

La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia (1)

José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de derecho civil

Universidad de Valencia

Diario La Ley, Nº 10168, Sección Dossier, 11 de Noviembre de 2022, LA LEY

ÍNDICE

[La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia](#)

[I. Consideraciones preliminares: el carácter prioritario de la guarda de hecho como medida de apoyo](#)

[II. El carácter subsidiario de las medidas judiciales de apoyo: orientaciones jurisprudenciales contradictorias](#)

[III. La inexistencia de una guarda de hecho que funcione adecuadamente como presupuesto de la constitución de una curatela](#)

[1. Desatención de la persona con discapacidad](#)

[2. Desatención del patrimonio](#)

[3. Existencia de conflictos reiterados](#)

[4. Situaciones de riesgo familiar provocadas por la enfermedad de las personas con discapacidad](#)

[5. Tendencia al gasto que no puede controlarse a través de la guarda de hecho](#)

[6. Dificultad para seguir ejercitando la guarda de hecho](#)

[7. Carácter temporal de la residencia en la entidad que ejerce la guarda de hecho](#)

[8. Existencia de un patrimonio, cuya administración requiera la petición de continuas autorizaciones judiciales para realizar actuaciones representativas](#)

[IV. La falta de coherencia entre la nueva concepción de la guarda de hecho y el nuevo art. 91.II CC](#)

[V. El guardador de hecho](#)

[VI. Facultades asistenciales del guardador](#)

[VII. Facultades representativas](#)

[1. Facultades directamente concedidas por la Ley](#)

[2. Facultades otorgadas previa autorización judicial en caso de necesidad](#)

[VIII. Control judicial de la actuación del guardador](#)

[IX. Rembolso de gastos, indemnizaciones y retribución](#)

[X. Causas de extinción de la guarda de hecho](#)

[XI. La conversión de las antiguas tutelas y curatelas en guardas de hecho, en virtud de los procedimientos de revisión previstos en la disposición transitoria 5ª de la Ley 8/2021.](#)

Normativa comentada

Constitución Española de 27 Dic. 1978

TÍTULO PRIMERO. De los Derechos y Deberes Fundamentales

Artículo 10

CAPÍTULO III. DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA

Artículo 49

L 8/2021 de 2 Jun. (reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica)

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Disposición transitoria segunda. *Situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho. Situación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Situación de las declaraciones de prodigalidad.*

Disposición transitoria quinta. *Revisión de las medidas ya acordadas.*

L 15/2015 de 2 Jul. (Jurisdicción Voluntaria)

TÍTULO II. De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas

CAPÍTULO IV. De la tutela, la curatela y la guarda de hecho

SECCIÓN 3.ª. De la guarda de hecho

Artículo 52. *Requerimiento y medidas de control.*

CAPÍTULO VIII. De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica

Artículo 61. *Ámbito de aplicación.*

Artículo 63. *Solicitud.*

Artículo 66. *Destino de la cantidad obtenida.*

L 1/2000 de 7 Ene. (Enjuiciamiento Civil)

RD 24 Jul. 1889 (Código Civil)

LIBRO PRIMERO. DE LAS PERSONAS

TÍTULO IX. De la tutela y de la guarda de los menores

CAPÍTULO I. De la tutela

SECCIÓN 1.ª. Disposiciones generales

Artículo 199

TÍTULO XI. De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica

CAPÍTULO I. Disposiciones generales

Artículo 249.

Artículo 250.

Artículo 251.

CAPÍTULO II. De las medidas voluntarias de apoyo

SECCIÓN 1.ª. Disposiciones generales

Artículo 255.

CAPÍTULO III. De la guarda de hecho de las personas con discapacidad

Artículo 263.

Artículo 264.

Artículo 265.

Artículo 266.

Artículo 267.

CAPÍTULO IV. De la curatela

SECCIÓN 1.ª. Disposiciones generales

Artículo 269.

SECCIÓN 2.ª. De la autocuratela y del nombramiento del curador

SUBSECCIÓN 2.ª. Del nombramiento del curador

Artículo 281.

SECCIÓN 3.ª. Del ejercicio de la curatela

Artículo 287.

LIBRO CUARTO. DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

TÍTULO II. De los contratos

CAPÍTULO VI. DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS

Artículo 1302

Jurisprudencia comentada

TS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, S 589/2021, 8 Sep. 2021 (Rec. 4187/2019)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 269/2021, 6 May. 2021 (Rec. 2235/2020)

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 658/2011, 28 Sep. 2011 (Rec. 809/2008)

APBA, Sección 3ª, S 172/2022, 27 Jun. 2022 (Rec. 178/2022)

APCA, Sección 5ª, S 587/2022, 17 Jun. 2022 (Rec. 187/2022)

APCA, Sección 5ª, S 507/2022, 3 Jun. 2022 (Rec. 1385/2021)

APCA, Sección 5ª, S 475/2022, 27 May. 2022 (Rec. 133/2022)

APCA, Sección 5ª, S 1071/2021, 27 Oct. 2021 (Rec. 1231/2020)

APC, Sección 2ª, S 286/2022, 31 May. 2022 (Rec. 830/2021)

APC, Sección 2ª, S 175/2022, 30 Mar. 2022 (Rec. 737/2021)

APC, Sección 2ª, S 85/2022, 14 Feb. 2022 (Rec. 466/2021)
 APLE, Sección 1ª, S 212/2022, 21 Mar. 2022 (Rec. 1105/2021)
 APM, Sección 22ª, S 989/2021, 25 Oct. 2021 (Rec. 1808/2019)
 APPO, Sección 3ª, S 390/2021, 21 Sep. 2021 (Rec. 356/2021)
 APV, Sección 10ª, S 277/2022, 6 May. 2022 (Rec. 1409/2021)
 APV, Sección 10ª, S 278/2022, 6 May. 2022 (Rec. 808/2021)
 APV, Sección 10ª, S 33/2022, 19 Ene. 2022 (Rec. 391/2021)
 APV, Sección 10ª, S 510/2021, 20 Oct. 2021 (Rec. 265/2021)
 APV, Sección 10ª, S 511/2021, 20 Oct. 2021 (Rec. 148/2021)
 APV, Sección 10ª, S 440/2021, 16 Sep. 2021 (Rec. 240/2020)
 APV, Sección 10ª, S 439/2021, 16 Sep. 2021 (Rec. 232/2021)
 JPIEI N.º. 2 de Tafalla, S 14/2022, 3 Feb. 2022 (Rec. 121/2021)
 JPIEI N.º. 2 de Tafalla, S 15/2022, 3 Feb. 2022 (Rec. 347/2021)
 JPIEI N.º. 2 de Tafalla, S 133/2021, 23 Nov. 2021 (Rec. 68/2021)
 JPIEI N.º. 4 de Massamagrell, S 139/2021, 21 Sep. 2021 (Rec. 275/2019)
 JPI N.º. 9 de Castellón de la Plana/Castelló de la Plana, S 324/2021, 4 Oct. 2021 (Rec. 487/2021)
 JPI N.º. 5 de Córdoba, S 343/2021, 30 Sep. 2021 (Proc. 295/2021)
 JPI N.º. 5 de Córdoba, S 346/2021, 30 Sep. 2021 (Proc. 8/2021)
 JPI N.º. 7 de Sevilla, S 561/2021, 27 Sep. 2021 (Proc. 1312/2020)
 JPI N.º. 6 de Jaén, S 545/2021, 22 Sep. 2021 (Proc. 215/2021)

Comentarios

Resumen

El presente trabajo pretende realizar un estudio crítico de la figura del guardador de hecho, regulada en el CC tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, en donde se consagra como la medida prioritaria de apoyo, en defecto de las voluntarias, con el consiguiente carácter subsidiario de las judiciales. Para ello se analizan exhaustivamente las resoluciones judiciales recaídas sobre la materia.

I. Consideraciones preliminares: el carácter prioritario de la guarda de hecho como medida de apoyo

La Ley 8/2021, de 2 de junio (LA LEY 12480/2021), pretende una «razonable desjudicialización» en materia de discapacidad, que se plasma en el reforzamiento de la guarda de hecho, la cual, según se dice en la Exposición de Motivos de la misma, había sido «entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional», debiendo ahora «convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo».

Esta expresión, de «guarda de derecho», puede suscitar cierta perplejidad, pero no debe llevar a confusión: seguimos estando ante una medida de apoyo de carácter espontáneo e informal, normalmente llevada a cabo por familiares que conviven con la persona con discapacidad, a quien prestan asistencia cotidiana de manera habitual y desinteresada.

Cuando se habla de la conversión de la «guarda de hecho» en una «guarda de derecho», lo que se quiere evidenciar (que no es poco) es la consideración de la misma como la medida de apoyo estable y prioritaria (en defecto de medidas voluntarias), con el consiguiente carácter subsidiario de las medidas judiciales, así como (a causa de dicha prioridad legal), la introducción de una regulación de la figura más extensa que la anterior a la reforma, en la que se contemplaba como una situación provisional llamada a resolverse en una tutela.

El anterior art. 303.1 CC (LA LEY 1/1889), preveía que «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»; y añadía que «Cautelarmente, 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 tutelares a los guardadores».

Por el contrario, el actual art. 269.I CC (LA LEY 1/1889) dice, así, que «La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad», de donde se deduce que, cuando no hayan sido previstas medidas de naturaleza voluntaria, «Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función» (art. 263 CC (LA LEY 1/1889)), de modo que la constitución de la curatela es subsidiaria, exclusivamente, para el caso de que no existiera una guarda de hecho que funcionase correctamente.

En la Exposición de Motivos se explica que «La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica 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»; y que «Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, 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».

II. El carácter subsidiario de las medidas judiciales de apoyo: orientaciones jurisprudenciales contradictorias

Es claro que en la nueva regulación las medidas judiciales de apoyo, en concreto, la curatela tiene un claro carácter subsidiario, por lo que solo procederá constituir una curatela cuando no exista una guarda de hecho que se ejerza adecuadamente (art. 263 CC (LA LEY 1/1889)) y, siempre —claro está— que no se hayan previsto medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, pues las «de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona» con discapacidad (249.I CC).

La desjudicialización propugnada por la Ley 8/2021, no está siendo acogida por igual en las primeras resoluciones judiciales de instancia

Sin embargo, esta idea, expresión de la desjudicialización propugnada por la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021), no está siendo acogida por igual en las primeras resoluciones judiciales de instancia, que (en su inmensa mayoría) resuelven (todavía) juicios de modificación de capacidad instados conforme a la anterior legislación, en los que se pedía, por parte de quien ejercitaba la guarda de hecho de un familiar, el nombramiento de un tutor.

a) Un sector de la jurisprudencia (que parece ir consolidándose como mayoritario) considera que, en tales casos, siendo la guarda de hecho la figura primordial de apoyo de las personas con discapacidad, no procede el nombramiento de un curador con facultades de representación (que sería lo más semejante al antiguo tutor de los incapacitados), sino que lo procedente es que el demandante continúe ejercitando la guarda de hecho, tal y como lo venía haciendo, pidiendo la correspondiente autorización judicial en el caso excepcional de que debiese realizar algún acto representativo distinto de los previstos en el art. 264.III CC.

Ello, incluso cuando la persona con discapacidad tiene una encefalopatía anóxica que afecta directamente a su capacidad para tomar decisiones y a su capacidad de autodeterminación [SJPI núm. 5 Córdoba 346/2021 30 septiembre 2021 (LA LEY 293515/2021), Juicio Verbal especial sobre capacidad 8/2021]; o un alzhéimer que limita sus funciones psíquicas fundamentales (inteligencia y voluntad), por lo que «se encuentra afectada de forma importante la capacidad de conocimiento y libre determinación» [SJPI núm. 5 Córdoba 343/2021 30 septiembre 2021 (LA LEY 293516/2021), Juicio Verbal especial sobre capacidad 295/2021]; y, con mayor razón, cuando la hija padece un retraso mental ligero y un trastorno del desarrollo, por el que se le ha reconocido un 58% de limitación en la actividad, que, sumado a los factores sociales concurrentes, elevan sus limitaciones a un 65% de discapacidad, «lo que no genera en ella una discapacidad que le impida ejercer adecuadamente su capacidad jurídica por sí misma con la ayuda que ya cuenta de su propia progenitora» [SJPI y Familia Jaén núm. 6 545/2021 22 septiembre 2021 (LA LEY

293517/2021), Juicio Verbal especial sobre capacidad 21S/2021]; o cuando una anciana de 75 años padece una demencia moderada, por lo que requiere supervisión y ayuda en las actividades funcionales de la vida diaria, careciendo de capacidad para el manejo de dinero [SJPI núm. 7 Sevilla 561/2021 27 septiembre 2021 (LA LEY 293518/2021), Juicio Verbal especial sobre capacidad 1312/2020]; así como en el caso de una persona de 93 años de edad, que sufre un proceso de demencia, de perfil degenerativo y progresivo, que le produce un deterioro cognitivo, por lo que no es capaz «de conocer la realidad, comprenderla y tomar decisiones coherentes con ese conocimiento, especialmente en las áreas de la salud y la economía, precisando por tanto de un apoyo que adopte por ella esas decisiones» [SAP Cantabria (Sección 2ª) 30 marzo 2022, rec. n.º 737/2021 (LA LEY 70743/2022)].

La SAP León (Sección 1ª) 21 marzo 2022 (rec. n.º 1105/2021 (LA LEY 102212/2022)) se orienta en este sentido, reforzando la decisión de no adoptar medidas judiciales de apoyo en el respeto a la voluntad de una persona de 98 años, con un evidente grado de deterioro físico, cognitivo y personal, que, sin embargo, no carecía de capacidad volitiva y de la posibilidad de tomar decisiones que la afectasen. Uno de los hijos entendía que la madre se encontraría mejor en un régimen residencial en un centro especializado, mientras que los otros dos, guardadores de hecho, sostenían que lo más adecuado para su madre era que permaneciera en su casa, con el apoyo de ambos y el de la persona que cuidaba de ella durante 24 horas (los hijos que la cuidaban se alternaban los fines de semana, para dar descanso a la empleada, o buscaban atención profesional, si no podían cuidar de aquella en el fin de semana). La Audiencia constata que la anciana había manifestado «su preferencia por seguir en su propia casa», lo «que le permitía mantener contacto con sus hijos, y que se encontraba bien atendida tal y como estaba»; y concluye: «Por todo ello, procede mantener el régimen de guarda de hecho actualmente existente, que se ha mostrado eficaz y suficiente y, sobre todo, acorde con los deseos de la demandada, que dejó clara su intención de permanecer en la vivienda; deseos que han sido respetados por quienes ejercen la guarda». En definitiva, no considera «preciso constituir una curatela cuando ya existe una guarda de hecho que, hasta el momento, ha resultado idónea y conforme a los deseos de la persona afectada por la discapacidad».

La SAP Córdoba (Sección 1ª) 22 marzo 2022 (rollo de apelación 68/2022) confirmó la falta de necesidad de establecer una curatela, porque existía una guarda de hecho, que había «estado funcionando de facto durante muchos años y correctamente», reconociendo la condición de guardadora a una de las hermanas de la persona con discapacidad (de acuerdo con sus preferencias), dado que aquella se dedicaba a su cuidado con mayor intensidad que el resto de los familiares (en la sentencia recurrida se había reconocido tal condición a los padres, que, sin embargo, dada su avanzada edad y las enfermedades que padecían, debían también a ser atendidos). Observa que las necesidades de la persona con discapacidad «no son sino las usuales de una persona con esta situación, supervisión de actos elementales y realizar por él otras para las que no alcanza a tener conocimiento», y que «No consta la existencia de un patrimonio que precise actos de administración, ni intereses que precisen de una especial intervención y control de lo que en su nombre se pueda ir realizando por la persona a quien se le encomiende esa actuación». Concluye: «Se trata por tanto de persona actualmente con 51 años, que lo que precisa es asistencia personal, precisamente la que ha estado teniendo a lo largo de su vida, sin que se haya visto en la necesidad de mayores formalidades, habiendo dado muestras en la entrevista de estar muy comfortable con la situación de la que ha gozado y goza en el presente».

La SAP Cantabria (Sección 2ª) 31 mayo 2022 (rec. n.º 830/2021 (LA LEY 113593/2022)) consideró improcedente la adopción de las medidas judiciales de apoyo pretendidas por los padres de una persona de 18 años, que tenía una discapacidad intelectual media (coeficiente intelectual de 58 y edad mental de 7 años) y a la que se le había reconocido la situación de discapacidad administrativa del 67% y de dependencia en grado II. Dicha persona requería ayuda en actividades cotidianas no primarias, pero conservaba autonomía para realizar actividades básicas y cotidianas de la vida diaria y tenía una «buena adaptación social y familiar», precisando, sin embargo, «supervisión para las decisiones de trascendencia personal y para la administración económica y disposición de sus bienes». Observa que la valoración positiva «sobre la suficiencia y adecuación de la guarda de hecho que sobre la persona con discapacidad realizan sus padres no ofrece ninguna duda para seguir proyectándola en el futuro, pues reside con ellos, le atienden, cuidan y apoyan satisfactoriamente desde su minoría de edad para el desarrollo pleno de su personalidad y para que en el futuro requiera de un menor apoyo y están, en fin, en perfectas condiciones para seguir voluntariamente haciéndolo en el futuro». Añade que no hay «conflictiva relación entre los progenitores», «ni existen hechos de los que pueda presumirse su aparición, ni dificultades previas de gestión de la guarda por las

circunstancias del guardador de hecho o de la persona con discapacidad». Los padres, en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, habían argumentado que la solución de no adoptar medidas judiciales de apoyo, desembocaría en un «previsible colapso de la Administración de Justicia por la necesidad de interesar constantes autorizaciones de los guardadores al juez». Frente a ello, la Audiencia observa que, con este argumento, «se impugna más una decisión del legislador que el fondo de la decisión judicial» (que fue confirmada en segunda instancia).

b) Sin embargo, existe otra orientación jurisprudencial distinta, existiendo sentencias que, a pesar de la dicción del nuevo art. 263 CC (LA LEY 1/1889), constituyen una curatela en razón de la gravedad de la enfermedad que padece la persona con discapacidad; y ello, a pesar de existir una guarda de hecho, que funcionaba correctamente.

La extensión de la curatela establecida abarcaba aspectos tanto en el ámbito de la esfera personal como en el ámbito de la esfera económica

La SJPII núm. 4 Massamagrell 21 septiembre 2021 (rec. n.º 275/2019 (LA LEY 275376/2021)) sujetó, así, a curatela representativa a una persona de 83 años con Alzheimer y otras patologías «persistentes de carácter psíquico que le impiden en absoluto gobernarse por sí misma», lo que, según el informe del médico forense, le originaba, de manera continuada e irreversible, «una anulación cuasi absoluta de facultades». En el acto de la vista se apreció en la misma «un discurso muy limitado, con falta de respuesta a preguntas sencillas», reconociendo «que la persona que se encarga de sus necesidades era su hijo Pablo en quien confía». Dicho hijo, que convivía con él, era, en

realidad su guardador de hecho y, según se desprende de sus declaraciones, así como de la del resto de los parientes más próximos, la guarda de hecho funcionaba correctamente. Sin embargo, se le nombró curador de su padre con facultades de representación, con preferencia a la madre, que tenía una edad avanzada y se encontraba sujeta a medidas de apoyo; y ello, «por motivos de mayor disponibilidad temporal existiendo además convivencia, y una manifestada actuación del mismo para ayudar a su padre en las cuestiones médicas, administrativas o económicas». Respecto a la extensión de la curatela establecida, en la esfera personal, comprendía la facultad de representar a la persona con discapacidad en decisiones relativas al seguimiento del tratamiento médico, traslados a residencias o centros de asistencia, asistencia a centros terapéuticos, ocupacionales, centros de día o asimilados, etc.; y, en la esfera económica, la facultad de representarle en las «decisiones con trascendencia patrimonial que supongan la reducción del patrimonio», «precisando de autorización judicial expresa para dar dinero a título gratuito, obtener préstamos o financiaciones, gravar o enajenar inmuebles y el resto de actos previstos en el art. 287 CC (LA LEY 1/1889)».

La SJPII núm. 2 Tafalla 23 noviembre 2021 (rec. n.º 68/2021 (LA LEY 307912/2021)) constituyó también una curatela en apoyo de una persona enferma de Alzheimer, con ceguera parcial bilateral e hipoacusia de intensidad importante; y ello, a pesar de existir una guarda de hecho, ejercida por su sobrina política y una amiga, que había funcionado «de una forma adecuada y atendiendo a los intereses y necesidades de la misma». Precisamente, nombró como curadora a la sobrina, anterior guardadora de hecho, atribuyéndole facultades de representación, dado que, por la enfermedad que padecía, no era posible «determinar cuáles son su voluntad, deseos y preferencias», para cualquier tipo de decisión que «quiera adoptar respecto a su persona y patrimonio».

La SAP Valencia (Sección 10ª) 19 enero 2022 (rec. n.º 391/2021 (LA LEY 25526/2022)), igualmente, estableció una curatela respecto de una persona que sufría un Alzheimer agudo, nombrándose curador a su marido de 86 años, a pesar de venir ejerciendo este la guarda de hecho correctamente, desestimando la pretensión de tres hijos de ejercer la medida de apoyo conjuntamente, por entenderse no acreditado «que en el momento actual su edad (86 años) suponga impedimento u obstáculo que le impida el adecuado cumplimiento de las obligaciones que impone el cargo de curador con funciones de representación».

La SAP Badajoz (Sección 3ª) 27 junio 2022 (rec. n.º 178/2022 (LA LEY 196751/2022)) consideró pertinente mantener una curatela con facultad de representación en apoyo de una persona con Alzheimer, a pesar de existir una guardadora de hecho (nombrada curadora), una hija, que acudía todos los días al domicilio de sus padres, sin que su madre pudiera «sola hacer prácticamente ninguna tarea de la casa ni manejar por ejemplo el dinero de la pensión, 720 euros mensuales» que cobraba. Desestimó el recurso del Ministerio Fiscal, que argumentaba que, existiendo una guarda de hecho que funcionaba correctamente, no procedía la constitución de una curatela. Frente a ello, la

Audiencia la consideró necesaria, «sin que sea posible otra solución jurídica más adecuada», en atención a las circunstancias personales de la madre, sin que «sea suficiente para lograr el desarrollo pleno de la personalidad de aquella y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad el simple mantenimiento de la guarda de hecho, a todas luces insuficiente aquí».

III. La inexistencia de una guarda de hecho que funcione adecuadamente como presupuesto de la constitución de una curatela

La nueva concepción de la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) en materia de discapacidad, que, como he dicho, consagra el principio de conservación de la guarda de hecho ejercida correctamente, obliga a determinar cuándo la misma no funciona adecuadamente.

No obstante, antes de examinar esta cuestión, hay que decir que la aplicación del art. 263 CC (LA LEY 1/1889), presupone, obviamente, ante todo, la previa existencia de la guarda de hecho, por lo que, en el caso de que no exista, ni haya familiares en condiciones de asumirla, se ha considerado procedente establecer una curatela a cargo de una persona jurídica de carácter público.

Así lo ha estimado la SAP Valencia (Sección 10ª) 16 septiembre 2021 (rec. n.º 232/2021 (LA LEY 212409/2021)), respecto de una persona que padecía un trastorno mental grave del espectro de la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos, que le producían un deterioro de las funciones psicológicas básicas (pensamiento, afectividad y capacidad ejecutiva). Ha revocado la sentencia de primera instancia (dictada antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021)), que había incapacitado a la demandada, sujetándola a tutela. Por el contrario, la Audiencia ha nombrado como curador, meramente asistencial, al Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria (IVASS), sin atribuirle facultades de representación, al ser posible determinar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona demandada, a tenor de sus manifestaciones hechas por ella en la vista de apelación, respondiendo con claridad y precisión a las preguntas que se le realizaron. Asimismo, precisa que el objeto de esa medida de apoyo no comprenderá actuaciones de carácter patrimonial, porque la persona con discapacidad no tiene bienes, y cuenta con unos modestos ingresos de 380 euros al mes, que puede administrar ella misma, sin necesidad de asistencia, sino que comprenderá, exclusivamente, las cuestiones relativas al tratamiento médico y a la toma de la medicación pautada, así como a su situación social y económica. Justifica el nombramiento como curador del IVASS en la circunstancia que la persona con discapacidad carecía de allegados que pudieran ejercer con garantías esta medida de apoyo, porque no tenía familiares en España, ni mantenía contacto con los que vivían en Colombia.

Nada impide que la guarda de hecho pueda ser ejercida por una persona jurídica, siempre que no exista una relación contractual, en cuya virtud aquella preste servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a quien precise el apoyo

No obstante, es claro que nada impide que la guarda de hecho pueda ser ejercida por una persona jurídica, siempre que no exista una relación contractual, en cuya virtud aquella preste servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a quien precise el apoyo (art. 249.VIII CC). De hecho, es posible que las Fundaciones Tutelares puedan aprovechar el procedimiento de revisión previsto en las Disposiciones Transitorias de la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) para convertirse en guardadoras de hecho de los discapaces de los que originariamente tenían la tutela, que de momento —como se ha dicho— se rige por las normas de la curatela representativa (Disposición transitoria 2.ª, I), solicitando su extinción para que «se adopte una forma de apoyo más adecuada para la persona sometida a curatela» (art. 291.II CC).

Esto dicho, propondré una serie de supuestos, con apoyo en la jurisprudencia de instancia.

1. Desatención de la persona con discapacidad

Un caso evidente es el que tiene lugar cuando el guardador no presta la asistencia debida a la persona con discapacidad.

La SAP Cádiz (Sección 5ª) 3 junio 2022 (rec. n.º 1385/2021 (LA LEY 207152/2022)) contempló el supuesto de una persona que padecía «Corea de Hutchington» y que, según el informe del médico forense, no tenía autonomía personal (era dependiente en vestido y aseo, había que prepararle la comida, darle de comer, no se desplazaba y no sabía la medicación que tomaba), no podía prestar un «consentimiento válido en actos de la vida civil» y carecía de

la capacidad de gestionar su patrimonio. Valoró el esfuerzo del guardador de hecho, uno de los hijos de la persona con discapacidad, «para atender y cuidar a su padre dentro de sus posibilidades y pese a la escasa ayuda recibida por parte de sus familiares», pero constató que no estaban «cubiertas sus necesidades básicas», pues el padre presentaba un estado higiénico-dietético muy deficiente, las condiciones higiénicas de la casa en la que vivía eran «deplorables», hallándose, además, en un estado de aislamiento, sin que durante, aproximadamente, cinco años hubiera salido de la vivienda y sin que apenas se levantase de la cama. Por ello, consideró que la guarda de hecho ejercida por la familia no era «la medida idónea para salvaguardar los apoyos necesarios», confirmando la sentencia recurrida, que había encomendado la tutela a una entidad pública, si bien sustituyendo la tutela por curatela (aplicando ya la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021)) y desestimando el recurso del guardador de que se le nombra curador de su padre.

2. Desatención del patrimonio

Otro caso claro es el del guardador que descuida la administración del patrimonio de la persona con discapacidad, bien por negligencia, bien por una mala fe extrema, abusando de la confianza de aquel a quien cuida o ejerciendo una influencia indebida sobre su voluntad en su propio beneficio.

En este sentido se orienta el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, que considera que la guarda de hecho no es adecuada cuando existen «abusos del guardador de hecho o influencia indebida del mismo sobre la persona con discapacidad».

3. Existencia de conflictos reiterados

La guarda de hecho no funciona correctamente cuando existen continuos conflictos entre la persona con discapacidad y sus familiares.

A este supuesto se refiere El Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022 (puede consultar en línea en el Foro Justicia y Discapacidad en la web del Poder Judicial).

La SJPI núm. 9 Castellón de la Plana 23 septiembre 2021 (rec. n.º 1262/2019) sujetó a curatela a una persona de 19 años, que estudiaba en una academia un grado de administración, la cual padecía un retraso mental no diagnosticado, alteraciones de la conducta, ansiedad, trastorno de déficit de atención con hiperactividad y antecedentes clínicos psicóticos. La persona con discapacidad reconoció en el acto de la audiencia que precisaba de apoyo, costándole mucho el autocuidado personal y «que si tiene dinero sin que nadie le ayude a administrarlo lo malgasta». Se constató la existencia de conflictos con el padre (hasta el momento, guardador de hecho), porque, en muchas ocasiones, no aceptaba de forma voluntaria los tratamientos y no sabía gestionar bien las frustraciones y los límites. Se estableció una curatela con carácter asistencial: en la esfera personal, en relación con la correcta realización de las tareas de la vida diaria, sobre el cuidado personal, aseo, alimentación y salud, y, especialmente respecto al consentimiento y cumplimiento de tratamiento; y, en la esfera patrimonial, en orden a que la hija pudiera «administrar su dinero de forma que no pueda dilapidarlo en gastos indebidos y siendo necesaria su intervención en los contratos que realice», «ayudándole a formar su voluntad correctamente». Se nombró al padre como curador, dado que la hija «manifestó que a su madre hacía seis meses que no la veía, que con ella no tiene mucha relación, que sus padres están separados, que su madre también sufre la enfermedad de esquizofrenia y que estaba viviendo con su padre que es quien la ayuda, de forma que quería que fuese su padre quien le apoye en lo que necesite».

Más extremo es el caso resuelto por la SAP Valencia (Sección 10ª) 20 octubre 2021 (rec. n.º 148/2021 (LA LEY 265324/2021)), relativo a una persona diagnosticada de esquizofrenia paranoide, con abuso de sustancias psicoactivas, cánnabis y ludopatía, por lo que, según el informe médico forense, presentaba una disminución importante de sus facultades intelectuales, de su conducta adaptativa y de su capacidad de entender, así como de su capacidad de independencia personal y social. La Audiencia constituyó una curatela con facultades de representación, nombrando como curador al IVASS, «en atención a las graves dificultades en las que se desarrolla la relación» de la persona discapaz «con su familia y que impiden que se puedan hacer cargo su hijo y hermano, respectivamente». La madre y los hermanos, en efecto, en sus declaraciones, habían puesto de manifiesto todos ellos la imposibilidad actual de convivencia con el demandando, «admitiendo no poder hacerse cargo de su hijo y hermano».

También la SAP Valencia (sección 10ª) 6 mayo 2022 (rec. n.º 808/2021 (LA LEY 170338/2022)) constituye una curatela, nombrando curadora a la misma entidad pública, en apoyo de una persona que padecía un trastorno límite de la personalidad, un trastorno depresivo crónico y un trastorno explosivo, como consecuencia del consumo de cannabis, cocaína y alcohol. Dice, así, que, «Habida cuenta de las situación en el hogar en el que habita el demandado, y los problemas que plantea la convivencia con sus padres, se considera necesario que el Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria, organismo encargado de la curatela del demandado a falta de otra persona más idónea para el ejercicio del cargo, habida cuenta de la avanzada edad de los progenitores, procure al demandado una vivienda tutelada, de acuerdo con el deseo del propio apelante, y también el de sus padres».

4. Situaciones de riesgo familiar provocadas por la enfermedad de las personas con discapacidad

Tampoco funciona (o puede funcionar) correctamente la guarda de hecho cuando la enfermedad de la persona con discapacidad provoca una situación de riesgo para los familiares que han asumido o que podrían asumir aquella, de no existir dicha situación.

La SAP Valencia (Sección 10ª) 16 septiembre 2021 (rec. n.º 240/2020 (LA LEY 212410/2021)) conoció del caso de una persona que padecía un trastorno esquizo-afectivo y de la personalidad grupo B y consumo tóxico, con alteraciones del comportamiento en relación a tal consumo, siendo tal patología de carácter crónico y persistente. Como consecuencia de dichas patologías, veía parcialmente afectadas sus facultades de autogobierno y, en fase de descompensación de la enfermedad, podían verse mermadas sus capacidades intelectivas y volitivas. No era consciente de la enfermedad, por lo que era necesario supervisar el tratamiento médico, que incluía ingresos en centros adecuados en épocas de desestabilización. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia, que había incapacitado al demandado, sujetándolo a tutela del IVASS y (de acuerdo ya con la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021)) estableció una curatela con facultad de representación, que comprendía la supervisión del autocuidado, del consentimiento para el tratamiento médico y para el manejo de la medicación, y de la supervisión de las actividades económicas, jurídicas y administrativa, pudiendo la persona con discapacidad disponer de dinero de bolsillo (40 euros mensuales). Se constató la existencia de una situación de riesgo familiar, por haberse producido numerosos incidentes violentos, de modo que todos los hermanos estaban asustados, razón por la cual la curatela se encomendó IVASS. En este supuesto, el demandado estaba de acuerdo con la sustitución de la tutela por una curatela con facultades de representación, pero había pedido que se designara a sus hermanos como curadores, petición que no fue atendida.

5. Tendencia al gasto que no puede controlarse a través de la guarda de hecho

La guarda de hecho no es adecuada en situaciones de una desmesurada tendencia al gasto, en cuyo caso es conveniente que la eficacia jurídica de los contratos realizados por la persona con discapacidad se subordine a la asistencia de un curador o, incluso, en los casos más extremos, que se le atribuya a éste facultades de representación para concluirlos en nombre de aquella, con la finalidad de evitar que pueda dilapidar su patrimonio.

Se constituye una curatela, nombrando curadora a la misma entidad pública, en apoyo de una persona que padecía un trastorno límite de la personalidad, un trastorno depresivo crónico y un trastorno explosivo

Hay que recordar que la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) ha suprimido la figura de la prodigalidad y que, precisamente, una de las desventajas de la guarda de hecho, en relación con la curatela, es la circunstancia de que, en el caso de existencia de aquella, los contratos celebrados por la persona con discapacidad no pueden ser anulados por la falta de intervención del guardador, como, en cambio, sucede con los concluidos sin la asistencia del curador, cuando la misma fuera precisa (art. 1302.3 CC (LA LEY 1/1889)), debiendo, en su caso, acudir a la acción de nulidad por falta de consentimiento, si se carece de la capacidad natural de entender y de querer la consecuencias del concreto acto celebrado, o a la de anulación del contrato por error o por dolo, cuyo éxito suscita más dificultades de prueba

que la mera circunstancia objetiva, fácilmente constatable, de la falta de intervención del curador.

Sin embargo, esta ventaja de la curatela se circunscribe, según la dicción del vigente art. 1302.3 CC (LA LEY 1/1889), al supuesto en que sea la propia persona con discapacidad quien demande la anulación del contrato, pues, si es el curador quien lo hace, para que pueda reconocerse legitimación, no bastará con constatar su no intervención, sino

que será preciso probar que el otro contratante era «conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

Respecto de la anulación por dolo, hay que tener en cuenta que, habitualmente, el dolo se resuelve en un error, es decir, provoca en el declarante un estado psicológico de falso conocimiento de la realidad, determinante de la prestación de su consentimiento, por lo que es usual calificar al dolo como un error provocado por la mala fe de la parte contraria. Sin embargo, lo cierto es que no parece que haya de excluir apriorísticamente la existencia de hipótesis de dolo-vicio, que no sean reconducibles a un error propiamente dicho. De hecho, existen algunas sentencias (ciertamente escasas), en las cuales se aprecia la existencia de dolo concurrente en casos en que uno de los contratantes, abusando de una situación de prevalencia, capta ilícitamente la voluntad del otro (una persona anciana, enferma o aislada socialmente), sin inducirlo a un error en el sentido estricto del término. *Vid...* en este sentido SSTS (Sala 1ª) 13 febrero 1967, 15 julio 1987 (núm. 486/1987), 27 febrero 1989 (núm. 173/1989) o 28 septiembre 2011 (rec. n.º 809/2008 (LA LEY 185794/2011)), la cual anuló por dolo una donación de varias fincas hecha por una anciana octogenaria, cediendo a la presión provocada por un estado emocional creado por su hijo, que pretendía «arrancar» el consentimiento de aquella de forma irreflexiva.

Volvamos a las sentencias aplicativas de la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021).

La SJPI núm. 9 Castellón de la Plana 4 octubre 2021 (rec. n.º 487/2021 (LA LEY 179219/2021)) contempló el supuesto de una persona soltera de 35 años, que convivía con sus padres, guardadores de hecho, la cual padecía un trastorno esquizoafectivo con patrón bipolar, lo que le provocaba fases en que presentaba vivencias expansivas con dimensión delirante de tipo megalómano. Durante dichas fases era vulnerable a influencias externas, habiendo sido instrumentalizada económicamente por terceras personas, que la habían inducido a adquirir bienes que luego tuvo que malvender, así como por oportunistas, habiendo podido salir de situaciones comprometidas por la protección de la familia con la que vivía. Por ello, consideró precisa la existencia de un apoyo judicial, para evitar que la persona con discapacidad tomara decisiones e hiciera planes desajustados que pusieran en riesgo su vida y sus bienes, dado que no era consciente de la descompensación que presentaba, mostrando aquella su conformidad con el establecimiento de las medidas de apoyo y aceptando que las asumiera cualquiera de sus progenitores, aunque mostrando su preferencia por el padre. En consecuencia, nombró al padre como curador con facultades de representación: en el ámbito personal, en orden a consentir tratamientos médicos y su internamiento cuando se descompensara de su enfermedad y hasta su estabilización; y, en el ámbito económico, respecto de los actos de administración y disposición económica y celebración de contratos, debiendo solicitar autorización judicial en los supuestos contemplados en el art. 287 CC (LA LEY 1/1889), no siendo necesario nombrar un curador para el resto de apoyos que precisaba, dado que los efectuaban sus padres, como guardadores de hecho, sin problema alguno.

La SAP (Sección 22ª) Madrid 25 octubre 2021 (rec. n.º 1808/2019 (LA LEY 261571/2021)) sujetó a curatela a una persona que padecía un trastorno psicótico no especificado y rasgos paranoides de personalidad, la cual no tenía «conciencia de enfermedad», por lo que no seguía el tratamiento psicofarmacológico pautado, y, «al no tener conocimiento cierto de la realidad tampoco lo tiene sobre su economía»: en el informe forense de primera instancia se dice que «gastó 20.000 euros en el día a día» y que «puede gastar en un día la mayor parte de la pensión confiando en las ayudas que recibe de su familia». Revocó la sentencia de incapacitación (dictada con arreglo al régimen legal anterior) y estableció una curatela de carácter asistencial, nombrando como curador al hijo que en primera instancia había sido designado como tutor. Previó la asistencia del curador en el ámbito de la salud de la madre, «en concreto, la asistencia a consultas médicas, el seguimiento del tratamiento farmacológico pautado y cualquier otro que guarde directa relación con ello»; así como en el «ámbito de la administración y disposición de sus bienes, exceptuando el dinero de bolsillo».

6. Dificultad para seguir ejercitando la guarda de hecho

Otro caso que puede determinar la constitución de una curatela es la existencia de una dificultad para seguir desempeñando adecuadamente la guarda de hecho (por ejemplo, la avanzada edad o empeoramiento de salud de quien la ejerce), lo que pueda llevar al guardador a desistir de sus funciones (art. 267.3.º CC (LA LEY 1/1889)).

La SAP Valencia (Sección 10ª) 20 octubre 2021 (rec. n.º 265/2021 (LA LEY 265325/2021)) constituyó una curatela en apoyo de una persona con un cuadro negativo de esquizofrenia típico, que recibía atención domiciliaria, la cual tenía

una conciencia ambivalente de su enfermedad, por lo que no era posible asegurar que siguiera el tratamiento médico, necesitando, además, supervisión para organizar adecuadamente las actividades de la vida diaria. La madre, con quien vivía, era su guardadora de hecho y administraba las dos pensiones que percibía (por orfandad y minusvalía), pero tenía 84 años y necesitaba que su hija mayor acudiera diariamente a la vivienda, para encargarse de hacer la comida, la limpieza y atenderla. En estas condiciones se consideró razonable establecer una curatela, nombrándose como curadora a la hermana mayor (de acuerdo con la preferencia manifestada por la persona con discapacidad).

La SAP (Sección 10ª) Valencia 6 mayo 2022 (rec. n.º 1409/2021 (LA LEY 170344/2022)) constituyó también una curatela, nombrando al IVASS curador de la persona con discapacidad, «porque ni su madre, ni sus hermanos, se han mostrado con disposición para desempeñar el cargo, aduciendo la madre su edad e impotencia, y los hermanos, la necesidad de un apoyo especializado».

7. Carácter temporal de la residencia en la entidad que ejerce la guarda de hecho

Puede también determinar la constitución de una curatela el carácter necesariamente temporal de la residencia de la persona con discapacidad en la entidad, guardadora de hecho.

La SAP Cádiz (Sección 5ª) 27 octubre 2021 (rec. n.º 1231/2020 (LA LEY 278539/2021)) confirmó la sentencia recurrida, que había sujetado a una persona con esquizofrenia paranoide a curatela de la Fundación Gaditana de Tutela, contra su voluntad y el parecer del Ministerio Fiscal para quien la guarda de hecho, ejercida por una institución de salud mental en la que residía, por haber ingresado en ella voluntariamente, «viene a garantizar los apoyos necesarios para la realización de los actos de la vida civil», conviviendo los fines de semana en el domicilio familiar. En el informe forense y en la declaración de la psiquiatra que trata ordinariamente a la persona con discapacidad se pone de manifiesto «la necesidad de contar con los apoyos necesarios que garanticen la continuidad del tratamiento que viene recibiendo por motivo de su enfermedad mental», la parcial conciencia de su enfermedad (con el consiguiente riesgo de abandono del tratamiento) y el carácter provisional del ingreso en la institución sanitaria (que, por protocolo, no puede exceder de dos años), lo que la coloca en situación de no tener dónde ir, «dado el rechazo de su núcleo familiar habida cuenta de los problemas de convivencia con sus familiares relacionados con las fases de descompensación», cuando abandona el tratamiento, momento en el que surgen «numerosos enfrentamientos y episodios de agresividad» (que dieron lugar a procesos penales por malos tratos y lesiones). En consecuencia, la Audiencia no considera que la guarda de hecho ejercida por la institución sanitaria «sea la medida idónea para salvaguardar los apoyos necesarios que permitan asegurar la efectividad del tratamiento», ya que se «impone una labor asistencial continuada de supervisión en el seguimiento del tratamiento», que «sólo mediante el ejercicio de la curatela puede procurarse».

8. Existencia de un patrimonio, cuya administración requiera la petición de continuas autorizaciones judiciales para realizar actuaciones representativas

En el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria de 2022 (Cód. EX2201), se afirma que podrá entenderse que la guarda de hecho no es una medida de apoyo suficiente, «cuando, por las circunstancias de la persona con discapacidad, se advierte que va a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales por el guardador, para actuar en representación de la persona con discapacidad de forma reiterada, y por ello deberá acudir de modo reiterado al juzgado (p. e. en caso de patrimonio que por su entidad o cantidad implica una administración superior a la entendida ordinaria)».

La SAP Cádiz (Sección 5ª) 27 mayo 2022 (rec. n.º 133/2022 (LA LEY 188004/2022)) afirma que la necesidad de vender la vivienda de una persona con discapacidad, para poder pagar la residencia en la que vive, no justifica la constitución de una curatela, al existir una guarda de hecho, ejercida por sus hijos, que funcionaba correctamente, siendo lo pertinente que los guardadores de hecho pidiesen autorización para realizar la venta en expediente de jurisdicción voluntaria. En consecuencia, revoca la sentencia que había constituido una curatela representativa, nombrando curadora a una de las hijas. En las declaraciones testificales todos los hijos «afirmaron que el motivo de la demanda es que todos los hermanos consideran necesaria la venta del domicilio propiedad de su madre, para hacer frente a los gastos de la residencia, pues con su pensión no es suficiente».

La SAP Cádiz 17 junio 2022 (rec. n.º 187/2022 (LA LEY 203703/2022)) observa que tampoco era motivo para constituir la curatela solicitada la necesidad de aceptar la herencia a la que estaba llamada una persona con discapacidad, por existir una guarda de hecho, ejercida por su mujer, que funcionaba adecuadamente, sino que lo procedente era que la guardadora de hecho pidiese autorización para aceptar tal herencia en expediente de jurisdicción voluntaria. Revoca, así, la sentencia recurrida, que había constituido una curatela representativa, nombrando curadora a la mujer, que era quien cuidaba de su marido, tanto en el aspecto personal y médico, como en la gestión de su economía, estando autorizada en su cuenta y administrando sus ingresos. En declaración testifical, tanto la mujer, como el hijo, habían afirmado «que el motivo de la demanda es la aceptación de la herencia de la madre del discapaz».

IV. La falta de coherencia entre la nueva concepción de la guarda de hecho y el nuevo art. 91.II CC

La Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) ha suprimido la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

En la Exposición de Motivos se dice que «se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, 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 supresión es coherente con el nuevo tratamiento de la discapacidad, pues, suprimida la incapacitación, no es posible prorrogar o rehabilitar la patria potestad, que confiere a los progenitores la representación legal de los hijos y, por lo tanto, comporta una actuación sustitutiva en nombre de los mismos.

Existiendo hijos con discapacidad, partiendo del principio de razonable desjudicialización que inspira la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021), parece que lo más pertinente sería, en principio, conservar la guarda de hecho que viniese ejercitando el progenitor custodio sobre los hijos menores, una vez alcanzada por estos la mayoría de edad.

No obstante, el nuevo art. 91.II CC (redactado por la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021)) prevé que, en el marco de un proceso de nulidad, separación o divorcio, cuando «existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor», resuelva «también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de éstas, las cuáles, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad». «En estos casos —continúa el precepto— la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad». Esta remisión a las normas de la LEC reguladoras de la provisión judicial de medidas de apoyo no deja de suscitar cierta perplejidad, en lo relativo a la legitimación, pues no todas las personas legitimadas para pedir las pueden ser partes en un juicio de nulidad, separación o divorcio.

Esta norma, sin duda, pensada como un paliativo a la supresión de la patria potestad prorrogada, pretende evitar la necesidad de iniciar un juicio adicional de provisión de apoyos, cuando ya hay un proceso de familia en curso, así como que no exista un lapso de tiempo durante el cual quede desasistido el hijo que previsiblemente necesitará el apoyo de un curador.

La SAP Pontevedra (Sección 3ª) 21 septiembre 2021 (rec. n.º 356/2021 (LA LEY 218433/2021)) ha sustituido la patria potestad rehabilitada, establecida en la sentencia recurrida (dictada antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021)), por una curatela asistencial con la anuencia de la persona con discapacidad, que, según el informe del Médico Forense, necesitaba supervisión y ayuda en gran parte de las tareas de su vida cotidiana, pero no una sustitución, recibiendo un tratamiento adecuado, y, si bien no era previsible una mejoría, tampoco un empeoramiento en los próximos diez años. Se nombró como curadora asistencial a la madre, «quien explica la convivencia actual de ambas, la normalidad de su relación y el control efectivo que viene realizando sobre las

actividades de su hija», asistiéndola en todas las actividades de disposición de dinero y de otorgamiento de actos jurídicos con contenido económico (sin perjuicio de que la madre siguiese entregando a la hija una cantidad periódica para los gastos cotidianos y sin que se fijase una cifra concreta, al haber aceptado esta dejarlo al buen criterio de aquella), así como la supervisión de los controles médicos de su enfermedad y del seguimiento del tratamiento diario.

Cabe dudar de si, en este caso, no hubiera sido más procedente reconocer a la madre como guardadora de hecho, a partir del momento en que se extinguiera la patria potestad, si bien constaba el consentimiento de la persona con discapacidad a la constitución de la tutela, extremo este, al que los tribunales de instancia dan importante relevancia.

La previsión del nuevo art. 91.II CC se concilia mal con la idea de que la necesidad de establecer medidas judiciales de apoyo ha de apreciarse, exactamente, en el momento en el que hayan de adoptarse

En realidad, la previsión del nuevo art. 91.II CC se concilia mal con la idea de que la necesidad de establecer medidas judiciales de apoyo ha de apreciarse, exactamente, en el momento en el que hayan de adoptarse, por lo que se contempla una actuación preventiva, que, desde luego, deberá realizarse con prudencia, exclusivamente, en los casos en los que exista una convicción de que no haya posibilidad de mejora de la situación de discapacidad que aqueja a los hijos (siempre mayores de 16 años).

Por otro lado, también plantea problemas en relación con el principio de la razonable desjudicialización de la discapacidad que resulta del vigente art. 263 CC (LA LEY 1/1889), según el cual «Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad

continuará en el desempeño». Para ser coherentes lo lógico sería que, una vez extinguida la patria potestad, el progenitor que tenía atribuida la custodia del hijo menor continuase atendiéndolo como guardador de hecho: si en la sentencia de nulidad, separación o divorcio se le atribuye la custodia del menor, parece que, en principio, habría de entenderse que, al alcanzar la mayoría de edad, podría ejercer una guarda de hecho que funcionara correctamente. Por lo tanto, creo que, si se establece una curatela para cuando el hijo salga de la patria potestad, habrá que justificar (preventivamente) por qué en un futuro no podría funcionar correctamente una guarda de hecho ejercitada por quien hasta ese momento tenía atribuida la custodia.

Lo que, en ningún caso, me parece correcto es pedir una medida de apoyo a través de una modificación de medidas, porque no es el cauce procesal adecuado.

Por ello, no deja de llamar la atención la SAP Cantabria (Sección 2ª) 14 febrero 2022 (rec. n.º 466/2021 (LA LEY 19216/2022)), que conoció de la pretensión de que, a través de un juicio de modificación de medidas, se declarara la guarda de hecho conjunta del hijo mayor con discapacidad, cuya custodia había sido atribuida a la madre en la sentencia de divorcio, cuando el mismo era menor de edad. El hijo, desde los dos años, requería «cuidados intensos y permanentes por su evidente falta de capacidad de discernimiento y sus limitaciones físicas que le han hecho acreedor de una altísima calificación de discapacidad administrativa (grado III, 90%)».

La psicóloga, especializada en el trastorno que padecía, declaró, «tanto en el informe, como en el acto del juicio, tras reconocer las habilidades de sus padres, recomienda su permanencia en un entorno estable y conocido, bajo rutinas establecidas, dada las dificultades importantes de adaptación que precisa». La Audiencia denegó la pretensión, por entender que no concurrían las circunstancias precisas para pensar que la estimación de aquella, redundaría «en la mejora en el interés y bienestar del hijo común ya mayor de edad, existiendo, como existe, un régimen de comunicación con su padre amplio que permite un contacto vital estrecho»: «mantenimiento de la guarda exclusiva de la madre, guardadora de hecho, como figura principal de apoyo en el ámbito civil», «coincidiendo con su condición de cuidadora principal no profesional otorgada en el ámbito administrativo».

A mi entender, ni siquiera se tenía que haber entrado en el fondo del asunto, porque, como he dicho, el cauce procesal elegido era inadecuado.

V. El guardador de hecho

El guardador de hecho es la persona, normalmente, un familiar o allegado de quien sufre una discapacidad, a quien, de modo espontáneo y habitual, le presta asistencia cotidiana, de manera desinteresada, en virtud de una relación

de confianza y afecto mutuo, sin que entre ambos exista una relación contractual (como, por ejemplo, un contrato de vitalicio o alimentos o un arrendamiento de servicios, en el caso de cuidadores profesionales), siendo, además, frecuente su convivencia bajo un mismo techo, aunque es posible que el guardador de hecho no conviva con la persona con discapacidad, atendiéndole mediante los servicios de un cuidador personal.

No obstante, también puede tener la condición de guardador de hecho una persona jurídica (por ejemplo, una institución o fundación pública de carácter autonómico o una entidad de carácter privado) que proporcione «servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo», siempre que no lo haga «en virtud de una relación contractual», pues, en este caso, no podrá ejercer ninguna medida de apoyo (art. 250.VIII CC).

La SAP La Coruña (Sección 3ª) 17 julio 2022 (rec. n.º 238/2022) reconoce como guardadora de hecho a una ONG, denominada «Comité Ciudadano Anti-SIDA, A Coruña», al no existir un contrato de asistencia entre dicha entidad y la persona con discapacidad, «por lo que no concurre la prohibición del artículo 250 del Código Civil (LA LEY 1/1889). La relación se enmarca en una actividad social de voluntariado, sin perjuicio de que, para la Xunta de Galicia les conceda subvenciones, deban cumplir con unos protocolos de actuación».

En caso de que exista más de un guardador de hecho se plantea si deben actuar mancomunadamente o pueden hacerlo solidariamente, siendo, a mi parecer, preferiblemente esta última solución

Es posible que exista más de un guardador de hecho, por ejemplo, dos padres que se ocupen del hijo que sufre una discapacidad [SAP Cantabria (Sección 2ª) 31 mayo 2022 (rec. n.º 830/2021 (LA LEY 113593/2022))] o varios hijos que cuiden de un padre enfermo [SAP León (Sección 1ª) 21 marzo 2022 (rec. n.º 1105/2021 (LA LEY 102212/2022))], plateándose, en tal caso, si los guardadores deben actuar mancomunadamente o pueden hacerlo solidariamente, siendo, a mi parecer, preferiblemente esta última solución, dada la naturaleza prioritariamente asistencial de la labor que lleva a cabo el guardador. Si existiere un desacuerdo puntual entre ellos, se procederá al nombramiento de un defensor judicial (art. 264.IV CC) (aunque no creo que

sea estrictamente necesario, pudiendo el Juez atribuir la facultad de decisión del caso a uno de los guardadores, del mismo modo en que puede encomendar la facultad de decidir una cuestión controvertida a uno de los padres, en caso de discrepancia entre ellos, conforme al art. 156.III CC); y, si los desacuerdos fueran graves o reiterados, de modo que afectaran al correcto funcionamiento de la guarda de hecho, lo procedente sería la constitución de una curatela.

Es también posible que la guarda de hecho coexista con otras medidas de apoyo, voluntarias o judiciales, lo que podrá ocurrir en dos casos. En primer lugar, cuando dichas medidas estén circunscritas al ámbito puramente patrimonial, por lo que el cuidado de la persona con discapacidad podrá ser asumido por un guardador distinto de quien tiene encomendado el ejercicio de aquellas. En segundo lugar, como, expresamente prevé el art. 263 CC (LA LEY 1/1889), cuando existan medidas voluntarias o legales, pero las mismas «no se estén aplicando eficazmente»; y ello, mientras subsista esta situación: en este caso, serían válidos los actos realizados por el guardador, actuando dentro de su esfera de legitimación.

VI. Facultades asistenciales del guardador

Las facultades del guardador son básicamente asistenciales, centrándose habitualmente en el cuidado cotidiano y personal de quien sufre la discapacidad y en la administración ordinaria de su patrimonio, sin perjuicio de que esa asistencia pueda también manifestarse ocasionalmente, ayudándole a formar su voluntad para celebrar concretos actos jurídicos o contratos. Pero, en este caso, su función es puramente auxiliar, siendo, pues, bien distinta de la que corresponde al curador, quien ha de intervenir, necesariamente, en los casos en que así lo haya previsto la sentencia constitutiva de la curatela, consintiendo la celebración del contrato celebrado por la persona con discapacidad, siendo, en caso contrario, anulable dicho contrato (art. 1302.III CC). No sucede lo mismo respecto del guardador, pues, no siendo su intervención precisa (no es requisito de validez), su ausencia no determina la anulabilidad del contrato.

Esta idea aparece claramente expresada en la Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en la cual se observa que la guarda de hecho «no tiene que acreditarse ante notario, ni su existencia representa un condicionante para la actuación de la persona con discapacidad», por lo que el guardador de hecho «puede comparecer ante el notario para prestar simplemente su apoyo instrumental», «para ayudar a la persona con

discapacidad a entender y ser entendida, sin que su intervención represente una confirmación o aprobación de la decisión adoptada por el interesado en el ejercicio de su capacidad jurídica». A continuación, se pregunta, si, «por imitación a la curatela», «debe el notario, atendidas las circunstancias del caso, demandar su asentimiento», concluyéndose que «El notario no es un juez, que pueda condicionar el otorgamiento del instrumento público a la aprobación del guardador», y que «La función del guardador de hecho, en el ámbito notarial, no debe ir más allá de prestar su auxilio a la persona con discapacidad para expresar o tomar su decisión y comprender el contenido del instrumento público notarial».

¿Existe un principio de protección del interés superior de la persona con discapacidad al que deba sujetarse el guardador de hecho?

Al guardador de hecho le es aplicable el vigente art. 249.I CC (LA LEY 1/1889), con el que se inicia la regulación de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad, conforme al cual las mismas «tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad», debiendo estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales».

La atención a «la voluntad, deseos y preferencias de la persona» con discapacidad plantea un problema, que no es específico de la guarda de hecho, consistente en decidir si, en las ocasiones en que la persona sujeta a medidas de apoyo tiene gravemente mermada su capacidad para tomar decisiones, por padecer una enfermedad de carácter mental, es posible acudir al principio del interés superior del discapacitado para adoptar decisiones que objetivamente se consideren convenientes para su bienestar, en contra de su voluntad.

El problema surge porque el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus Observaciones, de 19 de mayo de 2014 (concretamente, en la Primera de ellas), ha declarado que «El principio del *interés superior* no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 [de la Convención] en relación con los adultos, afirmando que «El paradigma de *la voluntad y las preferencias*» debe reemplazar al del *interés superior* para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás» (núm. 21).

Sin embargo, no es esta la posición que ha seguido la STS (Sala 1ª) 6 mayo 2021 (rec. n.º 2235/2020 (LA LEY 48409/2021)), que, al sistematizar los principios inspiradores de la regulación contenida en la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) (aunque todavía no se hallaba en vigor), se refiere al «Principio del interés superior de la persona con discapacidad», que explica del siguiente modo: «El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros».

Cuando una persona tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad será posible que, en su interés, el guardador de hecho adopte decisiones que contraríen sus deseos

A mi parecer, es claro que, cuando una persona tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le impida tomar conciencia del estado en que se halla y comprender que necesita la ayuda que rechaza, será posible que, en su interés, el guardador de hecho adopte decisiones que contraríen sus deseos. En definitiva, será necesario acudir a un parámetro objetivo, que obviamente, no estará basado en «la voluntad, deseos y preferencias de la persona» con discapacidad. Ahora bien, a estos efectos, en vez de recurrir a un principio que categoriza a una clase de personas, las que sufren una discapacidad, quizás, sería más conveniente invocar el principio constitucional, de alcance general, de dignidad de la

persona (art. 10.1 CE (LA LEY 2500/1978)) (de toda persona), que trasciende a su pura voluntad. No puede olvidarse que, conforme al nuevo art. 249.I CC (LA LEY 1/1889), las «medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales», cuyo disfrute ha de ser especialmente amparado por los poderes públicos a los que sufren una discapacidad (art. 49 CE (LA LEY 2500/1978)).

Con mayor razón, el guardador de hecho habrá de acudir a parámetros objetivos de actuación cuando la persona con discapacidad no hubiera tenido nunca la oportunidad de formar libremente su voluntad, por padecer una enfermedad de nacimiento que excluya su capacidad de discernimiento.

Ciertamente, para el caso de que hubiera perdido posteriormente dicha capacidad, o como dice el art. 249.III CC, «no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona», según prevé el mismo precepto, para el ejercicio de las funciones de representación, «se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación».

Sin embargo, esta previsión legislativa no excluye de manera absoluta la necesidad de acudir a criterios objetivos en defensa de la dignidad y derechos fundamentales de la persona con discapacidad, pues, dejando aparte la dificultad de decidir qué es lo que habría querido actualmente, si hubiera podido formar y expresar su voluntad libremente, será raro que pueda averiguarse cuál hubiera sido su presunta voluntad para todas y cada una de las actuaciones que el guardador deba realizar en su interés.

VII. Facultades representativas

Tras la reforma del 2021, el guardador de hecho tiene, además, facultades representativas: unas, directamente concedidas por la ley; otras, otorgadas previa autorización judicial, en caso de necesidad.

La concesión de facultades de representación al guardador supone —desde luego— una importante novedad, en orden a posibilitar el desarrollo efectivo de la guarda de hecho, que supera la regla del art. 304 CC (LA LEY 1/1889), anterior a la reforma, que, presuponiendo la falta de legitimación del guardador para actuar en nombre de la persona con discapacidad, preveía que los actos por el realizados en interés del «presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad».

1. Facultades directamente concedidas por la Ley

A tenor del art. 264.III CC, «No será necesaria autorización 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».

En las «Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores», celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021, se dice que «La determinación de cuales sean estos actos dependerá del caso concreto, por lo que resulta necesario tener en cuenta el contexto personal, su modo de vida, ingresos (atender al "histórico bancario" puede resultar revelador a esos efectos), etc.».

La previsión del art. 264.III CC es manifestación del principio de «razonable desjudicialización» que inspira la reforma, pero debe ir acompañada de un sistema que facilite la prueba de la condición de guardador, pues, en caso contrario, este difícilmente podrá actuar en representación de la persona con discapacidad en dichos actos, los cuales, aunque de escasa cuantía económica (razón por la que, precisamente, no requieren autorización judicial), pueden tener una gran trascendencia práctica.

Dado que el cambio de guardador es posible, deberá prestarse atención a la fecha del acta de notoriedad para comprobar si el que realiza un acto en nombre de la persona con discapacidad sigue siendo su guardador

No creo que haya ningún obstáculo a que la prueba de la guarda de hecho se realice mediante un acta de notoriedad, pues, aunque se trata de una situación de hecho informal, sin embargo, tiene un carácter estable. No obstante, dado que el cambio de guardador es posible, parece que deberá prestarse atención a la fecha del acta de notoriedad, en orden a considerar que quien pretende realizar un acto en nombre de la persona con discapacidad sigue siendo su guardador.

La Consulta INSS 30 noviembre 2021, en relación a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad, ha declarado que «el guardador de hecho puede solicitar la prestación

económica de la Seguridad Social en favor de la persona con discapacidad, sin requerirse para ello autorización judicial, ingresándose la pensión en la cuenta bancaria de la persona con discapacidad», añadiendo que «La condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento o

documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición».

Las administraciones autonómicas, por ejemplo, en orden a las solicitudes de reconocimiento de grado de discapacidad, están empezando a admitir las presentadas por guardadores de hecho a través de declaraciones de responsabilidad sobre los siguientes extremos: que se tiene la guarda de hecho de la persona con discapacidad, con expresión de las razones por las que se ostenta; que «a su juicio dicha persona no tiene capacidad de autogobierno»; y la relación de parientes, con indicación de nombres y apellidos, edad, tipo de parentesco y dirección.

En la práctica, surgen dificultades con las entidades de crédito, que son renuentes a permitir que el guardador de hecho pueda retirar fondos de una cuenta bancaria de la que es titular la persona con discapacidad. Para constatar que se es guardador de hecho, es posible acudir a un acta de notoriedad y, en los casos de negativa infundada, cabrá instar un auto de declaración de la condición de guardador de hecho frente a la entidad bancaria a través de un proceso de jurisdicción voluntaria.

El AJPI núm. 3 Córdoba 8/2022 11 enero 2022 (procedimiento Jurisdicción Voluntaria, genérico, 1641/2021) ha reconocido, así, dicha condición respecto de la madre frente a BBK BANK CAJASUR y, en consecuencia, ha declarado que «se encuentra legitimada por ley para realizar respecto de cuentas bancarias de la que su hija sea titular, funciones de administración ordinaria y disposición».

Ciertamente, resulta paradójico que, siendo la guarda de hecho una medida de apoyo informal, el guardador se vea obligado a acudir a un Juzgado para que se le declare formalmente como tal, a fin de poder realizar una actuación representativa, para la cual está expresamente legitimado por el art. 264.III CC (parece, pues, que asistimos a una suerte de «judicialización» de la «desjudicialización»). En cualquier caso, como dice la SAP León (Sección 1ª) 21 marzo 2022 (rec. n.º 1105/2021 (LA LEY 102212/2022)) (si bien respecto de un caso en el que la identificación de los guardadores se realiza en el marco de un juicio de modificación de la capacidad de obrar iniciado bajo la vigencia de la legislación anterior), «Como la guarda de hecho no es un cargo jurídico que se deba constituir por el tribunal», la autoridad judicial, se limitará «a dejar constancia de ella para identificar a quienes la ejercen».

El AJPI núm. 5 Córdoba 8/2022 7 febrero 2022 (Prov. Medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad 1030/2021) constata dicha paradoja, al estimar la demanda de reconocimiento de la condición de guardadora de hecho de una hermana. Dice, así, que «la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal», pero que la guardadora «se ve necesitada de recabar el auxilio judicial con el objeto de que se reconozca por parte de entes públicos y privados las facultades que ya vienen reconocidas legalmente en aras, única y exclusivamente, a tutelar los intereses de su hermana, cuya discapacidad consta acreditada en autos»; y añade: «Esta cuestión no deja de ser preocupante pues lleva ínsito un desconocimiento e incumplimiento por parte de dichos entes de la nueva regulación legal para la protección de las personas con discapacidad, obstaculizando, entorpeciendo y retrasando que puedan ejercitar sus derechos a través de sus guardadores de hecho». Observa que la guardadora de hecho no necesita que se declare judicialmente su condición de tal, a efectos de poder cancelar una cuenta bancaria de su hermana, solicitar los atrasos a los que aquélla tiene derecho por la pensión de orfandad que tiene reconocida por el INSS, ni para disponer de la cantidad que le corresponde por un seguro de defunción de Mapfre del que es beneficiaria, porque el Código civil «establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal para la guarda de hecho ni para los actos descritos». Sin embargo, dado los obstáculos a los que se enfrenta la demandante para poder ejercer sus funciones, se accede a su pretensión y se le declara guardadora de hecho de su hermana «a todos los efectos legales».

También en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, se dice que «Cuando en el expediente de Jurisdicción voluntaria incoado por la solicitud de provisión judicial de medidas de apoyo, tras la entrevista con la persona con discapacidad y la práctica de las pruebas consideradas necesarias, se advierta que existe una guarda de hecho adecuada y suficiente, procedería dictar un auto de archivo del expediente sin adoptar las medidas de apoyo judicial solicitadas». No obstante (sin duda a efectos prueba de la condición de guardador), se añade que «Es recomendable que ese mismo auto deje constancia de la existencia de una guarda de hecho ejercida por NN en relación a la persona de NN, y reseñar las funciones que el Código Civil atribuye al guardador de hecho».

Esto es lo que hace la SAP La Coruña (Sección 3ª) 17 julio 2022 (rec. n.º 238/2022), que confirma la sentencia que había desestimado la pretensión de constituir una curatela en apoyo de una persona que, según el informe médico forense, «presentaba un deterioro cognitivo grave, en contexto de la enfermedad de SIDA, de carácter crónico, con tendencia a un mayor deterioro, no siendo esperable mejoría, no pudiendo tomar decisiones en relación con su persona y administración de bienes»; y ello, por existir una guarda de hecho, ejercida por una ONG. Sin embargo, considera conveniente la declaración judicial de la condición de guardador de hecho de la referida ONG, «a los meros efectos de acreditar esa condición frente a terceros», y especifica, con bastante detalle, los actos que la guardadora puede realizar, sin limitarse a hacer una genérica remisión al art. 264.III CC. Dice, así, que «podrá representar plena y totalmente» a la persona discapaz en los siguientes actos: 1) En la obtención y renovación de un certificado digital electrónico de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a fin de poder realizar gestiones telemáticas en las que sea precisa la utilización de tal medio de identificación y firma. 2) En la gestión, administración y disposición ante la entidad bancaria [en la que a la persona con discapacidad le ingresan la pensión no contributiva]. 3) En las solicitudes de actos médicos, toma de decisiones y en su caso suscripción del consentimiento informado para la realización de intervenciones médicas. 4) En cualquier acto ante la Administración General del Estado y organismos dependientes, como AEAT y la Dirección General de Tráfico, ante la Xunta de Galicia y organismo dependientes, y ante la Administración Local; y en general, en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de [la persona con discapacidad]». También lo faculta para realizar un acto, que no es de los comprendidos en el art. 264.III CC, ante la existencia de una necesidad actual de autorización judicial; y ello, sin duda, con la finalidad de evitar que posteriormente tuviera que iniciarse un procedimiento de jurisdicción voluntaria para obtener dicha autorización: «En la aceptación, cobro y suscripción de carta de pago de la herencia de su difunto padre; y, especialmente, para el cobro de una cantidad correspondiente a un seguro, cuya cuota parte ya percibieron sus hermanos». Concluye: «Cualquier otra necesidad de apoyo representativo puntual que pudiera surgir en el futuro deberá ser solicitada por el cauce del expediente de jurisdicción voluntaria».

En las «Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores», de 2021, se afirma que «realizado un proceso de revisión de medida que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho, dicha resolución constituirá un título acreditativo extraordinario sobre esta institución, así como la propia sentencia que en su día las constituyó».

2. Facultades otorgadas previa autorización judicial en caso de necesidad

El art. 264.I CC (LA LEY 1/1889) prevé 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, en el que se oirá 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. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad».

Es incorrecto el fallo contenido en las SSJPII núm. 2 Tafalla 3 febrero 2022 (rec. n.º 347/2021 (LA LEY 73695/2022)) y 3 febrero 2022 (rec. n.º 121/2021 (LA LEY 73688/2022)), que no solo cometen la impropiedad técnica de «nombrar» un guardador de hecho, sino que, además, le autorizan «expresamente» «para realizar las actuaciones de gestión y/o administración del patrimonio sin autorización judicial concreta para cada una de dichas gestiones (normalmente, bancarias), y para cualquier otro acto de disposición patrimonial o de contenido económico» de la persona con discapacidad.

Por un lado, la facultad de representación del guardador de hecho en las

Al guardador ni se le debe nombrar ni conceder judicialmente facultades representativas, salvo cuando se acredite la necesidad de realizar ciertos actos, previa petición del mismo, en expediente de jurisdicción voluntaria

operaciones bancarias de la persona con discapacidad no ha de ser autorizada por el Juez, ya que la legitimación para realizarlas deriva directamente del art. 264.III CC; y, por otro lado, no se le puede autorizar apriorísticamente para llevar a cabo «cualquier otro acto de disposición patrimonial o de contenido económico» convirtiéndole en un representante general de la persona a la que asiste. A diferencia de lo que sucede con el curador, al que judicialmente se le pueden conferir facultades de representación al nombrarlo (cuyo ejercicio concreto exigirá autorización judicial, previa comprobación de la situación de necesidad en los casos previstos en el art. 287 CC (LA LEY 1/1889)), no sucede lo mismo con el

guardador, a quien, ni se le debe nombrar, ni, por ello, conceder judicialmente facultades representativas, salvo cuando se acredite la necesidad de realizar ciertos actos, previa petición del mismo, en expediente de jurisdicción voluntaria.

El art. 264.II CC especifica que, «En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287» (esto es, los actos para los que el curador con facultad de representación necesite autorización judicial).

El guardador deberá solicitar la autorización «a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oír a la persona con discapacidad», por lo que, «antes de tomar una decisión, la autoridad judicial entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite» (art. 52.3 LJV (LA LEY 11105/2015)).

Nótese que el juez deberá oír a la persona con discapacidad, pero no dice que deba seguir su voluntad, en todo caso.

Ciertamente, en la nueva regulación de la discapacidad la actuación sustitutiva o representativa por parte de quien ejercita las medidas de apoyo es excepcional, idea que, obviamente, es aplicable en materia de guarda de hecho.

Así, según el art. 249.III CC, solo «En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas».

No obstante, creo que el juez podrá conceder la autorización, si existe una clara necesidad de realizar un acto, no solo cuando la persona no pueda físicamente expresar su voluntad (y, por lo tanto, conocerse), sino también cuando, aun oponiéndose a la misma, su voluntad no pueda formarse libremente, por sufrir una enfermedad que anule gravemente su facultad de discernimiento, y sea preciso autorizar un acto para proteger su salud o patrimonio: no hacerlo así, invocando el llamado «derecho a equivocarse» de la persona con discapacidad es desconocer la circunstancia de que, se quiera, o no, hay enfermedades, que comprometen la aptitud natural de entender y querer de quienes las padecen.

Se plantea la suerte de los contratos realizados por el guardador sin la preceptiva autorización judicial. Un sector de la doctrina los considera anulables, tesis esta, que no comparto, pues estamos un caso de falta de legitimación para realizar el acto, que, en puridad, no afecta a la validez del mismo, sino, simplemente, a su eficacia traslativa. Estamos, en definitiva, a mi parecer, ante un negocio incompleto, susceptible de ratificación conforme al art. 1259.II CC.

Una última cuestión, de carácter procesal. Hay que tener en cuenta que, según el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, «Cuando el guardador de hecho solicite una autorización para representar a la persona con discapacidad en la enajenación de bienes inmuebles, se seguirá el procedimiento previsto en los arts. 61 y ss. LJV (LA LEY 11105/2015), por ser el más específico para este acto, y no el general del art. 52.3 LJV (LA LEY 11105/2015)» [en este sentido se orienta también SAP Cádiz (Sección 5ª) 27 mayo 2022 (rec. n.º 133/2022 (LA LEY 188004/2022))].

En particular, conforme al art. 63.1 LJV (LA LEY 11105/2015), «En la solicitud deberá expresarse el motivo del acto o negocio de que se trate, y se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo; se identificará con precisión el bien o derecho a que se refiera; y se expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se

obtenga». Además, «Con la petición que se deduzca se presentarán los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común realizada». Según el art. 63.2 LJV (LA LEY 11105/2015), «En el caso de autorización solicitada para transigir, se acompañará, además, el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción». Por último, a tenor del art. 63.3 LJV (LA LEY 11105/2015), «podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada. En este caso, deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar».

El AJPI Córdoba núm. 5 570/2022 15 septiembre 2022 (Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria Genérico 1297/2021), constatando la condición de guardadora de hecho de la hija de una persona con demencia avanzada, ha aplicado los arts. 61 y ss. LJV (LA LEY 11105/2015), para autorizar a aquella a vender directamente la cuota de un inmueble, por considerar que dicha venta revertiría en beneficio de la madre, que se encontraba en una residencia, «no pudiendo afrontar el gasto total de su estancia con las pensiones que percibe», observando que el resto de comuneros estaban de acuerdo en la operación y que se había aportado una copia del preacuerdo de venta, en el que constaban los datos de las partes, vendedora y compradora, así como el precio de venta, que era ligeramente superior al valor de tasación fijado en el informe adjuntado. Se acuerda también requerir a la guardadora de hecho para que acredite que el dinero correspondiente a su madre «se ha destinado a las finalidades expuestas en la demanda (ingreso en una cuenta bancaria de la persona con discapacidad para atender los gastos de ésta)».

VIII. Control judicial de la actuación del guardador

El art. 265 CC (LA LEY 1/1889) prevé los siguientes controles judiciales de la actuación del guardador.

a) «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» (art. 265.I CC (LA LEY 1/1889)).

Esta previsión se complementa con lo dispuesto en el art. 52.1 LJV (LA LEY 11105/2015), conforme al cual, «A instancia del Ministerio Fiscal, de la persona que precise medidas de apoyo o de cualquiera que tenga un interés legítimo, la autoridad judicial 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 o de la persona con discapacidad y de su actuación en relación con los mismos».

Un sector de la doctrina ha criticado —creo que, con razón— la redacción de este último precepto, constatando que la misma guarda evidentes similitudes con la del anterior art. 303.1.I CC (LA LEY 1/1889), siendo posible encontrar en ella un reflejo de la tradicional desconfianza con que antes de la reforma de 2021 se contemplaba la guarda de hecho, como una situación provisional que, por «sospechosa», debía desembocar en la constitución de tutela.

La existencia de un guardador no puede verse como algo «sospechoso», sino al contrario, como algo deseable, en cuanto que, en principio, evita la necesidad de iniciar un procedimiento para constituir una curatela

Sin embargo, la existencia de un potencial control judicial del guardador me parece razonable, siempre que se aplique con prudencia. En la actual regulación de la discapacidad, donde se quiere potenciar la guarda de hecho como una medida de apoyo prioritaria (respecto a las de carácter judicial) la existencia de un guardador no puede verse como algo «sospechoso», sino al contrario, como algo deseable, en cuanto que, en principio, evita la necesidad de iniciar un procedimiento para constituir una curatela. Ahora bien, ello no obsta para que, si el Juez tiene conocimiento, no de la mera existencia de una guarda de hecho, sino de la posibilidad de que la misma no funcione debidamente, requiera al guardador para que le informe de su actuación.

b) En expediente de jurisdicción voluntaria el Juez podrá también «establecer las salvaguardias que estime necesarias» (art. 265.I CC (LA LEY 1/1889)), previendo el art. 52.2 LJV (LA LEY 11105/2015) que «El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas».

Entre dichas salvaguardas, podría incluirse el nombramiento de un defensor judicial, si en algún punto concreto

existe un conflicto de intereses entre el guardador de hecho y la persona con discapacidad. Se ha apuntado también la posibilidad excepcional de exigir al guardador la formación de inventario o la prestación de fianza, para poder seguir ejerciendo la medida de apoyo.

c) «Asimismo [la autoridad judicial], podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento» (art. 265.II CC).

La exigencia de rendición de cuentas al guardador parece un tanto contradictoria, en relación con una medida de apoyo que surge espontáneamente y se desarrolla al margen de la autoridad judicial, por lo que solo parece tener sentido en dos casos: bien, cuando el Juez tenga sospechas o indicios de un comportamiento indebido por parte del guardador, bien para comprobar el resultado de actos para cuya realización haya dado una previa autorización, al no poder llevarlos a cabo el guardador sin ella [la imponen, sin embargo, anualmente, sin existir especiales motivos, las SSJPII núm. 2 Tafalla 3 febrero 2022 (rec. n.º 347/2021 (LA LEY 73695/2022)) y 3 febrero 2022 (rec. n.º 121/2021 (LA LEY 73688/2022))].

En el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, se afirma que «Cuando se conceda una autorización al guardador de hecho para que actúe en representación de la persona con discapacidad, también sería conveniente establecer salvaguardas para comprobar la correcta realización del acto y su destino al interés de la persona con discapacidad».

Tales salvaguardas pueden exigirse en virtud del art. 66 LJV (LA LEY 11105/2015), según el cual «El Juez podrá adoptar las medidas necesarias para asegurar que la cantidad obtenida por el acto de enajenación o gravamen, así como por la realización del negocio o contrato autorizado se aplique a la finalidad en atención a la que se hubiere concedido la autorización».

El AJPI Córdoba núm. 5 570/2022 15 septiembre 2022 (Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria (Genérico) 1297/2021), que autorizó a la guardadora de hecho para vender directamente la cuota de un inmueble de la madre, porque no podía pagar la residencia donde vivía con el importe de las pensiones que cobraba, acordó que la hija debía acreditar que el importe de la venta se había «destinado a las finalidades expuestas en la demanda (ingreso en una cuenta bancaria de la persona con discapacidad para atender los gastos de ésta)».

IX. Rembolso de gastos, indemnizaciones y retribución

Conforme al art. 266 CC (LA LEY 1/1889), «El guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo».

a) La expresión «gastos justificados» no significa que, simplemente, se hayan probado, sino que hay que ponerlos en relación con su finalidad, que es la prestación del apoyo.

El guardador podrá reclamar —desde luego— el reembolso de los gastos hechos que fuesen necesarios para el cuidado de la persona con discapacidad (por ejemplo, de adquisición de medicamentos o de limpieza de la vivienda) o para la administración ordinaria de su patrimonio (gastos de reparación de una cosa propia o alquilada), pero también —creo— el de los gastos meramente convenientes, que, siendo de cuantía moderada, redunden en beneficio de la persona bajo su guarda o de su patrimonio, teniendo en consideración su concreta personalidad: así, por ejemplo, puede estar perfectamente justificada la compra de una entrada para un concierto de un artista por el que aquella siente especial predilección.

Incluso cabe reclamar el reembolso de gastos superfluos decididos por la persona con discapacidad, siempre que la misma se encuentre en condiciones de formar su voluntad libremente y sean acordes con su nivel de vida: decide que quiere la compra de un mueble del que se ha encaprichado o realizar un viaje a un lugar que le apetece visitar.

b) Respecto de la «indemnización por los daños derivados de la guarda», creo que el precepto está pensando, básicamente, en los causados por la persona a quien desinteresadamente cuida, pareciendo establecer el precepto un caso de responsabilidad objetiva, lo que resulta lógico, dado que, en muchas ocasiones, la persona con discapacidad no será imputablemente civilmente y, en consecuencia, no podrá afirmarse su culpa en la causación del daño.

El precepto tiene una redacción diversa a la del art. 281.I CC (LA LEY

No creo que el guardador de hecho pueda solicitar la reparación de los daños causados por su culpa, pues esto supondría una desviación absoluta de las reglas generales en materia de responsabilidad civil

1/1889), que reconoce al curador la posibilidad de pedir la «indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función». Sin embargo, no creo que el guardador de hecho pueda solicitar la reparación de los daños causados por su culpa, pues esto supondría una desviación absoluta de las reglas generales en materia de responsabilidad civil (la culpa exclusiva de la víctima rompe el nexo de causalidad). Además, si bien es cierto que el guardador de hecho no tiene obligación de asumir esta medida de apoyo, una vez que lo hace, debe ejercerla con la debida diligencia.

c) El art. 266 CC (LA LEY 1/1889), a diferencia del art. 281.I CC (LA LEY 1/1889), en sede de curatela, no prevé una retribución a cargo del guardador de hecho, lo cual es lógico, porque estamos ante una medida de apoyo que se caracteriza por su carácter altruista.

Es discutible si puede concedérsela voluntariamente la persona con discapacidad. A mi parecer es dudoso, pues, si la retribución es una especie de contraprestación pactada por los cuidados que recibe, estaríamos ante una relación contractual, que excluiría la existencia de una auténtica guarda de hecho (art. 250.VIII CC); y, si se trata de una donación, la misma está prohibida, «salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor» (art. 251.I.1.º CC (LA LEY 1/1889)).

Sí que, en cambio, podrá hacer disposiciones *mortis causa* en favor del guardador que sea pariente con derecho a sucederle *ab intestato* (art. 753.IV CC); y, en general, siempre que se trate de una persona física, utilizando el testamento notarial abierto (art. 753.III CC).

X. Causas de extinción de la guarda de hecho

Las causas de extinción de la guarda de hecho están previstas en el art. 267 CC (LA LEY 1/1889), que contempla cuatro supuestos.

1º) «Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo».

Cabe aquí pensar en varias posibilidades.

a) La primera es que la persona con discapacidad desee que lo asista una nueva persona, lo que, en puridad, no comportará una extinción de la guarda de hecho, sino, simplemente, la sustitución de la persona del guardador, siempre que haya quien acepte serlo y se hallare en condiciones de desempeñar adecuadamente su función, pues, en caso contrario, habría que acudir a las medidas judiciales de apoyo.

Sería también posible, que, si se encontrara en condiciones de hacerlo, acudiera al Notario y nombrase como apoderado a otra persona distinta a la que ejerce la guarda, en cuyo caso, esta medida voluntaria de apoyo desplazaría a la guarda de hecho (art. 255.V CC (LA LEY 1/1889)).

b) La segunda posibilidad es que la persona bajo la guarda de hecho pida, ella misma, la constitución de una curatela (siempre se halle en condiciones de hacerlo), lo que raramente tendrá lugar, siendo más frecuente que la soliciten sus familiares, solicitud a la que se accede más fácilmente si la persona con discapacidad muestra su conformidad; aunque, a tenor del art. 263 CC, la medida judicial de apoyo solo debiera tener lugar cuando la guarda de hecho no funcionara correctamente.

En cualquier caso, conforme al art. 42 bis b) 3 LJV (LA LEY 11105/2015), en el marco del procedimiento de jurisdicción voluntaria en que solicite la constitución de la curatela, «En la comparecencia se procederá a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria».

c) La tercera posibilidad sería una solicitud, por parte de la persona con discapacidad, de que se pusiera fin a la guarda de hecho, rechazando todo tipo de medida de apoyo, también las judiciales.

En este punto hay que tener en cuenta que la STS (Sala 1ª) 8 septiembre 2021 (rec. n.º 4187/2019 (LA LEY 147318/2021)) entiende que es posible establecer medidas judiciales de apoyo en beneficio de una persona que las rechaza expresamente, cuando existe una necesidad asistencial, cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal y una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de

su entorno, principalmente, con sus vecinos. Concretamente, consideró adecuado sujetar a curatela a una persona que sufría el síndrome de Diógenes. Afirma, así que «El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda»; y añade: «No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal».

El TS invoca otro argumento de carácter procesal, que me parece incuestionable, al constatar que la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria (LA LEY 11105/2015), «Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV (LA LEY 11105/2015)), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV (LA LEY 11105/2015))»; y añade que «Es muy significativo que *la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo*, además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado».

No cabe excluir las medidas de apoyo en favor de quien las rechaza, cuando es su propia enfermedad la que le impide tener conciencia de la necesidad objetiva de establecerlas

Por lo tanto, no cabe excluir las medidas de apoyo en favor de quien las rechaza, cuando es su propia enfermedad la que le impide tener conciencia de la necesidad objetiva de establecerlas. Por supuesto, no procederá establecer las medidas judiciales de apoyo cuando la enfermedad que padece la persona no impida a esta tomar conciencia de su conveniencia o, incluso necesidad, pero, aun así, en ejercicio de su libertad, decida rechazarlas.

2º) «Cuando desaparezcan las causas que la motivaron».

Este supuesto se dará cuando cese la situación de necesidad de apoyos, bien por muerte de la persona sujeta a la guarda, bien por mejoría de la enfermedad que padecía, en cuyo caso no hay porqué prolongar la guarda de

hecho: la «necesidad» ha de apreciarse teniendo en cuenta la situación actual de la persona, no, en atención a circunstancias pasadas o a riesgos futuros; y se trata, además, de un concepto distinto al de la mera «conveniencia» estimada según parámetros ajenos a los valorados por la propia persona con discapacidad.

3º) «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».

Esta causa de extinción de la guarda de hecho obedece a la circunstancia de que nadie está obligado a ejercer esta medida de apoyo, razón por la cual el guardador puede renunciar a esta condición, cuando así lo estime oportuno, sin que deba invocar motivo alguno. Sin embargo, con el fin de evitar que se causen daños a la persona con discapacidad se le obliga a comunicar su voluntad de no querer seguir ejerciendo la guarda, siendo, por lo tanto, responsable de los que se le originen como consecuencia de una comunicación tardía.

4º) «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».

El juez constituirá una curatela, en el caso de que aprecie que la guarda de hecho no funciona correctamente, lo cual puede suceder en una serie de casos ya analizados, como, por ejemplo, la existencia de conflictos entre el guardador y la persona con discapacidad, de situaciones de riesgo familiar provocadas por la enfermedad de la persona asistida, de desmedida tendencia al gasto que no pueda controlarse a través de la guarda de hecho o de dificultad del guardador para seguir ejercitando la medida de apoyo (por ejemplo, por razón de su edad o por sufrir una enfermedad).

XI. La conversión de las antiguas tutelas y curatelas en guardas de hecho, en virtud de los procedimientos de revisión previstos en la disposición transitoria 5ª de la Ley 8/2021.

Como es sabido, la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) ha suprimido la incapacitación (además de la prodigalidad) y, en el ámbito de las medidas judiciales, ha sustituido la tutela por la curatela, que solo excepcionalmente, comprenderá facultades de representación, lo que plantea evidentes problemas de Derecho Transitorio (la tutela queda ahora circunscrita a los menores de edad, no sujetos a la patria potestad o que se hallen en situación de desamparo, conforme al art. 199 CC (LA LEY 1/1889)).

La Disposición transitoria 2ª, I, de la Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) prevé que los tutores y curadores (con excepción de los declarados pródigos) nombrados conforme al régimen legal anterior «ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor», aplicándose a los tutores de las personas con discapacidad las normas establecidas para los curadores representativos. Además, conforme al párrafo V de la misma, «Las medidas derivadas de las declaraciones de prodigalidad [institución ahora suprimida] adoptadas de acuerdo con la legislación anterior continuarán vigentes hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición transitoria quinta. Hasta ese momento, los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior».

La Disposición transitoria 5ª contempla dos tipos de revisión de las medidas acordadas con anterioridad de la entrada en vigor de la Ley: de un lado, las que pueden solicitar «en cualquier momento» las personas con capacidad modificada judicialmente, los tutores o curadores, para adaptarlas a aquélla, las cuales deberán producirse en el plazo máximo de un año desde su solicitud; por otro lado, las revisiones, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, que deberán tener lugar, cuando no haya existido tal solicitud, «en un plazo máximo de tres años».

En materia de revisión hay que tener en cuenta que no toda tutela tendrá que transformarse, necesariamente, en curatela con facultad de representación, que es la figura actual que más se le aproxima, pues también en este punto debe aplicarse la regla de la preferencia de la guarda de hecho (que pueda funcionar adecuadamente) sobre las medidas judiciales, con el resultado paradójico de tener que acudir a la vía judicial para llevar a cabo una desjudicialización de las medidas de apoyo: la consecuencia será que quien venía ejerciendo adecuadamente la tutela o curatela continúe apoyando a la persona con discapacidad, pero no ya, como tutor o curador, sino como guardador de hecho.

En este sentido se orienta el AJPI núm. 5 de Córdoba núm. 440/2022 30 junio 2022 (Procedimiento de Revisión medidas DT 5ª Ley 8/2021 (LA LEY 12480/2021) 596/2022), respecto de una persona con discapacidad, cuyas facultades de autodeterminación seguían «gravemente afectadas», «necesitando de un apoyo pleno», teniendo solamente su pensión y un piso en alquiler propiedad de su hermano, sin que fuera previsible que en el futuro tuviera que hacer alguna transacción; como también el AJPI núm. 5 de Córdoba núm. 427/2022 30 junio 2022 (Procedimiento de Revisión de medidas de la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 8/21, de 2 de junio (LA LEY 12480/2021)), en relación a una persona con trastorno afectivo bipolar, afección «que no interfiere fuera de los períodos de descompensación afectiva, con el normal funcionamiento social de la persona explorada así como su adaptación a la vida en comunidad».

En cambio, el AJPI núm. 5 de Córdoba núm. 455/2022 30 junio 2022 (Procedimiento de Revisión de medidas de la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 8/21, de 2 de junio (LA LEY 12480/2021)) confirma la curatela ejercida por la hermana de una persona con discapacidad, que padecía un trastorno de control de impulsos, que le originaba un descontrol en el manejo del dinero. Es más, con el consentimiento del afectado, constituye una curatela con facultad de representación (antes lo era, meramente, de complemento de capacidad) «en el ámbito de su salud, gestiones burocráticas y actos de administración y gestión del patrimonio»; y ello, por haberse agravado la enfermedad del hermano, que, desde hacía 4 años vivía en una residencia, de la que salía siempre acompañado.

(1) Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación AICO/2021/090 «La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial», financiado por la Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana, del que es IP el Prof. José Ramón de Verda y Beamonte.