

ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO TRAS LA RECIENTE JURISPRUDENCIA

Analysis of the Institution of de Facto Guardianship after Recent Jurisprudence

Ana María VALLE TEJADA

Universidad Jaime I. Castellón. España

al421504@uji.es

<https://orcid.org/0009-0000-3985-4765>

Recepción: 30 de mayo de 2024

Aceptación: 21 de octubre de 2024

RESUMEN: La Ley 8/2021 se centra en la provisión de las medidas de apoyo necesarias para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica de una persona con discapacidad. La guarda de hecho es una medida informal de apoyo. Es subsidiaria, ya que solo existirá cuando las medidas voluntarias o judiciales no fueran aplicadas eficazmente, y es complementaria ante la ausencia de las mismas. Existiendo una guarda de hecho que cubra suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad no está tan claro que las medidas judiciales queden excluidas en todo caso.

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad; guarda de hecho; actuación asistencial; actuación representativa; medidas de apoyo judiciales.

ABSTRACT: Law 8/2021 focuses on the provision of measures to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity. De facto guardianship is an informal measure of support. It is a subsidiary measure since it will only exist when voluntary or judicial measures were not effectively applied, and it is a complementary measure in the absence of the same. Although there is a de facto guardianship that sufficiently covers all the needs of a person with disability, it is not so clear that the judicial measures are excluded in any case.

KEYWORDS: People with disabilities; de facto guardianship; assistance action; representative action; judicial support measures.

I. Introducción

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se aprobó en Nueva York el día 13 de diciembre de 2006, pero no será hasta el día 3 de mayo de 2008 cuando comience a regir en nuestro ordenamiento jurídico proclamando que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obligando, por tanto, a nuestro Estado a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, y al mismo tiempo obligándole también a proporcionar las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos.

Desde mayo de 2008 hasta el día 3 de septiembre de 2021, que es cuando tiene lugar la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, los principios fijados en el artículo 3 de la citada Convención (el respeto de la dignidad inherente; la autonomía individual incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación y la inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad) informaron nuestro ordenamiento jurídico conforme al artículo 1.4 del Código Civil y estuvieron presentes también en nuestras leyes, la doctrina y en las resoluciones de los Tribunales de Justicia.

Muestra de ello es la sentencia n.º 396/2021 del Tribunal Supremo, de 6 de mayo de 2021, que en el fundamento de derecho octavo establece que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y de directa aplicación, alumbró entre otras la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La Exposición de Motivos de dicha ley recoge, como principios inspiradores, el respeto a la dignidad inherente a la persona, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la igualdad de oportunidades, la autonomía individual –incluida la libertad para tomar las propias decisiones–, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad, como manifestación de la diversidad y la condición humana, y también la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

Con la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se establece que la nueva regulación está inspirada, como exige nuestra Constitución en su artículo 10, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda

necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Como se afirma en el Preámbulo al respecto, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos.

La reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de los apoyos necesarios (las medidas) que una persona con discapacidad (persona mayor de edad o menor emancipada) precise para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, con la finalidad de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad.

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 19 de enero de 2024, añade lo siguiente:

Así, se ha afirmado que la profundidad de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 se justifica –como se expresa en el Preámbulo– porque el nuevo sistema está fundamentado en tres principios: en primer lugar, está el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona con discapacidad que se extrapola a toda la normativa civil y procesal modificada. En segundo lugar, la nueva regulación de la discapacidad girará en torno al concepto del “apoyo” a la persona que lo precise. En consecuencia, la incapacitación deja de ser el elemento central para la protección de las personas con discapacidad desapareciendo tanto la declaración de incapacidad como la de su modificación. En tercer lugar, la institución de la curatela se constituye en la principal medida de apoyo de carácter judicial al haberse desconectado de este sistema a la institución de la tutela que queda reducida a la protección de menores. De manera excepcional se admiten las medidas de apoyo representativas, entre ellas la curatela representativa.

Entre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad no se incluye la patria potestad prorrogada o rehabilitada a que se refería el artículo 171 del Código Civil, suprimido por la Ley 8/2021. Según el apartado III del Preámbulo de esta ley, se eliminan por ser “figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera”.

La guarda de hecho se transforma en una propia institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021. Cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad deja de tener una situación provisional y además cumple una actuación asistencial de

la persona con discapacidad sin precisar de una investidura judicial formal. Ahora bien, cuando el guardador de hecho tenga que realizar una actuación representativa entonces solicitará una autorización judicial *ad hoc*.

2. La guarda de hecho

Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica están reguladas en el Derecho español en el título XI, del libro primero, del Código Civil (en adelante CC) y la guarda de hecho de las personas con discapacidad en los artículos 263 a 267 CC, en el capítulo III de dicho título y libro del CC.

De dichos artículos hay que mencionar su carácter subsidiario, ya que para su prevalencia es imprescindible que, o bien no existan otras medidas (voluntarias o judiciales) de apoyo, o bien que las mismas no se estén aplicando eficazmente.

En cuanto a las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera y fomentarán siempre que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias, según establece el artículo 249.2 del CC.

Únicamente en casos excepcionales, esto es, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar tanto la voluntad, los deseos, como las preferencias de la persona, entonces las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas con la finalidad de poder tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de que no hubiera requerido la representación. Y para asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de los preceptos del CC y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera, la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas.

Además de las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria (los poderes y mandatos preventivos y la autotutela) para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen, se encuentran, entre otras, la guarda de hecho y también las medidas de provisión judicial (la curatela y el defensor judicial) que se adoptarán teniendo en cuenta si la intervención del apoyo es continuada u ocasional.

La guarda de hecho no precisa de una declaración por parte de la autoridad judicial. Por tanto, como se afirma en el artículo 250.4 del CC, la guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

La sentencia n.º 66/2023 del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2023, en el fundamento de derecho cuarto, señala que la Ley 8/2021 ya no contempla la guarda de hecho como una situación transitoria y provisional, abocada a desaparecer, tal como se introdujo en la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del CC

en materia de tutela, en la que debía dar tránsito a una medida institucional y de nombramiento judicial. Este cambio de planteamiento para la guarda de hecho de las personas con discapacidad se anuncia ya desde el Preámbulo de la misma Ley 8/2021, donde puede leerse cómo en la reforma se lleva a cabo "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". En el nuevo régimen legal, con independencia del grado de discapacidad, las medidas de apoyo judiciales son subsidiarias tanto respecto de las medidas voluntarias como respecto de la guarda de hecho.

Como señala el documento interpretativo (Documento 1. La guarda de hecho en la Ley 8/21) al protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las asociaciones bancarias de julio de 2023,

La naturaleza de la actuación del guardador, puesta en relación con la voluntad de la persona con discapacidad, es híbrida, variable y gradual entre los extremos que constituyen las dos opciones básicas de apoyo posibles: de una parte, la mera asistencia, acompañamiento o colaboración con aquel guardado que conserva habilidades para tomar decisiones y actuar –con dicho apoyo– por sí mismo; de otra parte, la actuación del guardador en representación de aquel guardado que presenta un mayor deterioro de dichas facultades.

3. La actuación asistencial del guardador de hecho

El guardador de hecho, principalmente, asiste a la persona con discapacidad, pero es esta la que actúa con el acompañamiento del guardador de hecho. Tiene, por tanto, el guardador de hecho una actuación asistencial.

Se establece en el CC que quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente y sujetará su actuación a las disposiciones de la Ley 8/2021 (*vid. Disposición Transitoria Segunda*).

Por ello, si hay quien, a pesar de no haber sido nombrado voluntariamente por el propio interesado (medidas de apoyo voluntarias) ni por el juez (medidas de apoyo judiciales), de hecho y con eficacia se está encargando de prestar el apoyo que necesita la persona con discapacidad, no se produce entonces el presupuesto que exige la Ley 8/2021 para que el juez tenga que aprobar una medida de apoyo.

Así el guardador de hecho, sin tener que requerir autorización judicial, puede realizar sobre los bienes de la persona con discapacidad actos jurídicos que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar y también puede solicitar una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona.

Como señala el documento interpretativo (Documento 1. La guarda de hecho en la Ley 8/21) al protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las asociaciones bancarias de julio de 2023, “escasa relevancia económica” constituye el concepto jurídico indeterminado más necesitado de concreción práctica. Así, en términos de buenas prácticas, se puede convenir que el espacio delimitado bajo el concepto de “escasa relevancia económica” comprende toda actuación relativa a la atención de los ingresos y gastos ordinarios y habituales del guardado, con arreglo a su trayectoria vital. También alcanzaría a la atención de gastos no habituales que deriven de la conservación ordinaria de los elementos precisos para satisfacer sus necesidades ordinarias.

Cuando el guardador de hecho, por cualquier causa, no pudiese prestar el apoyo en su actuación asistencial entonces la autoridad judicial podrá acordar puntualmente el nombramiento de un defensor judicial, y dicho nombramiento se extenderá en el tiempo hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.

4. La actuación representativa del guardador de hecho

Ahora bien, en el CC también se regula, pero con carácter excepcional, la actuación representativa del guardador de hecho afirmándose que cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015), en el que se oír a la persona con discapacidad.

La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso, teniendo en cuenta que la autorización deberá ser ejercitada siempre de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo.

En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial para prestar consentimiento para realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma (salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales); para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo; dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción (se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. En cuanto a la enajenación de los bienes mencionados en

este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular); para disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo (salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar); para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya guarda de hecho ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica (no se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo); para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades; para hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo; para interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía (no será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos); para dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza; y para celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.

También la autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan. Se refiere el CC, en el artículo 295, a aquellas situaciones en las que el guardador de hecho, en su actuación representativa, no sea la persona idónea para llevar a cabo dichos asuntos, ya sea por su complejidad, o ya sea porque se podrían producir conflictos de intereses o una influencia indebida.

Para el Tribunal Supremo (*cf.*, por todas, las sentencias de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003 y 17 de mayo de 2004) la situación de conflicto se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los representantes legales de sus propios intereses irá en detrimento de los de los representados.

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 20 de marzo de 2024, establece que la solución a los supuestos de conflicto de intereses en situaciones concretas se ha solventado según una casuística que ha ido siendo delimitada por la jurisprudencia y por la doctrina de ese centro directivo, pero que dependerá en cada caso de la posible o presunta existencia de intereses contrapuestos. Así

esta Dirección General ha interpretado, en numerosas Resoluciones, las circunstancias que conducen a determinar cuándo concurre un conflicto de interés entre menores o personas con discapacidad y sus representantes legales, determinantes de que no puedan entenderse suficientemente representados en la partición hereditaria –o división de la cosa común– si no es con la intervención de un defensor judicial, y ha atendido a diversos elementos de carácter objetivo que, en general, apuntan a la inexistencia de automatismo en las diversas fases de la adjudicación hereditaria, es decir, en la confección del inventario, en la liquidación de las cargas y en la adjudicación de los bienes.

5. La guarda de hecho y su acreditación

El artículo 40 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, se ocupa de las anotaciones registrales afirmando que estas son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán, por tanto, un valor meramente informativo, salvo los casos en que la ley les atribuya valor de presunción, y se extenderán a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado. En el apartado 3.º de dicho artículo se establece que pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos: “9.º ... la guarda de hecho”.

Como ha señalado doña Macarena Ortiz Tejonero (2022), fiscal de la Fiscalía de Alcalá de Henares, en las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especialistas de las Secciones de Atención a Personas con Discapacidad y mayores de la Fiscalía General del Estado, celebradas en septiembre de 2021, como medio de acreditación de la guarda de hecho se apuntó al libro de familia, en los casos que se trate de un familiar. También a los modelos de declaración responsable de guarda de hecho que son elaborados por la Administración, al efecto de cursar las peticiones de reconocimiento de la situación de dependencia, así como igualmente al certificado de empadronamiento, ya que resulta de extraordinaria relevancia el hecho de convivir con el guardado. Según afirmaron los fiscales es muy diversa la documentación que puede ayudar al guardador de hecho a identificarse como tal frente a terceros y ante las autoridades judiciales o administrativas, pues, además de estos ejemplos concretos, también ayudan a estos efectos el certificado de la entidad bancaria acreditativo de estar autorizado en la cuenta corriente de la persona con discapacidad; el certificado del administrador de la comunidad de propietarios de un inmueble de la persona con discapacidad acreditativo de que el guardador de hecho es la persona de contacto para cualquier incidencia; también los certificados médicos donde se haga constar que el paciente acude a las visitas acompañado por el guardador de hecho; por supuesto, también un informe social de Servicios Sociales que así lo refleje, o, incluso, un decreto de archivo de diligencias preprocesales de Fiscalía que acuerda no interponer demanda de provisión judicial de apoyos por existir guardador de hecho eficaz, decretos estos que presentan la ventaja de estar motivados, y en los que se ha investigado la existencia de guardador, su eficaz gestión y se consigna su identidad.

Además de los medios de acreditación de la guarda de hecho antedichos, el documento interpretativo (Documento 1. La guarda de hecho en la Ley 8/21) al protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las asociaciones bancarias de julio de 2023 señala que “[R]esultarán de especial eficacia por aportar mayor seguridad jurídica las actas de notoriedad en cuanto dan fe de los elementos esenciales de la guarda, es decir, la discapacidad que requiere el apoyo, el vínculo entre las partes y la suficiencia y adecuación de la propia guarda”.

En el protocolo general de colaboración para la protección patrimonial de personas titulares de productos bancarios con discapacidad o en otras situaciones de vulnerabilidad de 19 de julio de 2023 “se pretende promover y coordinar una fluida puesta en conocimiento –desde las entidades bancarias hacia las fiscalías territoria-

les competentes—de aquellas situaciones que puedan revelar voluntades cautivas, activando la investigación oportuna del fiscal sobre la procedencia de activar la protección patrimonial de la persona y en todo caso promover los apoyos a su capacidad jurídica o las salvaguardas de los existentes”.

Pero no siempre lo antedicho le resulta suficiente al guardador de hecho para acreditarse, y los bancos, aseguradoras y diversos organismos del Estado siguen poniendo trabas al guardador de hecho, incumpliendo la ley e impeliéndole a buscar el amparo judicial.

Así, Fernando Santos Urbaneja, fiscal delegado de la Sección de Apoyo a las Personas con Discapacidad y Mayores en Andalucía, aporta en su blog la resolución del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Córdoba en el procedimiento de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad 1030/2021, donde se señala en la parte dispositiva (aclarada en virtud de auto de fecha 10 de octubre de 2022) que

Procede declarar que D.^a Francisca es guardadora de hecho de su hermana D.^a Rosa por lo que no precisa de resolución judicial alguna para cancelar la cuenta en la entidad BBK BANK CAJASUR, ni para solicitar los atrasos que corresponden a su hermana por la pensión de orfandad que tiene reconocida por el INSS, ni para disponer de la cantidad que le corresponde a ésta por el seguro de defunción de MAPFRE, porque el Código Civil, norma de obligado cumplimiento para todos, establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal para los actos descritos. Y ello sin hacer expresa imposición de costas. Notifíquese la presente sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

Resta señalar, como afirma el notario Fernando Gomá Lanzón (2022), que

el aformalismo y flexibilidad, propios del guardador, deben concretarse bajo la responsabilidad de la persona con discapacidad (en adelante PD) cuando otorgue un negocio concreto: la PD deberá declarar que, para ese negocio, por ejemplo, una compraventa, el guardador que quiere que le asista es una determinada persona, que puede ser diferente de la que le cuida materialmente. La asistencia significa aconsejar, informar o resolver dudas de la PD en la medida que ésta quiera y lo necesite. Ni se trata de que el guardador supla su voluntad, ni se trata de forzar que la PD “acierte” en sus decisiones, sino de que, como cualquier otra persona, decida por sí misma lo que más le conviene, acierte o se equivoque.

6. La guarda de hecho y la salud

En cuanto a los actos relativos a la salud, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece que se otorgará el consentimiento por representación en aquellos casos en los cuales el paciente no sea capaz de tomar sus propias decisiones, a criterio siempre del médico responsable de la asistencia, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de

su situación. En aquellos casos en los cuales el paciente careciese de representante legal, entonces establece el artículo 9.3.a de la ley que el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

También dicha ley establece, en su artículo 9.7, que la prestación del consentimiento por medio de la representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. Añade dicho artículo que el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. En los casos en los cuales el paciente sea una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que puedan prestar por sí mismas su consentimiento.

Para determinar qué medida de apoyo necesita una persona con discapacidad, y en concreto para que sea la guarda de hecho, el juez, aunque goza de gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada, no está exento de proceder a su justificación. La autoridad judicial no tiene que limitarse a transcribir el diagnóstico de la enfermedad que tiene la persona con discapacidad, sino también hay que prestar atención a cómo afecta a su funcionalidad en su vida diaria, teniendo en cuenta su autonomía para los actos cotidianos que realiza ella sola, y prestar atención al entorno familiar, puesto que, para las actuaciones que necesita un apoyo, el mismo puede estar siendo ya prestado de manera real y efectiva por un familiar.

Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho cuarto, en la sentencia n.º 66/2023, de 23 de enero de 2023, añadiendo que “[E]n el enjuiciamiento de esta materia (antes la incapacitación y tutela, ahora la provisión judicial de apoyos) no rigen los principios dispositivo y de aportación de parte, se trata de procedimientos flexibles, en los que prima que pueda adoptarse la resolución más acorde con las necesidades de la persona con discapacidad y conforme a los principios de la Convención”.

Ahora bien, el juez en particular, cuando acuerde unas medidas contra la voluntad manifestada por la persona interesada que supongan una afectación de sus derechos fundamentales, deberá esmerar la justificación de su valoración. En el caso –según señala la referida sentencia–, “claramente la intimidad y su libertad, porque se autoriza al apoyo representativo que se constituye para tomar decisiones por la persona con discapacidad tanto en el ámbito patrimonial como en el ámbito de la salud”.

7. La guarda de hecho y los gastos ocasionados por la misma

La guarda de hecho no es una institución que otorgue al guardador de hecho una retribución económica en contraprestación por su asistencia a la persona con discapacidad. Esto es debido a que la realidad demuestra que la persona con discapacidad en muchos supuestos está adecuadamente asistida o apoyada en la toma

de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por 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.

Ahora bien, el guardador sí que tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y también a la indemnización por los daños derivados de la guarda que serán a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo, según señala el artículo 266 CC.

8. Controles y garantías de la guarda de hecho

La guarda de hecho no está exenta de controles y garantías. A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardas que estime necesarias. Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento en relación tanto a la situación de la persona con discapacidad y sus bienes como a su actuación en relación con los mismos (artículo 265 CC y 52.2 LJV).

A la guarda de hecho también le resultan de aplicación las salvaguardas legales previstas a modo de prohibiciones en el artículo 251 del CC. Al guardador de hecho se le impone la prohibición de recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor; también se le impone la prohibición de prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses; y, finalmente, la prohibición de adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

Asimismo, establece el artículo 250 in fine CC que no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.

9. Extinción de las medidas judiciales por fallecimiento y la guarda de hecho sustitutiva

La disposición transitoria quinta de la Ley 8/2021 se ocupa de la revisión de las medidas ya acordadas señalando que las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad

judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley para adaptarlas a esta.

Señala también dicha DT 5.^a que la revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde la solicitud. Y para aquellos casos en los cuales no haya existido la solicitud mencionada, la revisión se tendrá que realizar, en un plazo máximo de tres años, por parte de la autoridad judicial, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

La resolución de 19 de enero de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, señala que cuando existían medidas judiciales que han quedado extinguidas (en este caso por fallecimiento) y no se ha producido el conocimiento o algún tipo de control por parte del juzgado competente en torno a la idoneidad de la guarda de hecho como sustitutiva de la medida anteriormente adoptada, llega a la conclusión de que debió ponerse en conocimiento del juzgado competente el fallecimiento de los progenitores y la situación de guarda de hecho adoptada por los familiares, y citarse al Ministerio Fiscal para que, en su caso, impulsara el procedimiento de jurisdicción voluntaria pertinente o, al defensor judicial, en el caso de que hubiera sido nombrado.

La autoridad judicial sería, por tanto, la que en este caso tendría que valorar como idónea, o no, la guarda de hecho ejercida por los dos hermanos y, en caso afirmativo, estos deberán asumir la representación de los intereses de su hermano con discapacidad en el trámite de citación a la formación de inventario. Y para ello, tratándose de una función representativa que excede de la prevista para la guarda de hecho, dichos hermanos tendrán que obtener la preceptiva autorización judicial. Todo ello, salvo que el juez determinara otras medidas de apoyo aplicables en este caso para auxiliar a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad, en cuyo caso a estas habría que atenerse.

10. La guarda de hecho y su extinción

La guarda de hecho se extingue cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo; cuando desaparezcan las causas que la motivaron; cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad; y cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente (artículo 267 CC).

Además, no podemos olvidarnos del último párrafo del art. 255 CC, que señala que la autoridad judicial solo podrá adoptar otras medidas supletorias o complementarias en defecto o por insuficiencia de las medidas de naturaleza voluntaria y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente.

Por su parte, el art. 269 del CC establece que la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo

suficiente para la persona con discapacidad. Y solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible, por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad.

Pues bien, como se establece en el fundamento de derecho segundo de la sentencia n.º 1443/2023, del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 2022,

[S]i bien es claro que existiendo una guarda de hecho que cubre suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad, no es necesario la constitución judicial de apoyos, no lo es tanto que queden excluidas en todo caso,

añadiendo que

[S]i interpretáramos de forma rígida la norma (último párrafo del art. 255 CC), descontextualizada, negaríamos siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho; lo que se traduciría en que al revisar las tutelas anteriores, se transformarían de forma automática todas ellas en guardas de hecho. Esta aplicación rígida y automática de la norma es tan perniciosa como lo fue en el pasado la aplicación de la incapacitación a toda persona que padeciera una enfermedad o deficiencia, de carácter físico o psíquico, que le impidiera gobernarse por sí mismo, al margen de sí, de acuerdo con su concreta situación, era preciso hacerlo.

Igualmente, en el fundamento de derecho segundo de la sentencia n.º 1444/2023, del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 2022, se establece que

[E]n situaciones como la que es objeto de enjuiciamiento y en algunas otras de revisión de tutelas, hay que evitar esta aplicación automática de la ley. Es necesario atender a las circunstancias concretas, para advertir si está justificado la constitución de la curatela (y en otro contexto de revisión de tutelas anteriores, la sustitución por una curatela) en vez de la guarda de hecho. Al respecto, es muy significativo que quien ejerce la guarda de hecho ponga de manifiesto su insuficiencia y la conveniencia de la curatela, no en vano es quien de hecho presta los apoyos. Máxime cuando esta persona forma parte del núcleo familiar más íntimo, en nuestro caso la esposa con la que convive.

Añadiendo que

del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso muestran más conveniente prestar mejor ese apoyo.

Finalmente, hay que reseñar que la reciente sentencia n.º 3527/2024, del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 2024, mantiene la línea jurisprudencial establecida

en las dos sentencias mencionadas. Así, en el fundamento de derecho segundo establece que

[E]xiste un sano interés por parte de quien ejerce la guarda de hecho de Amanda en que se le nombre curador con facultades de representación, para facilitar la prestación de los apoyos. Este interés es lógico y, en cierta medida, redundante en beneficio de Amanda. La administración y disposición de los intereses patrimoniales y personales de Amanda exigen que su hijo deba decidir por ella. Al hacerlo frente a terceros, más allá de los actos ordinarios que podrían quedar directamente cubiertos por la guarda de hecho, al amparo del párrafo tercero del art. 264 CC, el hijo encuentra dificultades que no tendría si tuviera reconocida judicialmente la representación. Aunque para prestar esos apoyos existan formas alternativas a la curatela representativa, como es la guarda de hecho con autorizaciones judiciales, no cabe duda de que puede ser más engorroso para quien presta el apoyo. Una alternativa legal no tiene por qué convertirse en una imposición legal. En cada caso hay que analizar qué resulta más adecuado y conveniente para que los apoyos que precisa una persona con discapacidad se le puedan prestar mejor, atendidas todas las circunstancias concurrentes, y siempre en beneficio de la persona con discapacidad.

II. Conclusión

El Código Civil configura la institución de la guarda de hecho como una medida informal de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisan, que tiene una vocación complementaria a las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria (los poderes y mandatos preventivos y la autotutela) o judicial (curatela y defensor judicial), y que tiene una vocación subsidiaria, esto es, que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales aplicadas eficazmente que cubran todas las necesidades de la persona con discapacidad.

Únicamente en defecto o por insuficiencia de medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. Aunque la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, no puede interpretarse esta norma de forma rígida según establece la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Y esto es debido a que no se pueden desatender las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos (la persona con discapacidad) y las que rodean a la persona que los presta de hecho (el guardador de hecho). Así afirma el Alto Tribunal que aun existiendo una guarda de hecho que cubra suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad, y que por ende no sería necesaria la constitución judicial de apoyos, no está tan claro que las medidas judiciales queden excluidas en todo caso.

Para concluir hay que señalar que el Tribunal Supremo ha establecido que es procedente la adopción de una medida judicial de apoyo, a pesar de la existencia de un guardador de hecho que ya prestaba las medidas de apoyo, cuando las cir-

cunstances del caso indican que la medida judicial de apoyo (como es la curatela representativa) es lo más conveniente para que se preste suficientemente ese apoyo, y las necesidades de la persona con discapacidad no están plenamente satisfechas por la acción asistencial y representativa del guardador de hecho, máxime si lo ha solicitado este.

12. Referencias bibliográficas

- GOMÁ LANZÓN, F. (2022). El guardador de hecho en la ley 8/2021. *Hay Derecho*, 26 de diciembre de 2022. <https://www.hayderecho.com/2022/12/26/el-guardador-de-hecho-en-la-ley-8-2021/>
- SANTOS ÚRBANEJA, F. (20 de octubre, 2022) Fiscal Delegado de la Sección de Apoyo a las Personas con Discapacidad y Mayores en Andalucía. <https://fernandosantourbaneja.blogspot.com/>
- TEJONERO, M. O. (2022). La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. *Diario La Ley*, n.º 10053, 5. Sección Tribuna, de 21 de abril de 2022. Wolters Kluwer.

13. Legislación y jurisprudencia

- Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Córdoba en el Procedimiento de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad 1030/2021, de 10 de marzo de 2022.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. *Boletín Oficial del Estado*, 96. [https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/(1))
- Documento interpretativo (Documento 1. La guarda de hecho en la Ley 8/21) al protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las asociaciones bancarias, de julio de 2023. <https://www.fiscal.es/documents/20142/b6eff98b-564e-d7fe-f16d-1539e38d7d4b>
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Boletín Oficial del Estado*, 274. <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con>
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 175. <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con>
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Boletín Oficial del Estado*, 184. <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/08/01/26/con>
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones. *Boletín Oficial del Estado*, 154. <https://www.boe.es/eli/es/l/2017/06/28/4>
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Boletín Oficial del Estado*, 132. <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>
- Protocolo general de colaboración para la protección patrimonial de personas titulares de productos bancarios con discapacidad o en otras situaciones de vulnerabilidad, de 19 de julio de 2023. <https://www.fiscal.es/documents/20142/f6b02527-30a0-1c2a-ba2b-d42f1de54351>

- Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. *Gaceta de Madrid*, 206. [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. *Boletín Oficial del Estado*, 289. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1/con>
- Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 19 de enero de 2024. *Boletín Oficial del Estado*, 48. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-3513
- Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 20 de marzo de 2024. *Boletín Oficial del Estado*, 89. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-7184
- Sentencia n.º 21/2003 del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2003 (ROJ: STS 127/2003; ECLI: ES:TS: 2003:127).
- Sentencia n.º 1010/2003 del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 2003.
- Sentencia n.º 363/2004 del Tribunal Supremo, de 17 de mayo de 2004.
- Sentencia n.º 441/2016 del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2016. ECLI:ES:TS: 2016:2995.
- Sentencia n.º 396/2021 del Tribunal Supremo, de 6 de mayo de 2021. ECLI: ES:TS: 2021:1851.
- Sentencia de Pleno n.º 1443/2023, de 20 de octubre, CAS 7437/2022 (ROJ: STS 4212/2023 - ECLI:ES:TS: 2023:4212).
- Sentencia de Pleno n.º 1.444/2023, de 20 de octubre, CAS 8533/22 (ROJ: STS 4129/2023 - ECLI:ES:TS: 2023:4129).
- Sentencia n.º 66/2023 del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2023 (ROJ: STS 1291/2023 - ECLI:ES:TS: 2023:1291).
- STS 3527/2024, de 18 de junio de 2024 - ECLI:ES:TS:2024:3527.