer de una persona con discapacidad



Fundación Aequis. Sección jurídica.

El Tribunal Supremo analiza esta cuestión, única objeto de discusión. Indica que “Si el testamento hubiera sido posterior a la sentencia de incapacitación, como ocurrió con el testamento de 30 de marzo de 2012, operaría, sin ninguna duda, la exigencia contenida en el art. 665 CC de que el juicio de capacidad del notario viniera precedido o acompañado del parecer de dos facultativos favorable a que la testadora estuviera en ese momento en condiciones de testar ... La sanción de nulidad que lleva consigo la mera infracción impide esa interpretación extensiva, sin perjuicio de que lo actuado en el procedimiento de medidas pueda ser empleado como medio de prueba para contradecir el juicio de capacidad realizado por el notario.”

Pasa a examinar la cuestión principal en el testamento, la capacidad para hacerlo y su posible impedimento, la restricción a sus facultades dispositivas. “El juicio de capacidad que subyace a la adopción de esas medidas se refiere a la realización de actos de administración y disposición patrimonial inter vivos, sin que pueda establecerse una estricta equiparación entre la capacidad de disponer inter vivos y mortis causa. Aunque en ambos casos existe un presupuesto común, un mínimo de conciencia y conocimiento de lo que se hace, para testar lo esencial es saber y querer dejar, total o parcialmente, sus bienes y derechos a una o varias personas; esto es, querer que una o varias personas concretas le sucedan de forma universal, o reciban un determinado bien o derecho. No es tan necesario tener un conocimiento del valor de los bienes o derechos que se dispone, ni el resto de aptitudes esenciales o necesarias para negociar o disponer en vida, que comprenden también la representación de sus consecuencias. En la medida que se dispone de los bienes y derechos para después de su muerte, lo esencial es conocer y querer que sea alguien quien le suceda en todo su patrimonio o en unos bienes o derechos concretos. ... Si en un caso como este, una persona privada cautelarmente de la facultad de disponer, en el curso de un procedimiento de incapacitación, si se admite que pueda otorgar válidamente testamento no es sólo por la eventualidad de que en ese momento gozara de un intervalo lúcido, sino también porque podría ser que en ese momento careciera de capacidad para disponer inter vivos, pero no mortis causa. Lo anterior nos lleva a concluir que, por una parte, no operaba la exigencia del art. 665 CC cuando se otorgó el testamento impugnado, al ser anterior a la sentencia de incapacitación, sin que el auto de medidas cautelares sea equiparable a estos efectos, y por ello la falta del parecer favorable de dos facultativos no conlleva la nulidad del testamento. Y, por otra parte, hay que entrar a juzgar si existe prueba suficiente que contradiga el juicio de capacidad realizado por el notario al tiempo de autorizar el testamento.”

Examinando los informes forenses próximos a la fecha del testamento y la situación vital de la testadora, que “no permiten apreciar acreditada la falta de capacidad para testar de XXX al tiempo de otorgar el testamento de 11 (sic) de mayo de 2011 que contradiga el juicio de capacidad realizado por el notario.” Y se admite el recurso.

No queda sino recalcar que la actual redacción del artículo 665 no ha hecho sino centrar la posibilidad de testar en el juicio de capacidad del notario, además de introducir la competencia de utilizar herramientas de accesibilidad cognitiva para conformarla.

Ir al [índice](#)

**Uso de la vivienda familiar.**

La ley 8/2021 también modificó el artículo 96.1 del Código Civil para tratar la situación en que se encontraban los hijos con discapacidad en las situaciones de crisis matrimonial. La norma anterior, de 1981, trataba de los hijos menores, mientras lo fueran. Esto ocasionó una jurisprudencia que había que amoldar a estas nuevas personas afectadas en su necesidad de vivienda. Téngase en cuenta que, según la disposición cuarta del Código, también modificada, *“La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, ..., se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, ..., y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III ...”*, y no a las que precisen ayuda para el ejercicio de sus derechos, como ocurre en las normas referentes a medidas de apoyo y otras de la legislación civil.

Sentencia de [29 de mayo de 2021](#) (ECLI:ES:TS:2024:3298).

La situación previa a la demanda era la siguiente: divorcio el 10 de marzo de 2014, con atribución del uso de la vivienda conyugal (ganancial) a la esposa, con quien iba a convivir un hijo declarado incapaz (no se comentarán las circunstancias referentes a la pensión fijada). En la liquidación de gananciales se atribuyó la vivienda al 50 por ciento a cada uno. Posteriormente (aunque no consta la fecha, antes de la ley 8/2021), se interpuso demanda para extinguir el uso y poder proceder a la venta de la vivienda.

En primera instancia, 27 de octubre de 2021. Se decretó la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar ... a D.ª XXX y al hijo común, que quedará extinguido en el plazo de 2 años a contar desde la fecha de la sentencia, esto es, a partir del 27 de octubre de 2021. También se aumentaba la pensión de alimentos al hijo.

Segunda instancia, 15 de febrero de 2023. Se atiende a que “la decisión no puede fundarse en la posible situación económica de los progenitores, sino en la determinación de si la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar resulta ser una medida que vela y protege el interés más necesitado de protección, el de [hijo con discapacidad], pues solo en ese caso quedaría justificado que el discapaz quedara privado del uso de la vivienda. No habiéndose acreditado tal extremo, no cabe más que mantener la medida que fue acordada en la sentencia de divorcio ... revocamos dicha resolución, que se deja sin efecto alguno, y en su lugar, se desestima totalmente la demanda formulada por la representación procesal del Sr. XXX”.

Se interpone recurso de casación por infracción de los artículos 96.1 y 142 (referente a alimentos), que se tratan conjuntamente. Se alegan tres sentencias del

año 2017. El Tribunal Supremo hace un análisis acerca de la atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia, formada en relación con los hijos menores de edad. Llega a la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2023, de 6 de marzo, en la que se indicaba la doctrina anterior a la reforma, que “La prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor, tenga la edad que tenga, está desvinculada del derecho a continuar usando la vivienda familiar, pues sus necesidades básicas se satisfacen mediante el derecho de alimentos entre parientes. ... En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1 sino del párrafo 3 del artículo 96 CC¹⁵” (sentencia de 11 de noviembre de 2013)” Vemos que en la redacción de 1981 no hay referencia a la menor edad de los hijos, de ahí los desarrollos jurisprudenciales al respecto.

Continúa el Supremo, y siempre dentro del campo de la minoría de edad, indicando que “Actualmente, tal cuestión ha quedado zanjada por la nueva redacción del art. 96.1 CC, dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en cuyo primer inciso se dispone que: *“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad.”*”

En relación con los hijos con discapacidad, analiza las sentencias del año 2017. Así, la número 31/2017 de 431 de enero acometía el problema, vinculándolo con el artículo 12 de la Convención:

“El problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad. ... Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente

¹⁵ Artículo 96. (redacción de 1981)

(párrafo 1) En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

(párrafo 3) No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudentemente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.



Fundación Aequitas. Sección jurídica.

modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente... Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias”

De todo esto deduce el Supremo que, antes de la ley 8/2021, “En definitiva, con ello se pretende conciliar los intereses concurrentes de los menores, terceros, discapacitados y cónyuge más necesitado de protección, con los derechos dominicales sobre la vivienda familiar,”

Y pasa a analizar la situación tras la reforma, esta vez en relación con los hijos con discapacidad. Si son menores de edad, hemos visto que el nuevo artículo 96,1 reconocía como plazo para la atribución del uso el de la mayoría de edad. Y, en el mismo, añade: “Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.” Se mantiene el carácter temporal, pero se fijará según las necesidades de esa vivienda del hijo (no según la prevista duración de su discapacidad).

Y se añaden dos puntos más al 96.1: “A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.”

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.”

Es decir, la protección (temporal) del párrafo primero a los hijos menores con discapacidad se aplica a los mayores. Y, cumplido el plazo previsto, se aplican las normas de los alimentos entre parientes.¹⁶

¹⁶ Veamos cómo lo explica el Supremo en su sentencia:

“(i) Se refiere a los hijos **comunes** del matrimonio.

(ii) Precisa que la atribución de la vivienda a favor de los hijos **menores** de edad, lo es hasta que alcanzan la mayoría de edad, en cuyo caso dicha asignación queda sin efecto.

(iii) Se mantiene que la adjudicación del uso de la vivienda familiar es **temporal**.

(iv) Se fija una regulación específica para el supuesto de que, entre los hijos comunes, ya sean estos menores o mayores de edad, hubiera alguno que se hallase en situación de **discapacidad**. En tal caso,

Sigue analizando los pormenores del caso, destino de la vivienda, situación económica de los litigantes, estima la demanda; fija el destino de la vivienda en su venta (propuesto en la demanda) y, en cuanto a la duración del uso, que faltaba en la sentencia de instancia, “deberá ser abandonada por la demandada e hijo con 15 días de antelación a la fecha designada para su subasta, o, en su caso, de la fecha fijada para su venta por medio de notario o en documento privado.”

Ir al [índice](#)

Sentencia de [12 de diciembre de 2024](#) (ECLI:ES:TS:2024:6246).

En primera instancia, con sentencia de 5 de mayo de 2022, se regulan con detalle los aspectos relativos a un divorcio, y, en particular, “Se atribuye el uso del domicilio familiar sito en ... a la madre y su hijo, hasta que éste cumpla 18 años”, con una pensión por alimentos a cargo del padre.

Tras el correspondiente recurso, la Audiencia, en sentencia de 28 de abril de 2023, ratifica la recurrida. Ni en la de instancia ni en esta se hace mención a una discapacidad que se prolongaría después de la mayor edad. No obstante, la demanda de divorcio se había presentado en 2019, antes de la reforma que incluye a los mayores con discapacidad en el artículo 96 del Código Civil. De ahí, probablemente, a que no se prestara mucha atención a esta circunstancia.

Ambas partes recurren en casación. La madre alega, en lo que nos ocupa, “la limitación del establecimiento de la pensión de alimentos al menor discapacitado hasta que alcance la mayoría de edad, y la limitación de la adjudicación del uso de la vivienda familiar a que alcance la mayoría de edad, que serán expuestos por separado, tratando en este primer motivo, la vulneración de la jurisprudencia emanada de [varias sentencias], en relación con la limitación temporal de dicha pensión de alimentos a los 18 años al menor. La situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle, y deberán equipararse a los que entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y carezca de recursos”.

cabe fijar un uso adicional de la vivienda familiar, de manera tal que no operase la automaticidad de las consecuencias jurídicas de la mayoría de edad.

(v) Una vez **extinguido el plazo** atributivo del uso, las necesidades del hijo discapacitado, que carezca de independencia económica, deberán ser cubiertas mediante el régimen jurídico de la **prestación alimenticia**.”



Fundación AeQUITAS. Sección jurídica.

El Ministerio fiscal solicitó que “el uso de la vivienda, una vez alcanzada la mayoría de edad del menor, se prorrogue por un plazo de tres años más [art 96 CC], lo que conllevará que la pensión de alimentos continúe por el mismo plazo, debiendo extinguirse una vez cumplido el término, porque entendemos que habrá de proceder a recalcularse su importe al precisar una nueva vivienda y en función de las ayudas públicas que reciba en ese momento.” (La madre disponía, desde el inicio, de una vivienda propia, habiendo reseñado que la común estaba adaptada para el hijo).

Dejando un lado el recurso por infracción procesal, nos centramos en el de casación, referente a la vivienda y a la pensión. Respecto a esta última, recuerda la doctrina que indica que no se extingue la obligación de alimentos por la mayor edad, sino que depende de las necesidades del hijo.

En cuanto a la vivienda, se impugna que el uso de la vivienda familiar se atribuya hasta que el hijo de los litigantes, que sufre una importante discapacidad, alcance la mayoría de edad. Indica el Tribunal que el tema se ha abordado en la sentencia [757/2024, de 29 de mayo](#), de la que cita el análisis de la sentencia 31/2017, de 19 de enero (sin que hubiera la mención a la persona con discapacidad en el artículo 96) “El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial. ... Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. ... En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores. ... la interpretación del art. 96 del CC no se concilia con una adjudicación temporalmente ilimitada del uso de la vivienda familiar”.

Siguiendo con la sentencia de 29 de mayo, en relación con la legislación tras la ley 8/2021, reproduce lo que se ha transcrito al comentar esta sentencia, lo que merece las mismas observaciones. Por ello el Supremo, siguiendo al Ministerio Fiscal, resuelve que “Por todo ello, fijamos un uso prudente de la vivienda familiar de tres años adicionales a contar desde la mayoría de edad del hijo de los litigantes, sin perjuicio de que, antes de vencer el mismo, se pueda interesar la fijación, en su caso, de un incremento de la pensión alimentos en función de dicha extinción de uso temporal para cubrir las necesidades de habitación del hijo.”

Ir al [índice](#)

Procedimiento judicial en la discapacidad.

Práctica de pruebas.

Sentencia de [21 de diciembre de 2021](#) (ECLI:ES:TS:2021:4879)

Todo el procedimiento se realizó bajo la vigencia de la ley anterior, de modo que se trataba sobre tutela y curatela, pero se tuvieron en cuenta criterios de la Convención y otros, los que realmente se estudiaron por el Tribunal Supremo, desarrollados en la Constitución.

En cuanto a los hechos y su línea temporal, se produce un accidente cerebrovascular que deja secuelas que provocarán la adopción de medidas de apoyo. La sentencia de primera instancia, de fecha 24 de octubre de 2018, a solicitud de la esposa del afectado, establece una mera supervisión para determinadas actividades más complejas. Igualmente, la sentencia manifestaba que, dadas las malas relaciones y falta de convivencia con su mujer, era contrario a que ésta fuera designada para el ejercicio de tal función, para la que propuso a su hija y, posteriormente, por manifestación de su representación jurídica, a D. XXX, con el que le une una relación de amistad y afectividad. En concreto, designa “como figura de apoyo y curador, a D. XXX quien deberá asistir y aconsejar al demandado en los actos relativos a la enajenación o gravamen de inmuebles, establecimientos mercantiles e industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios etc., sin que fuera preciso que solicite las autorizaciones previstas en el art. 271 CC.” Es decir, un curador conforme a la legislación entonces vigente, con términos que hoy nos son familiares: asistir y aconsejar.

La Audiencia, en sentencia de 3 de noviembre de 2020, en la que, “tras oír al demandado, recabar un nuevo informe médico forense, así como razonar que la apelación, en estos casos, pierde su originaria naturaleza para convertirse en una segunda instancia...”, resuelve, en base a este informe, “declarar la incapacitación total del demandado Sr. XXX y el nombramiento como tutor al A.M.T.A. pues es organismo preparado, técnico, profesional y objetivo y ello frente a la Sra. YYY (abogada) que aún sigue casada con el demandado ... ; y con el que se lleva mal o regular actualmente; y ello frente a la hija doña ZZZ; que se lleva mal o regular con su madre; y parece ser, aún en formación.” La representación del demandado había presentado solicitud de que se citara al médico forense al acto de la vista, para que pudiera responder a las preguntas y aclaraciones que se suscitasen, al tiempo que formuló petición de que se admitiera una prueba pericial de dos peritos neurólogos. Ambas solicitudes fueron denegadas. Días después presentaron un dictamen actualizado, que les fue devuelto.

Se interpuso por el demandado recurso extraordinario por infracción procesal y casación, los cuales fueron apoyados por el Ministerio Fiscal. El primero alega la infracción del artículo 24.1 de la Constitución, sobre tutela judicial efectiva, el 24.2,



Fundación Aequitas. Sección jurídica.

sobre admisión de medios de prueba. En consecuencia, el Tribunal hace un análisis de las sentencias del Constitucional en esta materia, y a continuación de la doctrina de esta sala, de donde se deduce que se deben dar los siguientes requisitos para la admisión de pruebas:

Pertinencia. No se ampara “llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el thema decidendi”.

Diligencia. “que la parte legitimada haya solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento”.

Relevancia. “La necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente.”

Examina la aplicación de los tres criterios anteriores al presente supuesto, a los que añade el de *indefensión* (“Existe indefensión, con relevancia constitucional, en los supuestos en los que el órgano judicial, normalmente con infracción de una norma procesal, impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, con privación o limitación, bien de su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias”).

Aprecia la concurrencia de todas las circunstancias anteriores en la denegación de las pruebas propuestas, le añade falta de motivación de la sentencia (motivo segundo de infracción procesal), y ordena la devolución a la Audiencia, que deberá practicarlas y dictar la sentencia procedente adaptada a la reforma del Código Civil, llevada a efecto por ley 8/2021, de 2 de junio (Disposición Transitoria 6ª). No entra a examinar el motivo de casación.

Igualmente examina la falta de motivación del hecho de prescindir de la voluntad del recurrente en orden al titular de sus medidas de apoyo. Analiza la doctrina anterior a la ley 8/2021 que ya exigía su respeto; hace referencia al respeto, en relación con la autoguarda, de las sentencias de 19 de octubre y 2 noviembre de 2021, comentadas en este trabajo, y solicita “motivar expresamente las razones por mor de las cuales se prescinde, en su caso, de la designación de curador interesada por el demandado y acordada por la sentencia de primera instancia, la cual, además, deberá adaptarse al régimen normativo establecido por la Ley 8/2021”.

Resuelto así, no entra en el examen del recurso de casación planteado, sobre preferencia de la curatela sobre la tutela (con la cita de la jurisprudencia que lo avala) y respeto a la voluntad del interesado en cuanto a la persona de su gestor de apoyos.

Ir al [índice](#)

Sentencia de [14 de marzo de 2022](#) (ECLI:ES:TS:2022:940).

Por parte del fiscal se demanda que, “teniendo como base la concreción de las habilidades conservadas”, se concrete la capacidad y medios de apoyo de una persona. Había quedado acreditado que D.ª XXX, de 87 años de edad, presentaba un diagnóstico compatible con deterioro cognitivo leve y un grado moderado de dependencia para las actividades básicas de la vida diaria. Se dicta sentencia en la que establece la incapacitación total 16 de octubre de 2020. De paso, se ratificó la medida cautelar adoptada relativa a autorización de ingreso involuntario en centro residencial de la tercera edad. Se nombra tutora a la entidad pública competente.

La apelación de la interesada es desestimada en sentencia de 18 de mayo de 2021 (hasta aquí, redacción anterior a la ley 8/2021). Se razonó en el recurso que procedía la institución de la curatela y no la de la tutela, por ser aquella la medida que mejor se ajustaba a la situación de la presunta incapaz a la vista de la prueba practicada, especialmente los informes forenses obrantes en autos. Se había producido una mejora en su estado; se había suprimido del informe inicial la conclusión cuarta según la cual “no reúne suficientes aptitudes ni para gobernar sus bienes ni su persona”, y se decía que vivía en compañía de su marido en la vivienda familiar. No se practicaron en la segunda instancia las pruebas preceptivas que prescribe el art. 759.3 de la LEC en la redacción anterior a 2021, aplicable en la sentencia de apelación: “... *el tribunal oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.*” Y, en su numeral tercero, se disponía: “*Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.*” Este último ha pasado a ser el 759.4 en la redacción actual.

Se presenta recurso de casación interesando la fijación de una curatela en vez de una tutela (no consta la fecha, pero aún según la clasificación antigua de las medi-



Fundación Aequis. Sección jurídica.

das de apoyo) que es admitido el 1 de diciembre de 2021 (legislación nueva, Disposición Transitoria 6ª, lo que reseña el Tribunal al admitirlo). Cabe reseñar que se han aumentado en el 759 LEC las pruebas a realizar.¹⁷

Tras analizar la jurisprudencia (anterior a la reforma), entiende el Supremo que la de la Audiencia “no dio cumplimiento a lo prevenido en el art. 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultando así infringida una norma esencial del procedimiento de incapacitación, lo que aboca a la nulidad de pleno derecho de la sentencia impugnada, solicitada por el Ministerio Fiscal, ...” En consecuencia, ordena su nulidad “reponiendo las actuaciones al momento anterior de señalamiento para deliberación y fallo para que se proceda a dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la mayor brevedad posible, y, una vez practicadas dichas pruebas, se dicte sentencia con adaptación al nuevo régimen jurídico de la ley 8/2021.”

Ir al [índice](#)

¹⁷ 759. 1. (2021) En los procesos sobre adopción de medidas de apoyo a las que se refiere este Capítulo, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el Tribunal practicará las siguientes:

- 1.º Se entrevistará con la persona con discapacidad.
- 2.º Dará audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos de la persona con discapacidad.
- 3.º Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal. Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

...

3. Cuando el nombramiento de curador no estuviera propuesto, sobre esta cuestión se oír a la persona con discapacidad, al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, a sus parientes más próximos y a las demás personas que el Tribunal considere oportuno, siendo también de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.
4. Si la sentencia que decida sobre las medidas de apoyo fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

BIBLIOGRAFÍA DISPONIBLE:

Inmaculada Vivas Tesón. [RIDJ nº 32](#), XII-2024.

Segismundo Royo-Villanueva en [El Notario del Siglo XXI, nº 102](#), IV-2022.