

LA NUEVA GUARDA DE HECHO COMO VERDADERA
INSTITUCIÓN DE APOYO

THE NEW FACTUAL GUARD AS A REAL SUPPORT INSTITUTION

Rev. Boliv. de Derecho N° 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 152-177



Esther ALBA
FERRÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: La guarda de hecho debe dejar de ser una mera situación fáctica de carácter provisional y convertirse en una verdadera institución jurídica de apoyo cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de las personas protegidas, como ya lo indica el Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Así la nueva guarda de hecho pasará a ser una guarda de derecho.

PALABRAS CLAVE: Guarda de hecho; personas con la capacidad modificada judicialmente; personas con discapacidad; menores.

ABSTRACT: *The fact-keeper must cease to be a mere factual situation of a provisional nature and become a true legal institution when it manifests itself as sufficient and adequate for the safeguarding of rights of protected people, as already indicated by the Preliminary Draft Law of 21 September 2018 reforming civil and procedural legislation on disability. So the new guard will actually become a lawkeeper.*

KEY WORDS: *Fact-keeper; persons with judicially modified capacity; persons with disabilities; minors.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA GUARDA DE HECHO COMO MERA SITUACIÓN FÁCTICA.- III. EL CÓDIGO CIVIL ANTE LA GUARDA DE HECHO: SU NECESARIA REFORMA.- IV. LA LEGISLACIÓN FORAL Y LA GUARDA DE HECHO.- V. LA GUARDA DE HECHO COMO VERDADERA INSTITUCIÓN DE APOYO.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Hoy en día la guarda de hecho sigue siendo una situación fáctica de carácter provisional que tiende a la protección de menores o personas con discapacidad. El verdadero obstáculo será determinar la existencia de esta realidad, lo que genera una gran inseguridad jurídica. Puede que ello justifique que nuestro Código civil (en adelante, CC) y la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) hayan regulado de manera escasa esta figura, siendo el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales los que pongan de manifiesto su relevancia y reclamen un mayor reconocimiento.

Además, la protección de los menores y la preocupación legal por la discapacidad ha evolucionado desde la promulgación de nuestro Código civil de 1889 hasta nuestros días. Ya la Constitución española (en adelante, CE) en su art. 39 se preocupa por la protección de la familia y en concreto, por la protección integral de los menores y la Ley Orgánica/1996, de 15 enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM)¹, recientemente actualizada, es un claro ejemplo de ello. Además la protección de la discapacidad deja de verse como un mero problema económico², y se atiende al mandato de nuestra Constitución, al establecer la necesidad de que se vean garantizados los derechos de las personas con discapacidad, especialmente el libre desarrollo de su personalidad, como la de cualquier otro ciudadano, debiendo estar especialmente amparados por los poderes públicos (art. 49 CE). Será también necesario adecuar la guarda de hecho a la Convención Internacional de los Derechos de Personas con Discapacidad (en

1 BOE núm. 15, de 7 enero 1996.

2 Véase en este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y CASTILLA DEL PINO, C.: *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Madrid, 1976.

• **Esther Alba Ferré**

Dra. Profesora de Derecho Civil, Universidad Europea de Madrid.
Correo electrónico: esther.alba@universidadeuropea.es

adelante, CDPD) de 13 de diciembre de 2006 para que vean salvaguardadas su igualdad y dignidad humana a través de esta figura³.

Frente al modo de actuar de nuestro Código Civil, que nos llevará a demandar una reforma legislativa, la legislación foral de nuestro ordenamiento cada vez tiende a una mayor regulación de la guarda de hecho.

Tras analizar con una visión crítica cómo nuestro Código civil regula la guarda de hecho, y en concreto, el art. 303 CC de nueva redacción por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia⁴, y teniendo en cuenta siempre la jurisprudencia de Tribunal Supremo, se comparará dicha regulación con la existente en la legislación foral para tomar de ella las cuestiones que se consideren más apropiadas y de necesaria incorporación en una futura reforma de la legislación común sobre la guarda de hecho que nos sirva para que esta figura se llegue a convertir en un claro sistema de protección y salvaguarda de los derechos de los menores o de las personas con discapacidad.

Si lo que queremos es un reconocimiento más amplio de una nueva guarda de hecho en nuestro ordenamiento jurídico para que esta realidad sea visualizada jurídicamente y centrándonos en las personas con discapacidad, podemos tomar como ejemplo las novedades que nos propone el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018⁵.

Inicialmente debemos conocer cuál es la regulación existente en nuestro Código Civil, para de esta forma poder proponer esa tan ansiada reforma que nos permita hablar de una nueva guarda de hecho, como verdadera institución jurídica de apoyo, lo que nos permita incluso calificarla de guarda de derecho.

II. LA GUARDA DE HECHO COMO MERA SITUACIÓN FÁCTICA.

La guarda de hecho ha sido entendida tradicionalmente como una situación fáctica en que una o varias personas, no jurídicamente obligadas, acogen en su domicilio y presentan asistencia sin nombramiento judicial a un menor desvalido o persona con discapacidad o incluso con capacidad modificada judicialmente

3 Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96 de 21 abril 2008).

4 BOE núm. 180, de 29 julio 2015.

5 Disponible en https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429192410?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL___por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF (fecha de consulta: 20 marzo 2020).

cuando el cargo tutelar no ejerce sus funciones adecuadamente o aún no ha sido nombrado.

Es una institución de protección privada que actúa como cierre de las demás y que en el caso de tener como destinatarios a personas ancianas, no exige desembocar en una incapacitación judicial⁶. Por ello, como indica LASARTE ÁLVAREZ la guarda de hecho es “un mecanismo protector de los más humildes económicamente”⁷ y de los más necesitados para poder interactuar en los actos de la vida cotidiana. Hoy en día esta figura se está extendiendo mucho por el desconocimiento social existente, por la desconfianza hacia las formalidades legales o por el miedo a las costas del procedimiento, lo que hace necesario que el legislador le preste la atención adecuada.

La compleja constatación de la guarda de hecho dificulta su efectividad y crea inseguridad jurídica. Incluso la intervención del guardador de hecho en el tráfico jurídico puede verse restringida ante las personas con discapacidad que no han visto modificada judicialmente su capacidad. Ante la falta de ella, evidente de los discapacitados, los Notarios no tienen más remedio que negar la posibilidad de otorgamiento del negocio jurídico pretendido, remitiéndolo a un momento posterior relacionado con la incapacitación, o bien admitir la actuación negocial del guardador de hecho. Sin embargo, LEÑA FERNÁNDEZ reconoce que en relación con la opción de dar validez a los actos del guardador “... son escasísimas las veces que los Notarios y, en general, los profesionales del Derecho, accedemos a la utilización de esta última posibilidad dada la inseguridad jurídica en que se desenvuelve esta figura”⁸.

Eso nos lleva a buscar mecanismos que permitan acreditar su existencia y amparar al guardador en su función aun cuando no tenga facultades administrativas o representativas de la persona guardada. Podemos constatar esta realidad a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, amparándonos en el art. 158 CC o a través de las medidas cautelares del art. 762 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)⁹. El acta notarial de notoriedad puede ser otra herramienta promovida por el guardador donde se deje constancia de que la persona guardada está desvalida, de que no existe un nombramiento judicial de un cargo tutelar o

6 GETE ALONSO y CALERA, M.C.: *La protección de personas sometidas a manipulación mental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 303.

7 LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, Tomo I*, Trivium, Madrid, 1994, p. 258.

8 LEÑA FERNÁNDEZ, R.: “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado” en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, p. 207.

9 Si el guardado es un menor desvalido sería de aplicación el art. 158 CC que establece la posibilidad que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas convenientes para asegurar la protección del menor.
En relación con el presunto incapaz, el art. 762 LEC señala como medidas cautelares que “1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto

una modificación judicial de la capacidad y de que sin embargo, existe una actual y prolongada situación de cuidado y asistencia por el guardador de hecho, acreditada por testigos o por la declaración de otros familiares.

También se podría utilizar para constatar la guarda de hecho el decreto del Ministerio Fiscal dictado en un expediente informativo o la declaración de los propios Directores de los centros donde se encuentra el residente demenciado, al ser verdaderos guardadores de hecho como ya reconoce SAP Tarragona 11 diciembre 2000. Esta sentencia nos recuerda que "..., si a ello se une que entre los medios de guarda, está establecido por la ley, la "guarda de hecho" a través: del art. 303 del C. Civil; que si bien no establece que ha de entenderse por tal, ni cuales son los supuestos comprendidos en la misma, da a entender dentro de ella el caso de una persona incapacitada o susceptible de serlo, respecto a la persona o personas a las que se les hubiese, encargado su custodia; ha de afirmarse que si bien tanto Felipe y Flora, como los encargados que eran de la DIRECCION000 (la residencia) -director y titular respectivamente- y, por tanto con la obligación de custodiar y proteger a los allí residentes, debiendo impedir los actos que pudiesen serles perjudiciales, podían ser sujetos activos en relación a los mismos, no puede predicarse lo mismo respecto a Marina, que era una empleada más, según ha quedado probado"¹⁰.

Por lo tanto, el mayor problema que conlleva la guarda de hecho es la acreditación de la situación fáctica aunque parece que ello será más fácil si el guardador es un familiar; a quien de acuerdo con el art. 142 CC se le impone el deber de alimentos. Esta guarda de hecho es cada vez más una realidad que hasta es desconocida por quien la ejerce. Tenemos como ejemplo de ello SAP Cádiz 22 diciembre 2004 que, en relación a una mujer que venía ejerciendo la guarda de hecho de un menor adolescente desde que este tenía 3 meses de edad, expone: "En el mismo acto fue informada de las competencias de la Delegación Provincial en materia de protección de menores y del procedimiento a seguir; manifestando aquella su desconocimiento de que la guarda de hecho que venía ejerciendo

incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.

2. El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.

Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación.

3. Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley".

- 10 PARRA LUCÁN, M.³ A.: "La incidencia de las reformas del año 2015 en la protección de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 15 y ss. SAP Tarragona 11 diciembre 2000 (ROJ SAP T 2000, 1928). En este mismo sentido, el Decreto 176/2000, de 15 mayo, de modificación del Decreto 284/1996 de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales (publicado en Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, núm 3148, de 26 mayo 2000, Disposición n° 176/2000) en su art. 7.3 establece que el Director técnico de los establecimientos residenciales de personas que no pueden manifestar libremente su voluntad es el guardador de hecho.

constituyera una irregularidad, solicitando que por esta Entidad Pública se le diera una solución para mantener al menor en forma legal”¹¹.

No podemos olvidarnos de que no sólo estamos protegiendo con esta figura a personas de la tercera edad o a las personas con discapacidad que tengan dificultades para tomar decisiones, sino también a los menores, siendo los guardadores los familiares más cercanos, amigos u organismos de ayuda. El Tribunal Supremo nos recuerda que la guarda de hecho debe ser siempre interpretada bajo el principio del superior interés del menor. Así la STS 27 octubre 2014 establece que “cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección”¹². Es importante tener presente que el interés superior del menor es un concepto relacional, dinámico, complejo, flexible y adaptable, y verdadero concepto valor o de experiencia como indica VERDERA IZQUIERDO¹³. Este concepto jurídico indeterminado ha sido concretado a través de una serie de criterios y elementos generales en el art. 2 LOPJM, de nueva redacción por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁴. De esta forma, este principio se ha configurado no sólo como un derecho sustantivo, sino también como un principio interpretativo y norma de procedimiento¹⁵.

Los dos rasgos definidores de la guarda de hecho son según FÁBREGA RUIZ “uno de ellos positivo, cual es la asunción de algún deber de protección respecto de un

11 SAP Cádiz 22 diciembre 2004 (ROJ SAP CA 2004,1787).

12 STS 27 octubre 2014 (ROJ 2014, 4243). En este mismo sentido, STS 21/12/2016 (ROJ 2016, 5530).

13 VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 57 y ss.

14 BOE núm. 175, de 23 julio 2015.

15 Según la observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en el ámbito de las Naciones Unidas, el interés superior del niño tiene tres dimensiones “A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño...C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales...”. Disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/.../3990_d_CRC.C.GC.14 (fecha de consulta: 15 marzo 2020).

menor de edad o de un incapaz, y el otro negativo, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento"¹⁶.

Por ello, esta guarda de hecho no se contemplaba como permanente, sino con un carácter provisional y transitorio, pudiendo ser sustituida por la tutela o la curatela. La SAP Cádiz 22 diciembre 2004 reconoce que la guarda de hecho está reconocida como "figura dotada de un cierto, aunque mínimo y provisional, estatuto legal o jurídico y sustantividad propia, merecedora, por tanto, de respeto durante el tiempo imprescindible para que se establezcan y entren en funcionamiento las instituciones tutelares o de protección de menores dotadas de normalidad"¹⁷. Sin embargo, también existen casos en los que al guardador de hecho se le puede atribuir la custodia del menor guardado, buscando siempre la estabilidad del menor y procurando no variar su *statu quo*, reconociendo que está perfectamente integrado. Así, la STS 14 septiembre 2018 admite la posibilidad de atribuir la guarda y custodia de un menor a personas distintas de sus progenitores y atribuye la custodia de una menor a su tía paterna con la que convive y que era guardadora de hecho, debido a la muerte prematura de la madre de la menor, y no al padre biológico titular de la patria potestad, al menos hasta que se consolide el cambio, para evitar dañar a la niña, reconociendo un amplio régimen de visitas. El Tribunal valora la estabilidad que goza el menor en ese momento "teniendo en cuenta la edad y el tiempo de convivencia con su tía paterna, con la que la propia sentencia reconoce que está perfectamente integrada, y dejaría, de otro, expuesta a la niña a una situación de incertidumbre, al menos hasta que la situación se reconduzca, como sería deseable"¹⁸.

Siguiendo a LACRUZ BERDEJO, "el guardador de hecho no es órgano tutelar de ninguna clase, porque no es la ley la que lo establece, aunque ésta no la desconoce"¹⁹. Como veremos a continuación, la ley no le presta suficiente atención cuando realmente está cumpliendo las funciones esenciales de protección de las personas más vulnerables tanto a nivel personal como patrimonial. Una vez más encontramos cómo la ley y la realidad no van de la mano. PARRA LUCÁN reconoce que es "una situación avocada a desaparecer para dar paso a una guarda institucional", en donde reina una contradicción entre la legislación y la práctica y "se sabe que abundan las guardas de hecho que funcionan bien, unido a la percepción de que en muchos de estos casos no derivaría ningún beneficio de la constitución de una

16 FÁBREGA RUIZ, C.F.: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 87.

17 SAP Cádiz 22 diciembre 2004 (ROJ SAP CA 2004, 1784).

18 STS 14 septiembre 2018 (ROJ 2018, 3158). Entre otras, STS 13 febrero 2015 (ROJ 2015, 253) admite la posibilidad de atribuir la guarda y custodia de un menor a personas distintas de sus progenitores (la tía paterna), por las especiales circunstancias que han rodeado la vida y crecimiento del niño, cuya madre asesinó a su padre. Lo que debe primar, se dice, es el interés del menor en el marco de unas relaciones familiares complejas.

19 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil IV*, vol. 2º., Bosch, Barcelona, 1989, p. 285.

tutela sometida a todos los controles legales -y previa la incapacitación, en el caso de los mayores-²⁰.

III. EL CÓDIGO CIVIL ANTE LA GUARDA DE HECHO: SU NECESARIA REFORMA.

Debemos diferenciar dos posibles situaciones ante la guarda de hecho. La situación de hecho en sentido estricto y el control y vigilancia judicial de la guarda de hecho. La primera tiene un carácter preeminentemente protector, y aunque no está debidamente regulada como a continuación observaremos, es donde vemos que el guardador ejerce funciones tanto de carácter personal como patrimonial, fundamentalmente de carácter administrativo, produciendo consecuencias jurídicas. Así, la SAP Cádiz 28 mayo 1999 reconoce que “el guardador de hecho pueda realizar aquellos actos urgentes y perentorios en defensa del presunto incapaz, como en este caso hubiera sido el interrumpir la posible prescripción de la acción, cosa que sí era posible con la mera remisión de un requerimiento (aunque fuera telegráfico) y que entraría de lleno en las facultades que prevé el artículo 304 del Código Civil”²¹.

El procedimiento de control y vigilancia judicial del guardador viene dado por el art. 303 CC²² y el art. 52 LJV. El primero nos recuerda que la autoridad judicial que tenga conocimiento de la existencia de la guarda de hecho puede requerir al guardador para que informe de la situación. Este artículo ha sido recientemente modificado por la Ley 26/2015, de 28 julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²³. Las dos primeras modificaciones pueden ser calificadas de menor entidad porque simplemente conllevando una corrección del texto eliminando la inicial remisión conjunta a los arts. 203 y 208 por una exclusiva al art. 228 CC y la modernización del lenguaje, sustituyendo la anterior referencia al “presunto incapaz” por la de “la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo”. Interesa resaltar que este artículo permite que mientras se mantenga la situación y hasta que se constituya

20 PARRA LUCÁN, M.ª A.: “La incidencia de las reformas”, cit. pp. 307 y 309.

21 SAP Cádiz 28 mayo 1999 (ROJ SAP CA 1999, 502).

22 El art. 303 CC establece “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelamente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades cautelares a los guardadores. Igualmente, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores. 2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o nombramiento del tutor”

23 BOE núm. 180, de 29 julio 2015.

la medida de protección adecuada, se otorguen judicialmente facultades tutelares a los guardadores o, si se trata de un menor, que se constituya, siendo acogedores los guardadores. La modificación principal fue la consistente en añadir un segundo párrafo que se ocupa de la relación de la guarda de hecho y la situación de desamparo y la posibilidad de privar o suspender la patria potestad a los padres o de remover al tutor de quien está en situación de guarda de hecho.

Sólo con dos artículos más, los arts. 304 y 306 CC, se completan las referencias a la guarda de hecho²⁴. El art. 304 CC indirectamente conlleva que la ley les autoriza a actuar en nombre y representación del guardado, tomando decisiones destinadas a procurar la protección y salvaguarda de sus derechos. Y en el caso de que el guardador en el ejercicio de su función sufra daños y perjuicios, sin culpa de su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del guardado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento, siguiendo el mandato del art. 220 CC al que nos remite el 306 CC.

Asimismo, el art. 52 LJV simplemente se limita a reconocer la posibilidad de requerimiento de la información y la adopción de medidas de control, coincidiendo con el primer párrafo del art. 303 CC²⁵. De estos preceptos cabe señalar que, se mantiene la importancia de la información por parte del guardador para que el Juez tenga conocimiento de la situación y en su caso imponga las medidas de vigilancia y control oportunas establecidas en nuestro Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, detectamos que no existe una obligación de informar ya que ambos artículos utilizan la expresión "podrá requerir", dejándose a la prudencia judicial su exigencia.

Analizado cómo el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil contemplan la guarda de hecho, estamos en situación de hacer una crítica en el sentido de que dicha regulación es insuficiente, parcial y equívoca ante la falta de concreción de quién es el guardado o el guardador o de cuáles son sus funciones²⁶. La STS 27 octubre 2014 nos ayuda a diferenciar dos posibles escenarios que puede abarcar

24 El art. 304 CC establece "Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad". El artículo sigue utilizando la expresión "presunto incapaz".

El art. 306 CC nos recuerda que "Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el art. 220 respecto del tutor". El art. 305 CC y los arts. 307 a 313 fueron derogados por Ley 13/1983, de 24 de octubre de Reforma del Código Civil en materia de tutela (BOE núm. 256, de 26 octubre 1983).

25 El art. 52 LJV establece "1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos. 2. El Juez podrá establecer las medidas de control y vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela y la curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.

26 Esta misma crítica es realizada por FABREGA RUIZ, C. F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 29 y ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRIGUEZ, J.A.: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, Fundación Paideia, La Coruña, 1999, p. 192.

la guarda de hecho "... tanto situaciones de encomiable altruismo (sería el caso de abuelos que con esfuerzo asumen la crianza del nieto ante el abandono o imposibilidad de los progenitores, como es el caso aquí contemplado) como otros sumamente peligrosos para el menor en los que se hacen cargo de estas personas que no tienen vínculos con ellos y que persiguen deseos reprobables, a veces incluso mediando retribución. De ahí que deberá distinguirse entre aquellos casos en que la guarda de hecho se ejerce por personas ajenas al círculo familiar de aquellos otros en que se ostenta por familiares del menor"²⁷.

Además es necesario adaptar la legislación española de nuestro Código Civil a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006²⁸ para proporcionar el acceso a las personas con discapacidad al apoyo que necesiten en el ejercicio de su capacidad en condiciones de igualdad y respeto de su dignidad humana. Esta Convención está exigiendo una inaplazable reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y deja claro que la discapacidad ya no es un concepto estático sino que "... evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan una participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás". En concreto, el art. 12 CDPJ obliga a los Estado parte a adoptar "las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al poyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica"²⁹ y entre estas medidas vemos incluida la guarda de hecho.

El criterio rector de toda actuación relacionada con las personas con discapacidad es el interés superior de la persona con discapacidad y como indica SANTOS URBANEJA cuando "... no llegue el propio autogobierno y, en la medida que éste sea vea comprometida por el concurso de barreras de distinto tipo, se

27 STS 27 octubre 2014 (ROJ 2014, 4243).

28 En relación con la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento a la protección de los discapacitados en 1999 la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europea a los Estados miembros, adoptada el 23 de febrero, sobre los "Principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados" reconoce el llamado "principio de flexibilidad en la respuesta jurídica". El art. 2 CDPD recuerda la posibilidad de realizar ajustes razonables entendidos como "... las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

29 El art. 12 CDPD al establecer que "las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos" utiliza sólo un concepto general de capacidad jurídica que parece compatible con nuestro sistema tradicional de diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar ya que como indica MUNAR BERNAT, P.A.: "La curatela: principal medida de apoyo para las personas con discapacidad", Revista de Derecho civil, vol. V, núm. 3, 2018, p. 123 "La CDPD no da el mismo tratamiento a la capacidad jurídica y a su ejercicio".

Sin embargo, autores como GOÑI HUARTE, E.: "La necesaria reforma del Código civil en materia de discapacidad", en AA.VV.: *La persona en el S.XXI. Una visión desde el Derecho*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 197 califican de un acierto de la Convención el hecho de utilizar el concepto único de capacidad jurídica e incluso consideran "... conveniente eliminar esta diferenciación de conceptos, porque la Observación General N. 1 (2014) insiste en que la igualdad en la capacidad jurídica incluye ambos aspectos".

precisará el apoyo de las personas más cercanas y afectivamente más vinculadas a la persona con discapacidad. Normalmente serán sus familiares cercanos, amigos, vecinos, etc...³⁰. Si es necesario garantizar el principio de dignidad de la persona con discapacidad y de proporcionalidad en la respuesta, puede que la guarda de hecho sea una medida menos restrictiva de derechos y que la protección de personas con discapacidad ya no sólo se logre con su declaración judicial de incapacitación.

La escasa regulación en nuestro Código civil sobre la guarda de hecho ha llevado a una discusión doctrinal sobre la aplicación supletoria de las normas de la curatela o de la tutela para colmar las lagunas existentes aunque no toda la doctrina está de acuerdo. Así LESCANO FERIA considera que hay normas de la tutela que son incompatibles con la guarda de hecho como las exigencias de garantías o inventario, recomendando que a falta de norma expresa sobre su actuación "... debe aplicarse el principio general de «diligencia de todo buen padre de familias»³¹.

Podría considerarse que la guarda de hecho se asimila a la gestión de negocios ajenos regulada en el art. 1.887 y ss. CC pero está claro que son dos instituciones distintas. La primera se caracteriza por la inexistencia de una obligación inicial de llevar a cabo la gestión ajena sin perjuicio de que tiene obligación a continuar la gestión hasta el término del asunto. Sin embargo en la guarda de hecho en muchos casos los que ejercen estas funciones suelen estar obligados a instar la incapacitación o la tutela y pueden tener determinadas obligaciones en relación con el menor o persona que necesite asistencia. La gestión de negocios ajenos está prevista para asuntos determinados de carácter exclusivamente patrimonial frente a la guarda de hecho que afecta a los asuntos del desvalido, tanto personales como patrimoniales³².

No podemos olvidar que la guarda de hecho no sólo puede ser familiar y de carácter privado, sino que también puede ser institucional y de carácter público a la que hace referencia el art 172.I CC al exponer que "Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal ...", y matiza que se considera "... como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral

30 SANTOS URBANEJA, F.: "Futuro de la guarda de hecho", cit., p. 198.

31 LESCANO FERIA, P.A.: *La guarda de hecho*, Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, Madrid, 2017, p. 75.

32 PARRA LUCAN, M.ª A.: "La incidencia de las reformas", cit. p. 53.

o material". La STS 27 octubre 2014 nos recuerda que ni "... el Código Civil ni la LOPJM resuelven la cuestión de si un menor de edad que recibe asistencia de un guardador de hecho, es decir, de persona que no ostenta autoridad o poder jurídico alguno sobre el mismo, puede ser declarado en desamparo y sometido a tutela automática"³³.

Puede que sea necesario que los guardadores de hecho puedan encontrar apoyo en su actuación en las instituciones tutelares públicas, formando una "coalición de apoyos" como lo denomina SANTOS URBANEJA y siendo esta la situación y la realidad de la guarda de hecho, parece cierto que "... un derecho viejo que no acaba de irse y un derecho nuevo que no acaba de llegar". Conocida la escasa regulación de la guarda de hecho en ordenamiento jurídico común, es el momento de comprobar cómo el Derecho foral afronta esta situación fáctica y tomarlo en cuenta en una futura regulación³⁴.

IV. LA LEGISLACIÓN FORAL Y LA GUARDA DE HECHO.

Sin ánimo de realizar un estudio exhaustivo de la legislación foral en materia de guarda de hecho, podemos destacar que frente a la escasa regulación en nuestro Derecho Común, y a modo de ejemplo las legislaciones forales de Aragón y Cataluña no sólo reconocen esta figura, como lo hacen también Galicia y Navarra, sino que la misma se encuentra más ampliamente regulada, fijándose su régimen jurídico e incluso exigiéndose una obligación de su notificación e información, así como un mayor control y vigilancia.

La guarda de hecho y la asistencia son dos instituciones reguladas en el Código Civil de Cataluña (en adelante, CCat) en el Libro Segundo, relativo a la persona y la familia (aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio³⁵) para la protección de las personas en situaciones especiales. La SAP Barcelona 19 enero 2016, como ya lo han dicho reiteradamente los tribunales, reconoce a la guarda de hecho como una institución más para proveer de guarda y protección a la persona y bienes o solo a la persona o los bienes, junto a la tutela, la curatela, el defensor judicial, la asistencia, el patrimonio protegido o la prórroga o rehabilitación de la patria potestad³⁶. Incluso el AAP Barcelona 4 mayo 2018, la llega a configurar como "una

33 STS 27 octubre 2004 (ROJ 2004, 4243). En torno a la definición de desamparo dada por nuestro Código Civil esta misma sentencia resalta la existencia de dos tesis doctrinales contrapuestas, objetiva y subjetiva, entendiéndose que para la primera "... se contempla como una situación de hecho en la que lo que prima es la desasistencia del menor; de forma que si alguien lo atiende no existe situación de desamparo. Por contra, la tesis subjetiva mantiene que si el menor no se encuentra atendido por las personas que ostentan la patria potestad o la tutela, existe situación de desamparo, aunque tengan cubierta su asistencia por un guardador de hecho".

34 SANTOS URBANEJA, F.: "Futuro de la guarda de hecho", en SERRANO GARCÍA, I.: y CANDAU PÉREZ, A.: Protección jurídica de la persona con discapacidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 199.

35 DOGC núm. 5686, de 5 agosto 2010. BOE núm. 203, de 21 agosto 2010.

36 SAP Barcelona 19 enero 2016 (ROJ SAP B 2016, 395).

institución de protección de las personas de rango similar a la tutela o la curatela y adquiere significación mayor cuando las personas afectadas ven, por razón de edad, progresivamente disminuidas sus facultades cognitivas y volitivas. y de mayor amplitud que el resto de España y de carácter permanente”³⁷.

Cataluña igual que Navarra establecen una regulación más amplia. Constando de un capítulo para su regulación (Capítulo V, La guarda de hecho), así como también del art. 212.1.4 que hace referencia a la asistencia en urgencias sanitarias, donde el guardador tomará las decisiones si el sujeto no se encuentra capacitado³⁸. Este capítulo comienza dejando claro quién es la guardadora de hecho en el art. 225-1 que entiende que es “... la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen”. De esta forma, el Código Civil Catalán nos aclara los sujetos de la guarda de hecho, cosa que da por sobreentendido nuestro Código Civil.

Hay que resaltar el art. 225-2 CCat donde, a diferencia del Código Civil, establece la obligación de comunicar la guarda de hecho a la entidad pública competente o autoridad judicial en los casos en que el menor ha sido desamparado por las personas que tienen la obligación de cuidarlo y en el que concurra una causa de incapacitación del mayor que esté en un establecimiento residencial³⁹.

A continuación aclara cuáles son las funciones que deberá cumplir el guardador en el art. 225-3, cosa que no hace nuestro Código Civil, diferenciando indirectamente funciones personales tendentes al cuidado y beneficio del guardado y funciones patrimoniales, limitadas a los actos de administración. Pudiendo asumir funciones tutelares si lo estima así la autoridad judicial⁴⁰. No hay que olvidar que

37 AAP Barcelona 4 mayo 2018 (ROJ AAP B 2018, 1547).

38 El art. 212.1 relativo al derecho a la información sobre la salud en su apartado 4 hace referencia al guardador al decir “Si la persona se halla en un estado físico o psíquico que no le permite recibir la información o comprenderla, esta debe darse, de la forma establecida por la legislación para el ámbito sanitario, a la persona designada en el documento de voluntades anticipadas, al asistente legalmente designado, al representante legal, a la persona que tiene la guarda de hecho, a los familiares o a las personas que están vinculadas a ella, según proceda”.

39 El art. 225.2 Ccat establece en relación con la obligación de comunicar la guarda “El guardador de hecho que ha acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por las personas que tienen la obligación de cuidarlo debe comunicarlo a la entidad pública competente en materia de protección de menores o a la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda. 2. En caso de guarda de hecho de una persona mayor de edad en quien se da una causa de incapacitación, si esta está en un establecimiento residencial, la persona titular del establecimiento residencial debe comunicarlo a la autoridad judicial o al ministerio fiscal en el plazo fijado por el apartado 1”.

40 El art. 225-3 Ccat titulado las funciones del guardador de hecho dispone “1. El guardador de hecho debe cuidar de la persona en guarda y debe actuar siempre en beneficio de esta. Si asume la gestión patrimonial, debe limitarse a realizar actos de administración ordinaria.
2. En la guarda de hecho de personas que estén en potestad parental o en tutela, la autoridad judicial puede conferir al guardador, si lo solicitan aquellas personas, las funciones tutelares, siempre y cuando concurran circunstancias que lo hagan aconsejable. Las funciones tutelares se atribuyen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la potestad o tutela si es posible. Esta atribución comporta la suspensión de la potestad parental o tutela”.

se reconoce el derecho del guardador de hecho “al reembolso de los gastos y a la indemnización por daños por razón de la guarda, a cargo de los bienes de la persona protegida” según art. 225-4 Ccat.

Por último, en relación con la extinción de la guarda de hecho se determinan las causas de su extinción en el art. 225-5 recordando que se produce “... por desaparición de las causas que la motivaron, por la declaración de desamparo del menor, por el nombramiento de defensor judicial o por la constitución del pertinente régimen de protección”. Sin perjuicio de establecer en su segundo apartado que la obligación de rendir cuentas a la autoridad judicial al finalizar la guarda de hecho si este lo dispone.

A través del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”⁴¹ (en adelante, CDFFA), el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas y en concreto, en el art. 100 CDFFA dedicado a las instituciones tutelares, se deja clara la diferencia entre la tutela, la curatela y el defensor judicial, y la guarda de hecho o la guarda administrativa sin tutela, , al considerar que éstas últimas pueden contribuir a la guarda y protección de menores o incapacitados⁴². Por ello la guarda de hecho en el Código Foral de Aragón se puede calificar de instituciones tutelares de segundo orden, siguiendo a DELGADO ECHEVERRÍA⁴³. En su Título III, Capítulo VII, referente a la guarda de hecho se definen los elementos principales de esta institución con gran similitud con la regulación catalana y así, comienza dejando claro quién es el guardador de hecho en su art. 156 CDFFA al establecer que es “... la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada”. A continuación, resalta la obligación de notificar el hecho, poniéndolo “en conocimiento del Juez y al Ministerio Fiscal” (art. 157 CDFFA) y todo lo relativo a la información, control y vigilancia de la guarda de hecho llevada a cabo por la autoridad judicial⁴⁴. El AAP de Zaragoza 30 mayo 2001 aplica por analogía reglas de la tutela para exigir al guardador rendición de cuentas

41 BOA núm. 67 de 29 marzo 2011.

42 El art. 100 titulado instituciones tutelares dispone “1. La guarda y protección de la persona y bienes o solo de la persona o de los bienes del menor o incapacitado se realizará, en los supuestos previstos en la ley, mediante: a) La tutela. b) La curatela. c) El defensor judicial. 2. A la guarda y protección pueden contribuir la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela”.

43 DELGADO ECHEVERRÍA, D.: *Código de Derecho foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno de Aragón, Departamento de Justicia y Presidencia, 2015, p. 300 disponible en <http://estatuto.aragon.es/sites/default/files/derechoForalAragon.pdf> (fecha de consulta: 17 mayo 2020).

44 El art. 158 CDFFA titulado información, control y vigilancia establece “1. Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, le requerirá para que informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes, así como de la actuación del guardador en relación con ambos extremos.
2. La autoridad judicial podrá establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

suficientes e informar de la incapacidad al Ministerio Fiscal⁴⁵. Curiosamente no termina la regulación de esta figura con el reconocimiento de una indemnización o la referencia a la extinción, sino con el art. 159 donde se deja claro cuáles son las funciones del guardador, limitadas al cuidado de la persona protegida y a la realización de actos de administración, comportando la realización de estos actos, frente a terceros, la necesaria representación legal y requiriendo una declaración de la Junta de Parientes de la persona protegida que justifique la necesidad del acto y la condición del guardador⁴⁶.

Sin embargo en Navarra, esta figura se regula a través de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo⁴⁷ únicamente se menciona la guarda de hecho en la Ley 59 al hablar de los sujetos susceptibles de ser adoptados, mencionando en su punto 5 que lo serán “Las personas mayores de edad o emancipadas que hayan convivido ininterrumpidamente con la adoptante o adoptantes con anterioridad a su emancipación o hayan estado bajo su guarda legal o de hecho, tutela o acogimiento, en todos los casos, por tiempo superior a un año”. Y en la Ley 2/2006, de 14 de junio de derecho civil de Galicia no se regula la guarda de hecho ni se hace mención de ella en la adopción ya que sus artículos han sido derogados⁴⁸.

Si constatamos que ni el Código Civil ni la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor resuelven si el menor que recibe asistencia de un guardador de hecho puede ser declarado en desamparo y sometido a tutela automática parece que, siguiendo STS 27 octubre 2014, “los legisladores autonómicos consideran que, en principio, no toda situación de guarda de hecho debe dar lugar a la intervención administrativa a través del desamparo y de la tutela automática, de forma que sólo sería de aplicación cuando no fuese posible otra solución más acorde con los intereses del menor”⁴⁹.

45 AAP Zaragoza 30 mayo 2001 (ROJ AAPZ 2001, 293). En este sentido el Auto dispone “En tanto se reconoce, no sólo legitimación, sino incluso su deber de promover la declaración de incapacidad a los parientes que determina el art. 202 C. Civil, los mismos con más razón estarán legitimados para promover lo conducente en una situación de guarda del hecho. Las personas designadas en las disposiciones de última voluntad son tenidos en cuenta por el legislador en las situaciones de incapacidad (relevantemente en la delación de la tutela: art. 234-4 C.C.). Pero ello no excluye la legitimación de los demás en lo afectante a la protección del presunto incapaz”.

46 El art. 159 titulado régimen jurídico establece “I. La actuación del guardador de hecho en función tutelar debe limitarse a cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios. La realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal.

2. Para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida.

3. El acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida”.

47 BOE núm. 137, de 8 junio 2019.

48 DOG núm. 124, de 29 junio 2006.

49 STS 27 octubre 2014 (ROJ 2014, 4243). Esta sentencia nos recomienda que se observa a tal fin “... la Ley 4/1994 de 10 de noviembre de Protección y Atención a Menores de la Comunidad Autónoma de

Conocida la regulación que nuestro Código Civil realiza de la guarda de hecho y la necesidad de su reforma, y realizada una comparación con la regulación elaborada por los legisladores forales, es el momento de preocuparnos por la naturaleza jurídica de la guarda de hecho. Para transformar la guarda de hecho en una guarda de derecho habrá que tener en cuenta las consideraciones de LESCANO FERIA cuando establece que "... hablar de situaciones de hecho y situaciones de derecho es insuficiente si no se alcanza el verdadero significado que aporta la especial normativa a la figura", calificándola de "una situación jurídicamente protegida"⁵⁰. Es el momento de conocer los avances que se han realizado en relación con una futura reforma de la guarda de hecho.

V. LA GUARDA DE HECHO COMO UNA VERDADERA INSTITUCIÓN DE APOYO.

Si queremos que la guarda de hecho se convierta en una verdadera guarda de derecho, debemos tener en consideración el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018. Nos recuerda que es necesario adecuar el sistema legal actual "en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afecta a las personas con discapacidad, por otro basado en el respecto a la voluntad y preferencias de la persona"⁵¹.

Extremadura (artículo 6, c y d); la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, de Andalucía (artículo 23); la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor, de Asturias (artículo 31); la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral de los Menores de Canarias (artículo 46); la Ley de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (artículo 105); la Ley 3/2011, de 30 de junio, de Apoyo a la Familia y a la Convivencia de Galicia (artículo 52, i) y la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra (artículo 50). De un modo expreso así lo afirma el artículo 49.3 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero de Protección de Menores de La Rioja".

50 LESCANO FERIA, P. A. *La guarda de hecho*, cit., p. 34.

51 En las pp. 247 y 248 del Anteproyecto. El art. 1 del Anteproyecto da un concepto amplio y genérico de las personas con discapacidad entendiéndolo que son aquellas que "... tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo". El Anteproyecto hace desaparecer nuestro vigente art. 200 CC que sigue haciendo referencia a las personas que "no pueden gobernarse por sí mismo" y ordena en el art. quinto, apartado catorce la sustitución en la Ley de Jurisdicción Voluntaria de los términos de "personas con capacidad modificada judicialmente". PEREÑA VICENTE, M.: "La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, p. 64 considera que es necesario que el término "personas con discapacidad" se concrete un poco más, "... lo que el texto no hace, seguramente sensible ante la necesidad de adoptar una terminología respetuosa de la dignidad de la persona, neutro, <<aséptico>>, que no estigmatice ni hiera. Pero al generalizar tanto, no consagra un estándar que justifique las medidas, lo que puede generar dificultades de interpretación". Este mismo autor en la p. 66 considera que puede que sea suficiente referirse a "la persona" sin ningún adjetivo para designarla, sin perjuicio de que cuando sea necesario precisar con más detalle considera "... muy adecuada la expresión francesa de adulto protegido, que además es la terminología consagrada por algunos textos de la Unión Europea y por el Convenio de la Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de adultos". En este mismo sentido, véase el Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables (2015/2085(INL)), 3 de abril de 2017.

Este Anteproyecto propone que la guarda de hecho pase a ser una institución propia de apoyo⁵². Así lo menciona el art. 249 al considerar que “Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial”. Estas tres medidas son las pertinentes para el ejercicio de la capacidad jurídica según el Anteproyecto⁵³. Este mismo artículo define al guardador de hecho “como la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente”, permitiendo coexistir la guarda de hecho con otras medidas judiciales o voluntarias, como la curatela o poderes preventivos, siempre que no sean eficaces. Por lo tanto, en la futura regulación se debe partir de reconocer que la guarda de hecho es una verdadera institución de apoyo y se debe comenzar dando una definición que determine sus características.

En el Anteproyecto se produce una clara separación en su regulación según que se refiera a los menores o a los mayores de edad que necesitan apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica. En relación con los menores en donde concurra una causa de incapacidad se ve suprimida la patria potestad prorrogada o inhabilitada y se ve reserva la tutela sólo para los menores. La regulación relacionada a la guarda de hecho de los mayores se ve contenida en el Título XI, Capítulo III del Anteproyecto, en concreto en los arts. 261 a 265 que serán objeto de análisis a continuación.

Este Anteproyecto conjuga los principios de necesidad y de proporcionalidad a la hora de adoptar el sistema de apoyo más adecuado, aunque en el ámbito de guarda de hecho debemos también tener presente el principio de subsidiariedad, ya que, como indica el art. 261, “Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad, continuará en el desempeño de su función, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente”, eliminando así el carácter provisional de esta institución, alejándose de la legislación foral, catalana y aragonesa, que como vimos insiste en dicho carácter⁵⁴. PEREÑA VICENTE interpreta este artículo

52 En su exposición de motivos resalta que “... conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera al guardador que acredite la representación, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias”.

53 Este ejercicio de la capacidad jurídica es lo que nosotros conocemos tradicionalmente como capacidad de obrar.

54 La función provisional corresponde a la entidad pública, dotándose a la guarda de un carácter permanente (art. 253) aunque sigue siendo una institución de hecho al no precisarse de investidura judicial formal ni nacer de un poder porque se estaría ante los poderes preventivos.

diciendo que la guarda de hecho "... es subsidiaria respecto de la curatela y los mandatos preventivos, si estos son eficaces. Pero la subsidiariedad también se puede leer en sentido inverso: no procederá una curatela si existe una guarda de hecho que funcione adecuadamente"⁵⁵. Esto último lo confirma el art. 267 del Anteproyecto al decir que la autoridad judicial constituirá la tutela "cuando no exista otra medida de apoyo suficiente"⁵⁶.

El propio Anteproyecto sigue usando conceptos jurídicos indeterminados que derivan de la aplicación combinada de los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad. Si la guarda de hecho ha de ser suficiente, habrá que concretar qué se entiende por tal, lo que no hace el Anteproyecto. PEREÑA VICENTE realiza dos lecturas a la respuesta de qué significa que la guarda sea suficiente, diferenciando una lectura positiva que "... implica que la guarda de hecho ha de permitir a la persona el ejercicio de su capacidad jurídica con la ayuda o apoyo de su persona e incluso, mediante la representación si así lo exigen las circunstancias. Representación que, como veremos, debe ser autorizada por el juez y sólo para actos de administración. Ello va a implicar que para que la guarda sea suficiente no sea necesario realizar ningún acto de trascendencia jurídica real o de naturaleza dispositiva o traslativa, En caso contrario, la guarda de hecho ya no será suficiente y tendrá que dar paso a otra medida. Esta idea es la que confina la guarda de hecho en sus propios límites y la convierte, como dicen algunos autores, en la institución de los desfavorecidos, por no decir de los pobres".

Además, habrá que hacer conjugar el requisito de que la guarda de hecho sea suficiente con que la misma impida los abusos y las influencias indebidas. Será el juez el que deberá ordenar los controles que estime oportunos según el art. 263 pero si no se establecen al ser el guardado una persona plenamente capaz, podrá prestar su consentimiento a cualesquiera actos de disposición y poner en riesgo su patrimonio. Sería necesario siguiendo a PEREÑA VICENTE, que el Anteproyecto dote a la guarda de hecho "... de un régimen jurídico adecuado"⁵⁷ a la altura de la consagración como propia institución de apoyo.

Es cierto que el Anteproyecto establece una regulación más extensa sobre la guarda de hecho pero sigue sin resolver si son de aplicación supletoriamente las normas de la curatela. Lo que sí es claro es que el eje central de todas las instituciones de apoyo, impliquen o no representación, es la voluntad o preferencias de la persona⁵⁸. Como indica PARRA LUCÁN, sólo excepcionalmente, "... cuando

55 PEREÑA VICENTE, M.: "La transformación", cit., p. 68.

56 *Ibidem*, p. 71. Entre los autores a que hace referencia cita a LASARTE ALVAREZ, C.: *Derecho de Familia*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, p. 387.

57 PEREÑA VICENTE, "La transformación", cit., p. 72.

58 El art. 248 impone a las personas que presten apoyo una actuación "atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera", procurando "que la persona con discapacidad pueda desarrollar su

ni siquiera con los apoyos de otras personas de su entorno y de su confianza pueda llegar a formarse una opinión propia sobre lo que quiere y le conviene, es admisible que la decisión sea tomada por otra persona en su lugar. Pero ni siquiera en este caso debe prescindirse de las preferencias, la personalidad, las creencias, la voluntad de quien por sí solo no está en condiciones de tomar una decisión”⁵⁹.

En relación con el ámbito de actuación ordinario del guardador, se circunscribe a los actos de carácter personal, cuidado y asistencia necesario, incluyendo actos de administración ordinaria del patrimonio de la persona guardada, pero, en ningún caso, ni con autorización judicial, comprende actos de disposición según el art. 261. Los llamados actos de administración de actuación extraordinaria (calificados así en función de la necesidad que exista de tener que acreditar una legitimación para actuar en beneficio de la persona guardada) deberán ser autorizados judicialmente, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. También esta autorización será requerida para actos de carácter personal, como un cambio de residencia o traslado a un centro sanitario, que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado cuando esta no pueda prestarlo⁶⁰.

Para evitar cualquier riesgo en la actuación del guardador, el juez podrá exigirle que le informe y rinda cuentas en cualquier momento y también puede nombrar un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan y establecer salvaguardias que estime necesarias. PEREÑA VICENTE considera de especial importancia “... aquellas que tienen por objeto impedir la enajenación de ciertos bienes, especialmente de la vivienda habitual de la persona, pudiendo tener acceso al Registro de la Propiedad por vía del artículo 2.4 de la Ley Hipotecaria, al que el Anteproyecto también ha dado nueva redacción” y echa en falta la consagración de salvaguardas legales “... como puede ser la prohibición de autocontrato o, al menos, ampliar los supuestos del artículo 1459 al que el Anteproyecto también da nueva redacción para que afecte a guardador de hecho y a sus familiares”⁶¹.

propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias”. Si apostamos por la aplicación subsidiaria de las reglas de la curatela, a los guardadores podría serles de aplicación el art. 280 del Anteproyecto donde impone al curador la obligación de prestar apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica “respetando su voluntad, deseos y preferencias” y le impone la obligación de procurar que “la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones”.

59 PARRA LUCAN, M. A.: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015, p. 13.

60 Existen excepciones a la necesidad de la autorización judicial según el último párrafo del art. 261 tanto “cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad” como “cuando realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carencia de especial significado personal o familiar”.

61 PEREÑA VICENTE, M.: “La transformación”, cit., p. 79.

Como la persona guardada tiene plena capacidad de contratar⁶², sólo se podrán impugnar los actos realizados alegando un vicio del consentimiento, probando que cuando realizaba el acto ya estaba afectando la discapacidad a su toma de decisiones.

Los actos del guardador no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad según el art. 262 del Anteproyecto y los actos patrimoniales que causen perjuicio no podrán ser rescindibles sin perjuicio de que se le podrá exigir responsabilidad⁶³.

PEREÑA VICENTE considera que es necesario el equilibrio de dos premisas para que la guarda de hecho sea una institución realmente suficiente. Estas premisas requieren que "... se dote al guardador de legitimación para poder realizar actos jurídicos con una cierta agilidad y, al mismo, que se establezcan las salvaguardias adecuadas, al menos para la generalidad de sus destinatarios, que son los españoles con un patrimonio medio en el que el bien que se ha de proteger es la vivienda habitual".

De esta forma la guarda de hecho conseguirá por fin la preferencia y el reconocimiento tan reclamado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, convirtiéndose en una verdadera institución de apoyo a las personas con discapacidad y dejando de ser una mera situación fáctica de carácter provisional.

VI. CONCLUSIONES.

La guarda de hecho, entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional, debe convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo y consagrando así una realidad, como lo hace el Anteproyecto de ley de 21 de septiembre de 2018 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. De esta forma la guarda de hecho cumpliría un papel esencial para facilitar a las personas protegidas el ejercicio de sus derechos y no una mera asistencia en los actos ordinarios de la vida. Una de las grandes reformas propuestas en el Anteproyecto es limitar la guarda de hecho a las personas adultas, haciendo desaparecer la patria potestad prorrogada y rehabilitada de menores con capacidad modificada judicialmente, considerando la tutela como el mecanismo de protección de estos.

El respeto a la dignidad, a la voluntad y preferencias de los menores o personas con discapacidad nos lleva a repensar todo el sistema de apoyo existente tradicionalmente en nuestro ordenamiento, que debe ser adaptado a los mandatos

62 El art. 1263 .2 CC sería objeto de nueva redacción por el Anteproyecto disponiendo que "Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas".

63 La nueva redacción del art. 1291.I no incluye como rescindibles los actos realizados por el guardador.

de la Convención de Nueva York y en concreto, al art. 12 que requiere que "... existan las salvaguardas adecuadas para impedir los abusos y las influencias indebidas". Puede que la guarda de hecho, que ya es una realidad pero poco reconocida legalmente, sea una de las medidas menos restrictivas y más acordes con los deseos de sus beneficiarios. Además, debemos tener siempre presente el interés superior del menor o de la persona adulta que requiera protección, así como su voluntad, deseos o preferencias.

Uno de los mayores obstáculos con los que nos encontramos es la dificultad de constatar la guarda de hecho, lo que genera gran inseguridad jurídica. Las herramientas que pueden ayudar a dar a conocer esta institución pueden ser el procedimiento de jurisdicción voluntaria, el decreto del Ministerio Fiscal dictado en un expediente informativo del mismo, el acta notarial de notoriedad o la propia declaración del Director de residencias de ancianos que actúa como guardador de hecho.

La regulación existente en el Código Civil no sólo es insuficiente, sino también parcial y equivoca ante la falta de concreción de los sujetos implicados o de las funciones del guardador. Todo ello nos lleva a proponer una modificación en la regulación del Código Civil en relación con la guarda de hecho donde se tenga en cuenta la voluntad de la persona guardada para que sea lo más efectiva su asistencia y se imponga la obligación de notificar al Juez la situación en interés del guardado, al menos cuando haya sido desamparado o tenga una causa de incapacitación, como lo hacen por ejemplo la legislación foral Catalana o Aragonesa. Puede que sea necesario que nuestro Código Civil, igual que hemos visto que lo hace la legislación foral Catalana y Aragonesa, deje claro qué es la guarda de hecho y quienes son los sujetos involucrados, así como cuáles son sus funciones y derechos y obligaciones y cuándo se extingue esta institución.

La aprobación de la reforma propuesta por el Anteproyecto analizado supondría una verdadera adaptación de nuestra legislación civil al reconocerla como verdadera institución de apoyo junto a la tutela y a la curatela. Sin embargo, se detecta que siguen existiendo una serie de deficiencias que deberían ser subsanadas antes de su entrada de vigor. El Anteproyecto sigue utilizando, como lo hace la Convención de Nueva York, el término amplio de personas con discapacidad y podría el mismo ser sustituido por "personas protegidas". Así mismo, al regular la guarda de hecho no combina correctamente la aplicación de los principios de subsidiariedad, necesidad y proporcionalidad sin aclarar qué se entiende por el requisito de suficiencia de esta institución ni garantizar si esta guarda de hecho es suficiente para impedir los abusos y las influencias indebidas si no se incorporan las salvaguardas requeridas por la Convención.

La guarda de hecho será una institución de apoyo suficiente siempre que el guardador esté legitimado para realizar actos jurídicos con cierta agilidad y se establezcan las salvaguardas adecuadas para proteger sus bienes. Mientras no se produzca la reforma demandada puede que sea necesario una coalición de apoyos por las instituciones tutelares públicas a los guardadores de hecho en su actuación.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, Fundación Paideia, La Coruña, 1999.

BERNAT, P. A.: “La curatela: principal medida de apoyo para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, 2018.

BERCOVTIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y CASTILLA DEL PINO, C.: *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Madrid, 1976.

DELGADO ECHEVARRÍA, D.: Código de Derecho foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia, Gobierno de Aragón, Departamento de Justicia y Presidencia, 2015 disponible en <http://estatuto.aragon.es/sites/default/files/derechoForalAragon.pdf> (fecha de consulta: 17 mayo 2020).

GOÑI HUARTE, E.: “La necesaria reforma del Código civil en materia de discapacidad”, en AA.VV.: *La persona en el S.XXI. Una visión desde el Derecho*, Aranzadi, Navarra, 2019.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil IV*, vol. 2º., Bosch, Barcelona, 1989.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, Tomo I*, Trivium, Madrid, 1994.

LASARTE ALVAREZ, C.: *Derecho de Familia*, Marcial Pons, Barcelona, 2017.

LEÑA FERNÁNDEZ, R.: “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado” en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000.

LESCANO FERIA, P. A.: *La guarda de hecho*, Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, Madrid, 2017.

PARRA LUCÁN, M^a. Á.: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015.

PARRA LUCÁN, M^a. Á.: “La incidencia de las reformas del año 2015 en la protección de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PEREÑA VICENTE, M.: “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018.

SANTOS URBANEJA, F.: "Futuro de la guarda de hecho", en SERRANO GARCÍA, I. y CANDAU PÉREZ, A.: *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

