

La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021

Macarena Ortiz Tejonero

Fiscal de la Fiscalía de Área de Alcalá de Henares

Diario La Ley, Nº 10053, Sección Tribuna, 21 de Abril de 2022, **Wolters Kluwer**

Normativa comentada

Resumen

Una de las principales novedades que ha supuesto 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, es la introducción de la figura de la guarda de hecho como medio de provisión de apoyos, que en nada se asemeja a la antigua guarda de hecho que regulaba el Código Civil con anterioridad a la reforma.

Los siete meses de vigencia de la Ley empiezan a posibilitar la elaboración de un somero análisis de la respuesta que el reconocimiento de la figura del guardador ha encontrado en los distintos Órganos Judiciales, que la vienen asumiendo, como se expondrá, como un medio de apoyo efectivo al discapaz que evita judicializar su vida.

Debe destacarse que el sistema de provisión de apoyos a las personas con discapacidad, regulado en los [artículos 249 a \(LA LEY 1/1889\) 300 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#), insta un orden de prelación entre los distintos medios de apoyo legalmente previstos. Así, y partiendo de la base de que las medidas de apoyo de origen legal (guarda de hecho) o judicial (curatela y defensor judicial) sólo procederán en defecto o insuficiencia de las voluntades de la persona de que se trate, el legislador ha dejado claro que habrá de partirse de las medidas voluntarias de apoyo que en su caso hubiera fijado el interesado, lo que de manera ordinaria se llevará a cabo a través de poderes generales con cláusulas de subsistencia de efectos, o bien a través de poderes preventivos.

Sin embargo, en los casos en que la persona con discapacidad mayor de edad o el menor emancipado no hubieran hecho este tipo de previsiones, o en caso de insuficiencia de las medidas voluntarias fijadas, ello no comporta, como sucedía al amparo de la antigua regulación, la necesidad de que por la Autoridad Judicial se provean apoyos de carácter judicial (curatela y defensor judicial), ya que la ley nos brinda la figura del guardador de hecho.

El [artículo 250 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#) establece en su apartado 4 que: «*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*», y pasa a regularla con detenimiento en el Capítulo III del Título XI (Arts. 263 a 267).

De la regulación que nos brinda el Código actualmente, se colige que la guarda de hecho ha dejado de ser una figura con vocación transitoria hasta tanto no se remediara por vía judicial una situación de desamparo o desatención al discapaz, sino que, muy al contrario, es una medida de apoyo de origen legal, estable y con vocación de permanencia, ya que las medidas judiciales (curatela, asistencial o representativa) tienen carácter subsidiario, de manera que sólo en defecto de guarda de hecho eficaz habrá de acudir al correspondiente expediente de Jurisdicción Voluntaria de provisión de apoyos. Por tanto, hemos de insistir en la idea de que la guarda de hecho, tal y como la ha configurado el legislador, está llamada a ser la medida de apoyo más común de las personas con discapacidad y mayores, ya que son residuales los casos de ausencia de guardador de hecho o guarda ineficaz.

Como es lógico, al tratarse de una situación de carácter fáctico que se genera y desenvuelve extramuros del ámbito judicial, ello requiere de una adaptación tanto de los operadores jurídicos como de toda la ciudadanía a este nuevo planteamiento, y que examinemos ciertos aspectos que podrían generar dudas, dada la novedosa configuración de la misma.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la **actuación del guardador**, debe partirse de la base de que el guardador de hecho está llamado a ejercer una actuación de apoyo de carácter *continuista* en relación a lo que el discapaz hubiera dispuesto, en su caso, con carácter expreso o tácito, por lo que, cuando el guardador de hecho necesite llevar a cabo actos de mayor trascendencia en la esfera del discapaz, o bien actuar en representación del mismo, necesitará recabar autorización judicial, que podrá conferirse para uno o varios actos, debiendo siempre ejercerse de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de aquél. Esta idea se desprende del propio artículo 264, cuando, al regular esta cuestión, añade que «*No será necesaria actuación judicial cuando el guardador solicite 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, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*».

Por tanto, y fuera de los casos de actuación en representación del discapaz o de los previstos en el [artículo 287 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#) (para los que el curador con funciones de representación necesita autorización judicial), el guardador está legitimado

para actuar en interés de la persona a la que presta apoyo en asuntos de *escasa relevancia*, concepto éste que puede generar no pocas dudas interpretativas en cuanto a su alcance: así, por ejemplo, resulta claro el ejemplo clásico del hijo guardador de hecho de un anciano con deterioro cognitivo que extrae 50 euros de la cuenta corriente de su padre, en la que éste en su momento le autorizó, para comprarle objetos de uso ordinario, o paga con la tarjeta del padre en el supermercado donde le ha hecho la compra, o le pide cita y le acompaña al neurólogo. Este tipo de actos de la vida cotidiana revisten escasa relevancia y comportan, insistimos, una actuación continuista y aparentemente acorde con la trayectoria vital del padre, y, por tanto, se entienden amparados en el ejercicio de la guarda de hecho. Sin embargo, si este mismo hijo, en interés de su padre, pretende contratar un fondo de inversión con la mitad del saldo en cuenta corriente de su padre, aun siendo un fondo de bajo riesgo y por tanto una operación aparentemente beneficiosa, podría encontrarse con la negativa del banco, que podría aducir que al no ser el titular de la cuenta sino un mero autorizado no puede efectuar la contratación o que, aun reconociéndole la cualidad de guardador de hecho, el negocio jurídico no es de escasa relevancia. En estos casos, el guardador de hecho tendría que acudir a la autoridad judicial para recabar la correspondiente autorización.

Sentada pues la premisa de que la actuación del guardador encuentra amparo legal siempre y cuando se ejerza en relación a asuntos de escasa relevancia, ello no significa que en previsión de necesidades futuras o eventuales deba solicitarse la constitución de una curatela, y ello por cuanto el guardador de hecho, como apuntamos, puede acudir a la Autoridad Judicial para que le autorice a realizar uno o varios actos a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, por lo que por esa vía puede salvar los escollos que se le pudieran presentar en su actuación con terceros, sin necesidad de judicializar la vida del discapaz, que es justamente lo que la reforma pretende evitar. Partiendo de la base de que las operaciones concretas de relevancia tienen carácter muy puntual en la vida de las personas, el guardador no se vería obligado a acudir constantemente al Juzgado para recabar autorizaciones, ya que la Ley posibilita, en un único expediente, solicitar autorización para varios actos. Ej En el caso de que el guardador de hecho quiera vender un inmueble del discapaz que éste no utiliza, y dado que tiene que recabar autorización judicial a tal fin como lo tendría que hacer un curador, nada le impide solicitar, además de la autorización de venta, autorización para invertir una parte del importe obtenido en un fondo de inversión, o bien autorización para comprar para el discapaz, con el precio obtenido, otro inmueble que éste sí vaya a disfrutar.

Otro de las dudas que viene planteando la figura del guardador de hecho es cómo **acreditar dicha cualidad**. En este sentido, 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, se apuntó al libro de familia cuando de un familiar se trate, a los *modelos de declaración responsable de guarda de hecho elaborados por la administración al efecto de cursar las peticiones de reconocimiento de la situación de dependencia*, así como al certificado de empadronamiento, ya que *resulta de extraordinaria relevancia el hecho de convivir con el guardado*. Por tanto, 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 aparte de estos ejemplos concretos, también ayudan a tal fin el certificado de la entidad bancaria acreditativo de estar autorizado en la cuenta corriente del discapaz, el certificado del administrador de la comunidad de propietarios de un inmueble del discapaz acreditativo de que se es la persona de contacto para cualquier incidencia, certificados médicos donde se haga constar que el paciente acude a las visitas acompañado por el guardador, o, por supuesto, 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 éstos 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. Fuera de estos supuestos, y hasta tanto no se comience a admitir de manera generalizada la actuación del guardador de hecho, éste siempre podrá acudir a la autoridad judicial, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, exponiendo la problemática que haya observado con relación a una determinada operativa, a fin de que por el Juzgado se le reconozca la cualidad de guardador de hecho para un acto o clase de actos, como ya ha sucedido, existiendo múltiples autos en este sentido.

Por lo que se refiere al **control de la actividad** del guardador, debe partirse de la base de que el mero hecho de que esta figura tenga un sustrato fáctico y se desenvuelva generalmente al margen de ámbito judicial no implica ni mucho menos que el guardador pueda sustraerse a un eventual control judicial. En este sentido, el [artículo 265 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#) prevé que «*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 salvaguardias que estime necesarias. Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento*». Como es de ver, la legitimación para impetrar de la Autoridad Judicial una solicitud de información, o el

establecimiento de controles periódicos, es amplísima, ya que podrá hacerlo *cualquier interesado*, lo que sin duda evitará eventuales riesgos de guardadores de hecho que no se conduzcan adecuadamente o no lo hagan en interés del discapaz. Además, y del mismo modo que se pueden fijar controles asimilables a los que se pueden imponer al curador, el guardador tiene derecho al reembolso de los gastos que su cometido le ocasione, a cargo de la persona a la que apoya, siempre que los justifique ([Art. 266 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#)) y se prevén igualmente las causas de extinción de la guarda de hecho, entre las que está, como es lógico, la propia solicitud del discapaz.

En definitiva, debemos asumir la figura del guardador de hecho como una interesante novedad de la [Ley 8/2021, de 2 de junio \(LA LEY 12480/2021\)](#), dentro del contexto del cambio de paradigma que supone la nueva Ley, que busca desjudicializar la vida de las personas y sustituir los regímenes de sustitución en la toma de decisiones por los de refuerzo o soporte, tal y como prevé la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 2006, en vigor en España desde 2008) y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (sentencia de 23 de marzo de 2017, AMV contra Finlandia, entre otras). No olvidemos que la Exposición de Motivos de la norma indica que *«Las medidas de apoyo tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de las personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad»*, lo que conlleva dar carta de naturaleza a situaciones que se dan en la práctica y que, con respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, ya le aportan los apoyos que precisa, lo que sin duda es más patente en el ámbito de las personas mayores, en la medida en que su discapacidad no suele ser de origen espontáneo, sino más bien resultado de un proceso paulatino que, en sus fases iniciales, el propio discapaz ya ha comenzado a ordenar cuando decide dónde o con quién vivir, a quién autorizar en su cuenta bancaria, a qué médico acudir, o en quién delegar la gestión ordinaria de sus asuntos. En definitiva: su voluntad, deseos y preferencias tácitamente expresados.

Tales planteamientos y consideraciones, que vienen siendo aplicados por los tribunales de manera mayoritaria en estricto cumplimiento del nuevo marco normativo, debe ser tenido en cuenta a la hora de que el operador jurídico valore la conveniencia de interponer demanda de provisión judicial de apoyos, y ello por cuanto, de hacerlo sin el oportuno análisis, muy probablemente se desestimaría la misma al considerarse que existe un guardador de hecho con actuación eficaz, lo que conllevaría para el solicitante asumir las costas causadas en el procedimiento. Por tanto, y dado que cada persona es diferente y sus necesidades de apoyo y entorno también lo son, antes de solicitar una provisión judicial de apoyos deberá realizarse un análisis exhaustivo y en modo alguno automático como sucedía antes,

valorando si hay un guardador, si la gestión que viene llevando a cabo es suficiente para los intereses del discapaz, y si su concreta situación verdaderamente requiere un apoyo judicial permanente, lo que comportará, en caso de que finalmente se opte por la presentación de demanda, que se justifique especialmente la ausencia o insuficiencia de la figura del guardador en el caso concreto, más allá de especulaciones acerca de lo que en el futuro habría de requerir.