

# **LA GUARDA DE HECHO**

**PERSONAS MAYORES. VIDA INDEPENDIENTE Y SOLUCIONES  
JURÍDICAS.**

**Las Palmas de Gran Canaria.**

**8 y 9 de octubre de 2009**

Manuel María Rueda Díaz de Rábago  
**Fundación Æquitas**

## INTRODUCCION

### I.- Concepto:

En derecho actual, por guarda de hecho entendemos una figura que tiene dos elementos:

#### GUARDA

Es la situación en la que una persona con discapacidad recibe un cuidado, una atención, de otra, que se dirige a permitirle desenvolverse en la vida social, a “governarse” mediante la utilización de esta ayuda. Esta situación se produce en la mayoría de los supuestos en que tenemos una persona con discapacidad.

Podrá estar amparada por el Derecho o no, lo que nos lleva al siguiente elemento, el término “de hecho”

#### DE HECHO

En el ámbito jurídico en que nos movemos, el concepto “de hecho” hace alusión a que no hay un título de los habilitan la guarda de una persona a cargo de otra (patria potestad o tutela).

Al acometer su estudio, tradicionalmente ha sido considerada con relación a la figuras que utiliza el Ordenamiento Jurídico para atribuir la guarda a alguna persona. Se pone énfasis en el **guardador**. Incluso en norma tan reciente como el art. 253, Código de Familia Catalán, que se refiere a quien ha “acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por aquella o aquellas personas que deben tener cuidado del mismo, o cualquier otra persona que, por razón de sus circunstancias personales, puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela”. Esto nos lleva a tratarla en relación con las normas de estas instituciones, normalmente la tutela, y a recalcar su carácter transitorio hasta que se constituya ésta, figura jurídica en principio pensada para la situación de “no poder valerse”. Se recalca su conversión en tutela.

Pero los elementos esenciales, en el derecho moderno, son la situación de guarda y la ausencia de título legal para ella. El punto de referencia es el **discapacitado**, y la normativa debe partir de aquí, del estado de indefensión en que se encuentra alguien que no puede valerse. Se deberá fijar el que lo estudia en las ausencias de capacidad y de título legal, para averiguar qué contenido jurídico puede tener la figura, y los efectos de los actos del guardador. Se recalca su posible uso como medida de apoyo en la atención de que no puede valerse.

### II.- Evolución ideológica

La situación que definimos como guarda de hecho ha sufrido una evolución que incluye, como hemos visto, dos modos a la hora de estudiarla y definir las consecuencias jurídicas y normas que la han de tratar. La primera, con referencia a

la tutela. La segunda, partiendo de la situación de discapacidad. La primera llega en nuestro país hasta la reforma del Código Civil de 1983, a partir de la cual se van adoptando criterios que nos conducen hacia la segunda.

## 1) COMO INSTITUCIÓN ACCESORIA A LA TUTELA

Recoge la idea que informa las dos primeras fases en que dividiremos el presente estudio (antes de 1983 y la segunda hasta el 2000).

La idea clásica sobre la protección jurídica de las personas con discapacidad se ha centrado en la tutela. Lo que había que hacer para proteger a las personas que no pueden valerse por sí mismas era privarles de la facultad de actuar, que no cometieran errores que redundaran en su perjuicio y evitar que otros los engañaran en sus negocios jurídicos. Esto se lograba a través de la incapacitación. Es decir el esquema es el siguiente:

*PERSONA QUE NO PUEDE GOBERNARSE POR SÍ MISMA ⇒ INCAPACITACIÓN.*

Una vez incapacitada una persona, hay que designar otra que ejercerá su guarda y representación. Para ello hay varias figuras en nuestro Ordenamiento Jurídico (patria potestad para los menores, curatela para que los que pueden hacer algunos actos jurídicos de escasa importancia) de las que es la institución de referencia la TUTELA. Con ello el esquema sobre el que gira nuestra legislación queda así:

*PERSONA QUE NO PUEDE GOBERNARSE ⇒ INCAPACITACIÓN ⇒ TUTELA*

Ahora bien, hay supuestos en que

- 1) hay una persona que no puede gobernarse
- y 2) no se ha producido ese proceso de incapacitación
- y 3) alguien ejerce sobre ella funciones de guarda y/o representación

En estos casos el mundo jurídico estudia respuestas a esta situación, pero alrededor del esquema anterior. En concreto, habiendo un régimen regulado en relación con la situación ordinaria de guarda y representación (la tutela), se intenta examinar en qué medida su régimen puede aplicarse a esta nueva situación, que se concibe como una tutela pero no de derecho. La situación que se contempla es la siguiente:

*PERSONA QUE NO PUEDE GOBERNARSE + AUSENCIA DE TUTELA ⇒ TUTELA DE HECHO*

Y bajo este prisma se estudia por la doctrina y, más excepcionalmente, por la legislación.

## 2) MEDIO DE APOYO

A este concepto corresponde la tercera de las fases que estudiaremos en este trabajo.

El esquema inicial que hemos contemplado [*PERSONA QUE NO PUEDE GOBERNARSE POR SÍ MISMA* ⇒ *INCAPACITACIÓN*] empieza a resquebrajarse en el segundo de sus términos. Sigue habiendo personas que no son capaces de atender a sus propios asuntos en las mismas condiciones que el resto de la sociedad, pero la solución de incapacitarlas empieza a ser rechazada. En un primer momento, por rechazo al proceso de incapacitación. Después, por una nueva configuración jurídica de lo que hay que hacer con estas personas (centrado en la Convención de la ONU de 2006). La idea es suministrarles los apoyos que se puedan utilizar para que puedan ejercitar sus derechos en la forma que, dentro de sus posibilidades, prefieran (promoción). A su vez, se establecerán las medidas que sean necesarias para proteger a la persona con discapacidad frente a quien ejercita al apoyo (protección). El esquema que veíamos ha cambiado:

*PERSONA QUE NO PUEDE GOBERNARSE* ⇒ *APOYO + SALVAGUARDIA*

Frente a la incapacitación, que es extensa, aplicable a todos los actos de la vida de una persona, las medidas de apoyo son restringidas, referidas sólo a aquellos actos concretos respecto de los que se establezcan. De aquí que la guarda de hecho (ya apartada su terminología del término “tutela”) es una medida interesante por su carácter restringido a las medidas que, en la práctica o por autorizaciones concretas, constituyen su contenido en cada uno de los casos. Por este motivo toma una importancia superior a la que tenía en las primeras fases.

### **III.- Evolución histórica**

Dividiremos ahora la evolución en tres fases. La primera comienza con los primeros estudios doctrinales, antes incluso del Código Civil, y llega hasta la reforma de 1983. La segunda, aunque no tiene un acontecimiento o fecha concreta, puesto que esta es una materia en evolución, la centramos hasta el año 2000. La tercera, a partir de entonces.

#### **I.- < 1983**

##### **A.- El Código de Napoleón<sup>1</sup>**

La situación que tratamos aparece contemplada desde el principio de la Codificación, en el artículo 395 del Código de Napoleón. Regula el ejercicio de las

---

<sup>1</sup> Ver Rodrigo Bercovitz, en Comentarios a las Reformas de la Nacionalidad y Tutela

funciones de tutor por quien carece de la potestad legal correspondiente. La conclusión es que se le aplicarán las obligaciones propias del tutor, escogidas frente a otras alternativas que se entendían más perjudiciales para el susceptible de ser sometido a tutela: el mandato y la gestión de negocios ajenos. Dado que esta persona ha de ser protegida en el Ordenamiento Jurídico, se escogen las soluciones que permiten tal protección. Desde el punto de vista del guardador (o tutor de hecho), tampoco hay razón para someter a un régimen más estricto a quien la ejerce con título suficiente para ello.

Junto a este régimen de normas, se establece la ineficacia de lo actuado, salvo los actos estrictamente conservativos del patrimonio del afectado.

La doctrina francesa estudió la exclusión de lo anterior respecto de algunos supuestos que, entendía, no merecían tal protección. De ahí que se vayan distinguiendo casos: la tutela irregularmente constituida; el tutor que continúa con sus funciones después de la desaparición de la incapacitación o menor edad. Se proponía que no había razón para tal especial protección, por lo que debían aplicarse las normas de gestión de negocios ajenos o el mandato. No obstante, la jurisprudencia no seguía claramente estos dictados.

Con esto tenemos: un concepto; la aplicación de normas de la tutela; la eficacia de alguno de los actos del tutor de hecho, y enumeraciones de casos que podían tener soluciones diferentes.

**B) En el Derecho Español** no hay una regulación de esa figura. La doctrina española sigue por esta vía, con la finalidad primordial de evitar las normas de la gestión de negocios ajenos, y con atención a los supuestos que la provocan. Esta proliferación se produce por el hecho de estudiar la situación con referencia a la tutela.

### Normas de tutela o gestión de negocios ajenos

La gestión de negocios ajenos se encuentra regulada en los artículos 1888 y siguientes del Código Civil que, en resumen, tratan: La obligación de continuar con los asuntos empezados (1888); la obligación del gestor de indemnizar por los perjuicios ocasionados por su culpa (1889) o la de las personas por él delegadas (1890); del caso fortuito cuando acomete operaciones arriesgadas o pospone el interés propio al del titular de sus intereses (1891). Desde el punto de vista del titular, su ratificación le hace asumir la gestión (1892); lo mismo si se aprovecha de sus efectos, con la obligación de indemnizar de los gastos necesarios y útiles, así como en el supuesto de gestión para evitar un perjuicio inminente (1893), para finalizar con dos supuestos muy concretos referentes a alimentos y gastos funerarios (1894).

Por el contrario, la tutela regulaba una serie de obligaciones añadidas a favor del tutelado. En su redacción original, sobre afianzamiento, controles a determinadas actuaciones, actos que le estaban prohibidos, inventario y rendición de cuentas.

### Supuestos de tutela de hecho

En esta fase los estudios se detienen en considerar los casos en que se produce esta tutela de hecho. Normalmente con referencia a la tutela, regulada en el Código Civil, y no a la situación de atención al discapacitado, que se da por supuesto en el ámbito familiar y que no merece la pena que se le dediquen normas.

Así de las clasificaciones de actos, tomemos la de Ortega Lorca:

- a) El no nombrado tutor ejerce la tutela de hecho
- b) El tutor tiene una incapacidad legal, pero ejerce la tutela
- c) El tutor removido de su cargo ejerce el cargo
- d) Terminada la tutela, el tutor continúa en éste

No se ocupan los autores de comparar el número de casos en que se da cada supuesto. Si nos fijamos en esto, veremos que el primero superará en aplicación, con gran diferencia, a todos los demás juntos.

Escobar, de acuerdo con este análisis, indica que en los tres primeros casos (y el primero es el que más nos interesa) no hay tutela de hecho, ya que ésta exige que haya un título que la habilite, aunque esté viciado. En contra, Díez Picazo se fija en que se ejercite sin tener derecho a ello, a diferencia de los casos en que esté en situación irregular, de modo que admite los casos a), c) y d) anteriores, pero no el b). No obstante, este mismo autor, director del proyecto de reforma de 1977, que ahora veremos, enumera en éste los cuatro casos antes vistos.

## II.- 1983

La guarda de hecho aparece en nuestro Ordenamiento Jurídico en la reforma del Código Civil de 1983 o, para ser más exactos, en el año 1977.

En 1977 se publica un **proyecto** de reforma de la tutela, elaborado por encargo y del que es autor un equipo de juristas encabezados por Díez-Picazo. De este proyecto interesa resaltar la justificación que hace en su exposición de motivos para incluir la guarda de hecho, texto repetido por todos los que han tratado el tema desde entonces, y que avanza un cambio de criterio que sólo se consolidará unos cuantos años después. Se indica que *“es una verdad incontrovertida que, estadísticamente y hasta el presente, la inmensa mayoría de los casos de protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación, eran y son desempeñadas, de hecho, por quienes no tienen la consideración legal de tutores...”*. Términos que se repetirán en el primer proyecto, de UCD. El mundo del Derecho tiene en cuenta, por primera vez, la abundancia de supuestos de hecho que se dan en la realidad, como ya hemos apuntado al final de la fase anterior.

Este texto se aleja de la comparación con la tutela; define la situación como una actividad de protección. A continuación, ya en el articulado, vuelve a las construcciones doctrinales en circulación para establecer, como efecto principal, que se aplicarán las obligaciones y deberes de los tutores. Y, de acuerdo con las

discusiones sobre los casos en lo que se debía aplicar la tutela y los que se libraban de ella, atribuye este efecto a los casos que hemos visto, sin definir la situación.

En el proyecto de 1977 se regulaba el régimen de validez de los actos al guardador. Los conservativos del patrimonio (en la tradición francesa), si son útiles para el sometido a guarda; los demás quedaban sujetos a la anulabilidad regulada en el 1304 del Código Civil.

Terminaba contemplando la situación del guardador, a quien atribuía derecho a los gastos sufridos más retribución, en la vía establecida para el tutor.

### Reforma de 1983

Por fin se incluye esta figura en nuestro Ordenamiento Jurídico a través de tres artículos (que, no obstante, constituyen nada menos que un capítulo).

En su regulación, es importante el elemento de que sea una situación caracterizada por su permanencia (entendiéndose que si se trata de actuaciones esporádicas no se aplican estas normas, sino la gestión de negocios ajenos sin mandato)

De los artículos que la tratan, el primero de ellos, art. 303, es importante porque.

A.- Comienza con una muestra de desconfianza ante la figura o, más exactamente, ante la actitud del guardador: *.. 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 del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos*

B.- Asimismo se configuró como una medida provisional, puesto que ocasionaba la obligación de transformarse en tutela: *Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, ..*

Esta remisión no conduce a la obligación de incoar la incapacitación, conforme a los artículos 228 C.c.<sup>2</sup> y el entonces vigente 203.

El art. 203 supone personas en situación de incapacidad no declarada, y establece que las autoridades y funcionarios públicos, el Fiscal o el Juez, debían promover la declaración de incapacidad.

El 208 establece la obligación de Fiscales y Jueces de promover la tutela, si hay alguna persona en esa situación. Podemos suponer que para que sea preciso el establecimiento de la tutela debe haberse producido una incapacitación.

Es decir, se recalcaba el carácter provisional de la situación de guarda; lo procedente y obligado es privar de capacidad al sujeto (203) y, en su caso nombrarle tutor (208).

---

<sup>2</sup> Art. 228: *Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.*

No obstante, en el año 2000, con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 203 es derogado y sustituido por el artículo 762<sup>3</sup> de la L.E.C., que, tras el examen del Fiscal, prevé que se continúe el proceso de incapacitación en el caso de que lo estime procedente. Falta dar el paso de que no sea precisa la incapacitación, al que luego llegaremos.

C.- Continúa con la posibilidad de regular, sin llegar a una incapacitación, esta situación: *pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*

El proyecto remitido por el Gobierno no incluía esta norma, de modo que se articulaba como única solución ante la guarda de hecho la de instar la incapacitación. Con su inclusión, la figura se sale del esquema imperante (que comenzaba estableciendo que ante un discapaz había que incapacitarlo), y permite que, una vez solicitado el correspondiente informe por el Juez, se podrían establecer las medidas de control que considerara pertinentes.

D.- Las otras dos normas que la regulan se refieren, la primera, a la validez de determinados actos del guardador de hecho (con lo que nos encontramos ante el reconocimiento de labores de representación) : *Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.*

Regula una situación de representación, entendiendo por tal aquella en virtud de la cual los actos de una persona surten efectos en otra. Tiene el ámbito mínimo, pero no deja ser una más a acompañar a la patria potestad, tutela, representación voluntaria y orgánica.

Con esta regulación, los actos del guardador quedan así:

Los hechos "en interés del menor o presunto incapaz" son actos de representación, es decir, surten sus efectos en éste.

En cuanto al interés del sujeto sobre quien recaiga la guarda, deberá ser contemplado en el conjunto de los actos realizados, no con carácter individualizado para cada uno. Deberán atenderse criterios económicos unidos a otros de orden persona, no bastando solo los primeros; deberá apreciarse, asimismo, la totalidad del acto de gestión, y no sólo una actuación individualizada. Y, por otro lado, serán objeto de prueba y resolución judicial, es decir, impugnables, lo que contradice el art. 304 C.c.

---

<sup>3</sup> Art. 762 L.E.C. 1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.

Los que excedan dicho ámbito quedan sujetos al régimen del art. 1259.2 del Código Civil<sup>4</sup>, es decir, será nulo pero susceptible de ser ratificado por quien tenga posteriormente la representación legal. El proyecto de 1977 se remitía a la anulabilidad del 1304 (*“cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes.”*), pero éste está pensando en actos realizados por alguien sin capacidad, no, como es el caso, de actos realizados por alguien en nombre de otro, pero sin facultades suficientes.

No es éste el lugar para analizar la confusa regulación española sobre la ineficacia de los contratos. En ella se distinguen los nulos, contrarios a alguna ley; anulables, con un vicio de capacidad, y la doctrina detalla los distintos niveles de eficacia. Baste decir que los que protegen la capacidad insuficiente, anulables a los que se refería el proyecto, tienen un plazo de cuatro años para ser desvirtuados, y que la solución que detallamos para los actos del guardador no se encontraría en este supuesto.

Con base en el artículo 1259, la doctrina ha desarrollado otra categoría, la del negocio con ineficacia relativa, en el cual se engloba el realizado sin poder suficiente, como es el caso que tratamos. Su peculiaridad es que el art. 1259 regula que es nulo, pero puede ser ratificado, o sea, surte algunos efectos hasta entonces (o es un acto incompleto, susceptible de ser completado, y por lo tanto existente). El negocio no surte efectos respecto de una persona, el representado, que en este caso está sometida a guarda. Éste podría ratificarlo (como en la gestión de negocios ajenos, art. 1892) a través de unos representantes legales con facultades suficientes para ello (un tutor, el mismo guardador robustecido por una autorización judicial, un administrador judicial). Pero sí los surtiría respecto de otra, el representante (que resultaría obligado a responder a la otra parte por las obligaciones incumplidas).

E.- Y la última a la posibilidad de solicitar la indemnización por los gastos de esta actuación<sup>5</sup>, aplicando en estos casos la regulación de la tutela.

La duda de si se aplicaban en su conjunto las normas de la tutela, solución defendida hasta el proyecto privado de 1977, queda resuelta en sentido negativo: sólo las referentes a la indemnización.

Una segunda duda, por comparación con la tutela, si sólo la indemnización o si también tendría derecho a retribución, se resuelve excluyendo esta última. Norma lógica, puesto que la retribución del tutor está sujeta a control judicial, que por definición faltaría en el presente supuesto.

---

<sup>4</sup> *El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante*

<sup>5</sup> *Art. 306: Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor. Art. 220: La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento.*

F. En el proyecto del Gobierno se incluía un artículo 305 que exigía autorización judicial para que el Director de un establecimiento público pudiera encomendar la guarda de hecho de personas bajo su tutela a otras personas. Se suprimió, quedando el artículo sin contenido.

No obstante, es interesante apreciar que separa la tutela del ejercicio de la guarda sobre las personas, que entendía que podía corresponder a sujetos distintos. Si bien en un supuesto en que la atención directa por el tutor, el Director de un establecimiento, pudiera ser ejercitada peor que por otras personas que, sin título jurídico, lo hicieran mejor por la proximidad o vínculos con el incapaz, precisamente en atención a la situación de custodia o relaciones personales en que se encontraran (es decir, guarda por encima de pseudotutela).

### III.- > 2000

La situación en el momento actual es la de una institución que existe en la mayoría de los casos de discapacidad, aspecto ya recalado en la Exposición de Motivos del proyecto de 1977. Lo esencial en esta última fase es que disminuye la dependencia de la tutela y la situación de provisionalidad que arrastraban toda su regulación.

La guarda de hecho plantea dos problemas jurídico-prácticos: el título, entendido como justificación de su ejercicio, y la determinación de las facultades del guardador. Suelen solucionarse, si se solucionan, juntos, pero son dos cuestiones distintas.

Veremos el primero de ellos: el **título**. ¿Cómo justifica el guardador que lo es, cuando le sea requerido?

Un primer título acreditativo de la guarda de hecho puede ser el justificante de que se produce esta situación. Se ha propuesto y realizado en algunas ocasiones un acta de notoriedad, en la que se acredita que es notorio que una persona ejerce la guarda de hecho de otra, utilizable ante algún acto concreto. Puede establecer una cierta seguridad de que la situación de guarda existe; a partir de aquí se aplicarían sus consecuencias legales. Pero no es un título lo suficientemente seguro para el tráfico económico-jurídico. No obstante, da soporte suficiente para instar actuaciones en interés del discapacitado, sin capacidad natural para ello, y que no constituyen un negocio jurídico en el que la representación debe acreditarse con un poder o título judicial. Por ejemplo: el guardador de hecho podría instar, como tal, el acta de declaración de herederos en que estuviera interesada una persona, pero no podría representarle en la partición de esa herencia.

Otros medios de representación jurídica se superponen a la situación de guarda de hecho: el guardador puede estar investido de poder o auxiliado por

resoluciones judiciales. Sigue ejerciendo la guarda en el sentido social del término, pero en el sentido jurídico tiene sus facultades bastante más delimitadas y seguras.

Veremos la representación voluntaria:

Dentro de ésta debemos distinguir el concepto de poder, figura o documento que permite a una persona realizar en nombre de otra determinados actos, del de mandato, negocio jurídico entre dos personas en el que una de ellas encarga a la otra prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo suyo (1709 Cc). El problema es que el Código Civil los recoge conjuntamente, por lo que se suelen confundir.

En este sentido, una persona puede encargar a otra, que lo acepta, regir determinados asuntos (económicos o personales). El primero, mandante, deberá asumir las obligaciones contraídas en los límites del mandato, e indemnizarle de los perjuicios sufridos sin culpa del mandatario (en forma similar al 220 del Código, aplicable a la tutela y guarda de hecho). El segundo, mandatario, se obliga básicamente a cumplir su encargo según las instrucciones pertinentes, y rendir cuenta de las operaciones. Para este cumplimiento, normalmente le suministrará los poderes oportunos, que vienen a ser la justificación externa, frente a terceros, de que existe un mandato.

En aplicación de lo anterior, una persona que prevé la pérdida de su capacidad encarga determinadas funciones a quien va a cuidarle (el guardador de hecho), con los poderes precisos (poderes preventivos). Puede que incurra en causa de incapacitación, pero no habrá motivo para ello porque no es ésta necesaria, el discapaz quedará atendido por un guardador de hecho con título suficiente.

En cuanto al control judicial: enterado el juez de la existencia de guardador de hecho, establecidos los controles y autorizaciones que se consideren precisas, el guardador queda legitimado para los actos jurídicos que esté autorizado.

En ambos casos, el guardador de hecho tiene título para justificar su actuación y delimitadas sus facultades.

Además, como luego veremos, las dos situaciones de publicarán en el Registro Civil

En relación con las **facultades** del guardador de hecho, debemos distinguir según el resguardo que tenga su actuación.

Si solamente se ha acreditado tal condición fáctica, se le aplicará el art. 304 antes desarrollado, y podrá hacer, válidamente, actos en interés del sometido a guarda. Pero le estarán vedados todos aquellos actos en los que se exige poder o mandato. Hay bastantes actos que exigen un previo contrato de mandato, es decir,

un encargo<sup>6</sup> por el representado que generalmente en este caso no se producirá, lo que limita las facultades a las reseñadas en el 304.

En los otros casos que se han citado, por representación voluntaria (mandato) o por autorización judicial, habrá que atender al contenido de facultades concedidas para ver qué se puede hacer por el guardador.

Todo esto se verá simplificado en relación con los actos económica o personalmente más importantes, que la ley lleva a la escritura pública y, en algunos supuestos, posteriormente a registros públicos. En estos casos se exigirá el poder o la justificación de la representación con el soporte judicial.

Considerando la institución en su conjunto, es decir, la **situación de guarda** con todas las relaciones jurídicas que la rodean, veremos ahora medios concretos de cómo se está robusteciendo esta figura en nuestro sistema jurídico:

## **1) Superación de la situación existente hasta entonces**

### **A) Instrucciones de la Fiscalía de Valencia**

Lo contemplamos como ejemplo de actuación dentro del ámbito judicial en la idea de reducir la tutela a los casos en que la incapacitación es realmente necesaria.

Esta Fiscalía realiza a partir de 2006 una interesante sistematización de las formas de actuar en cuanto a la atención de personas discapacitadas (especialmente, mayores). Parte del supuesto de que se da la situación de guarda de hecho respecto de personas con discapacidad a las que se tiene acceso a través de las inspecciones de los fiscales. En cuanto a qué hacer con ellos, supera la tesis clásica de que hay que incapacitarles: “no se debe proceder a solicitar de forma automática la declaración de incapacidad de todas aquellas personas en las que sin más se dan los requisitos del art. 200 CC, ya que el propio precepto, con una dicción prudente, no dice que procederá la incapacitación sino que:”son causas de incapacitación””, procediéndose a averiguar quién ejerce la guarda de hecho fuera del establecimiento donde estén internadas (que será quien tenga el control de su patrimonio) para exigirle la rendición de cuentas del art. 303 (nota 1/2006).

Con posterioridad, regula las actuaciones a adoptar, distinguiéndose personas internadas (que son las que inicialmente provocaron estas notas) de las que no lo están. Respecto de las primeras: en primer lugar, averiguar quién ejerce la guarda de hecho. Si son parientes directos (padres e hijos), con carácter general no serán necesarias otras medidas de vigilancia. Estaremos ante una guarda sin control judicial.

---

<sup>6</sup> 1710 Código Civil: *El mandato puede ser expreso o tácito.*

*El expreso puede darse por instrumento público o privado y aún de palabra...*

En consecuencia, quien no pueda emitir una declaración de voluntad no podrá hacer este encargo.

Si no lo son, deberá investigarse la situación patrimonial y personal, de donde se concluirá si debe instarse el procedimiento de incapacitación o mantener al guardador. En este segundo caso, se solicitará del Juzgado que siga el control del internamiento, por un lado, y por otro suministre al Juzgado los datos del guardador para que establezca las medidas de control y vigilancia previstas.

En lo referente a personas no internadas cuya situación llegue a conocimiento del Ministerio Fiscal, se deberá investigar:

- a) El alcance de la enfermedad.
- b) La conveniencia de la incapacitación.
- c) El control del Guardador de hecho en los términos de la nota de servicio complementaria a la de 1/2006, que contiene las directrices de actuación para la protección patrimonial del discapaz.

## B) La Convención de la ONU, 2006, art. 12

La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad forma parte del Derecho Español desde 2008. Por lo tanto, las normas sobre la materia deberán adaptarse a lo dispuesto en ella, e interpretarse conforme a sus principios. De las normas de la Convención, hay una, el artículo 12, que se refiere especialmente a la personalidad y capacidad jurídica de las personas.

El texto es el siguiente:

### **Artículo 12**

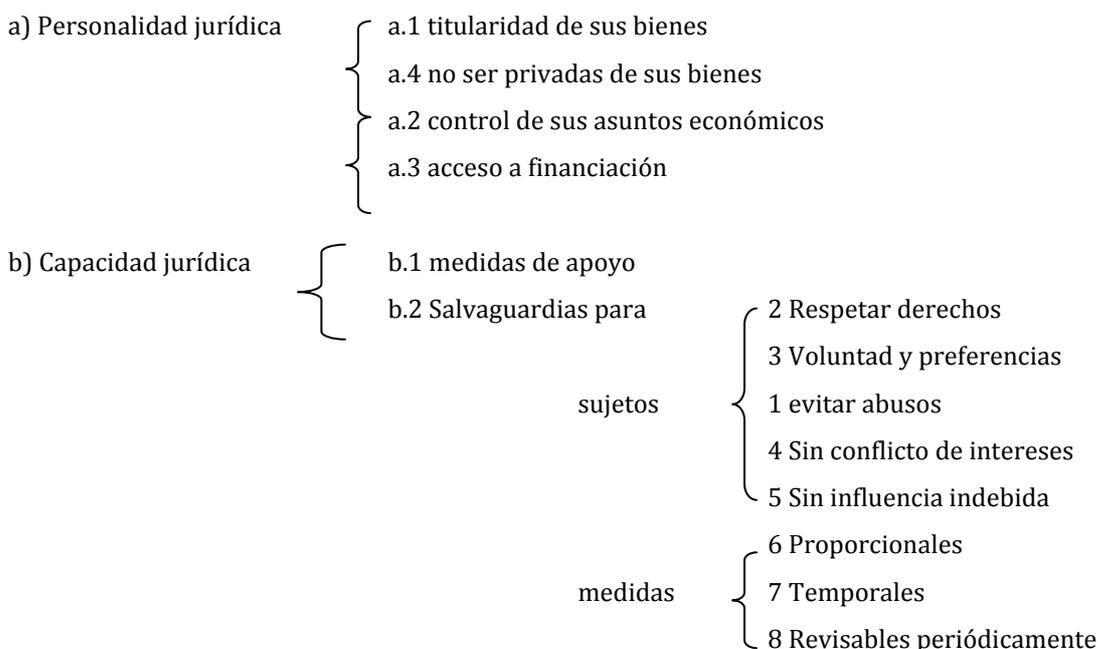
#### **Igual reconocimiento como persona ante la ley**

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su **personalidad jurídica**<sup>a</sup>.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen **capacidad jurídica en igualdad de condiciones**<sup>b</sup> con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al **apoyo que puedan necesitar**<sup>b.1</sup> en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las **medidas relativas al ejercicio** de la capacidad jurídica se proporcionen **salvaguardias**<sup>b.2</sup> adecuadas y efectivas para impedir los **abusos**<sup>b.2.1</sup> de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los **derechos**<sup>b.2.2</sup>, la **voluntad y las preferencias**<sup>b.2.3</sup> de la persona, que no haya **conflicto de intereses**<sup>b.2.4</sup> ni

influencia indebida <sup>b-2-5</sup>, que sean proporcionales y adaptadas <sup>b.2.6</sup> a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible <sup>b.2.7</sup> y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad <sup>b.2.8</sup> o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar <sup>a.1</sup> bienes, controlar sus propios asuntos económicos <sup>a.2</sup> y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos <sup>a.3</sup> bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes <sup>a.4</sup> de manera arbitraria.

Ahora, ordenamos el texto de acuerdo con el siguiente esquema:



Vamos a aplicarlo a personas con una discapacidad no muy acusada, variable en el tiempo, como son muchos mayores atendidos por parientes, es decir, sujetos con capacidad limitada y necesidad de ayudas en su vida económico-jurídica, sin las cuales no se pueden valer.

DESARROLLO:

El art. 12 regula dos circunstancias de la personas con discapacidad: la personalidad y la capacidad jurídicas. La primera en los párrafos 1 y 5; la segunda en los párrafos 2, 3 y 4. En derecho español usualmente usamos los de capacidad jurídica y de obrar, pero no es ésta la terminología que emplea la Convención.

El concepto de **personalidad** <sup>(a)</sup> se refiere a la posibilidad de ser incluida entre las personas (a efectos jurídicos), lo que conlleva ser titular de derechos y obligaciones, y añade el concepto de igualdad con los no-discapacitados. Este derecho se reconoce en nuestra sociedad y Ordenamiento Jurídico, no se discute.

La versión en español lo contempla como “reconocimiento de su personalidad jurídica”, mientras que la versión inglesa es más gráfica, y lo detalla como “recognition everywhere as persons before the law”, e indica con mayor claridad lo que se ha detallado en el párrafo anterior.

Después del enunciado general del derecho al reconocimiento como persona en el ámbito del derecho, regula dos cuestiones: el derecho a ser titular de sus bienes y el derecho a una actuación en el mundo económico. En el primer aspecto, posibilidad de ser titular de ellos<sup>(a.1)</sup>, y protección para no ser desposeído<sup>(a.4)</sup>. La primera cuestión es pacífica, no se discute. La segunda ya presenta algunas dudas en la práctica, pues es también un hecho (que preocupa en la fiscalías, como hemos visto, y en ese sentido una de las conclusiones de las jornadas Aequitas en Madrid, III 2009) que en caso de estas personas, especialmente mayores, se produce una despatrimonialización ante la inminencia de un posible impuesto de sucesiones. Este hecho se lleva fácilmente a cabo por personas con poderes (o con firma en el banco), aspecto que debe ser objeto de vigilancia (en la vía del 303 C.c.).

En el segundo grupo, el control de los asuntos económicos propios<sup>(a.2)</sup> y el acceso a las posibilidades de financiación<sup>(a.3)</sup>. En ambos casos, los Estados “tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho... en igualdad de condiciones...” Los dos, control de sus asuntos económicos y acceso a la financiación, requieren un impulso que muchas veces no se da ni se tiene en cuenta. La intervención principal tendrá lugar no tanto en el momento de contratar, sino en el de preparar el contrato y sus condiciones. Es de reseñar que la titularidad, protección frente a los demás y la financiación podrán asegurarse a través de representantes; el control de los asuntos económicos propios exige la intervención del propio interesado.

Como vemos, igualdad en cuanto a las posibilidades de ser sujetos de la vida jurídica y económica, como los demás.

Lo sujetos de derecho actúan. A esto se refiere el segundo grupo de normas bajo el rótulo de “**capacidad**”<sup>(b)</sup>, lo que en nuestro derecho conocemos como

“capacidad de obrar”. Así, el Worldreference.com Virtual dictionary nos da la acepción legal de “capacity” como “the ability to understand the facts and significance of your behavior” (la habilidad para comprender los hechos y el significado de tu comportamiento), que nos lleva a un concepto centrado en la habilidad propia de una persona. Quien no tenga esta habilidad, sea capaz de comprender la situación, las consecuencias de los propios actos, sería una persona con discapacidad. Recordemos la solución clásica de nuestro derecho, que consistía en privar de capacidad a sujeto. Frente a esto, la solución de la Convención estaba en suministrarle las medidas de apoyo que le permitan actuar.

Asumiendo que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Preámbulo, apartado e), vemos que, después de su reconocimiento como sujetos, de lo que realmente se ocupa la Convención es de que estos sujetos actúen (participación plena y efectiva), como los demás, y así llegamos a lo que conocemos como “capacidad de obrar” (en la Convención, capacidad). La forma de ejercitarla, en igualdad de condiciones con los demás (“on an equal basis with others”) exige, dados los obstáculos naturales que tienen para ello, la adopción de medidas de apoyo que la hagan efectiva, el “acceso ... al apoyo que puedan necesitar”<sup>(b.1)</sup>. Medidas que incluirán salvaguardias para asegurar su efectividad, de lo que se ocupa en el párrafo 4. De estas salvaguardias, unas se refieren a su utilización por el sujeto que las lleve a cabo; las otras son características de las propias medidas. El artículo 12 no se aplica sólo a la guarda de hecho, pero las salvaguardias se aplicarán a todas las medidas de apoyo, incluyéndola.

Las del primer grupo (protección contra actuaciones indebidas del que las ejerce, es decir, atención al que las ejercita) deben ser tratadas dentro de lo que en derecho español entendemos como medidas de guarda. Incluye respeto de la persona con discapacidad a través de sus derechos<sup>(b.2.2)</sup> y su voluntad y preferencias<sup>(b.2.3)</sup>. En un segundo apartado, protección frente al propio ejerciente de las medidas, frente a abusos<sup>(b.2.1)</sup>, conflicto de intereses<sup>(b.2.4)</sup> o influencia indebida<sup>(b.2.5)</sup>.

El segundo grupo (referidas a las características de las medidas en sí mismas, sin atender al que las presta) delimita las propias medidas de apoyo, y hace referencia a que habrán de ser proporcionales<sup>(b.2.6)</sup>, temporales<sup>(b.2.7)</sup> y revisables<sup>(b.2.8)</sup>.

Proporcionadas, en un doble sentido:

- a las circunstancias de la persona
- al grado que afecten a sus derechos e intereses

El primero (a las circunstancias de la persona) hace referencia al aspecto interno del sujeto con discapacidad, a la medida y tipo de su propia incapacidad; el segundo (al grado que afecten a sus derechos e intereses) a su interacción social. De este modo, no necesitarán ser iguales para dos personas con discapacidades diferentes o de diferente medida (una con c.i. del 75% frente a otra con el 30%, por ejemplo); pero, a igualdad de la anterior circunstancia, no habrán de ser iguales para quien se mueve en una sociedad con relaciones sociales sencillas (por ejemplo, en una pequeña población, conocido de todos sus vecinos, que se relaciona jurídicamente con ellos a través de repetidos contratos que controla sin riesgo para sus derechos patrimoniales) de aquel que se ve inmerso en un entramado de relaciones jurídicas complicadas (por ejemplo, alguien con el mismo c.i. que el anterior, pero que vive en una gran ciudad, no es conocido por sus vecinos, se relaciona con personas de fuera de su entorno y es propietario de un paquete mayoritario de acciones de una sociedad de amplia actividad). Este punto exige una doble graduación: de la naturaleza de las medidas (sustitución o complemento de capacidad, por ejemplo), y, a igual naturaleza, de su alcance (para qué actos).

Temporales. Las circunstancias personales (la circunstancia psíquica o física que ocasiona la discapacidad) y sociales (el entramado social en que se mueve) pueden variar. Esto exige que las medidas se adopten por tiempo determinado, y no con carácter indefinido.

Y revisables. Aún dentro del plazo de vigencia fijado para las medidas, una alteración de las circunstancias debe producir su cambio, sin esperar al próximo examen que se haya previsto. Las revisiones habrán de hacerse por una autoridad u órgano judicial competente. No se habla en la Convención de quién establecerá las medidas (los Estados miembros, pero, dentro de éstos...), sino en el ámbito de la revisión. En buena lógica, las entidades que las establezcan deberán ser las mismas que las que las revisen. Dentro de éstas, dependiendo de las medidas serán distintos quienes las determinen. Unas serán de carácter administrativo (un órgano de evaluación de la Administración); en otros casos, por afectar a derechos personales, el ordenamiento exigirá que se ocupe el poder judicial; en otros tendrá gran relevancia el estamento médico. Todos ellos convertidos en autoridad a estos efectos. Lo que queda excluido es que unos ciudadanos o entidades que no hayan sido investidos de autoridad puedan determinar, revisar (y, en consecuencia,

establecer o someter a) medidas de apoyo al ejercicio de los derechos de cualquier persona,

## 2) Legislación sanitaria y sobre dependencia

En la **legislación sanitaria** comprenderemos el conjunto formado por la Ley General de Sanidad (1986), el Convenio de Oviedo (ratificado por España en 1999) y la Ley de Autonomía del Paciente (2002). Uno de los principios que establece es que el paciente debe ser consultado, informado y decidir sobre la procedencia de los tratamientos que le puedan afectar. En caso de que tenga capacidad suficiente para ello, no se plantea problema. Sin embargo, puede que se trate de una persona con discapacidad, o que por los motivos de su patología se encuentre temporalmente discapacitado. En estos casos hay que determinar quién adopta estas decisiones.

La norma que con más claridad regula esta cuestión es el art. 9 de la Ley de Autonomía del Paciente, donde se trata el consentimiento por representación. Éste se ejercerá por el representante legal, en caso de incapacitación. Si no la hay, “el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”. Sin citarlo, estamos ante un supuesto en que el guardador de hecho entiendo que sería una persona “vinculada de hecho”, que debe ser preferente a otras (es el único que tiene una, aunque limitada, facultad de representación). Y también si hay varios familiares, pero sólo alguno con esta vinculación. Lo dicho se completa en su punto 5<sup>o</sup>, donde se exige proporcionalidad, que se haga a favor del paciente (como indica el art. 304 C.c.) y con su participación en la medida que pueda prestarla.

En la **legislación sobre dependencia** (ley 39/2006) está prevista la intervención del dependiente en la toma de decisiones que le afecten, y la situación de que no tenga capacidad suficiente. En este caso utiliza una terminología discordante según los casos. En unos se refiere a su representante legal, pero sin prever que no lo tenga; es decir, que se trate de una persona sin capacidad natural suficiente, dependiente y sin incapacitar. En otros habla de:

“sus familias y entidades que les representen”, como principio general de la ley (art. 3.k)

“quien la represente”, “quienes ostenten la representación legal”, “familiares o quienes les representen”, términos todos del mismo artículo 4 (sus derechos y deberes)

“quien ostente su representación”, para iniciar el procedimiento de reconocimiento de la dependencia (art. 28)

---

<sup>7</sup> 5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario

“en su caso, de su familia o entidades tutelares que le representen”, para determinar el programa individual de atención (art. 29). Aparte del sinsentido que supone equiparar a “la familia” con quien es su tutor, la entidad tutelar, dentro de la familia volvemos a los mismo que ya hemos visto.

Vemos que en unos casos se habla tanto de “representantes legales” como de “representantes”; en otros la remisión es a la familia o familiares. En este último caso, muy especialmente, es decir, en ausencia de representantes, la guarda de hecho es un elemento a tener en cuenta para determinar quién entre los varios miembros de la familia es quién debe ejercer esta representación particular. En ninguno de los casos hay referencias a la necesidad de incapacitar a la persona.

### **3) Ley 41/2003, sobre Patrimonios Protegidos y otras medidas patrimoniales.**

La Ley que crea el Patrimonio Protegido utiliza también la figura del guardador de hecho en un supuesto de representación que, desde el punto de vista del representado, podemos considerar de “bajo nivel de riesgo”. Entre las personas que pueden constituirlo se incluyen el propio beneficiario con capacidad suficiente; sus padres (en atención a su condición de familiares, no en razón a otro título legal como la patria potestad que, en caso de mayores, normalmente no existirá); sus tutores o curadores, y el guardador de hecho<sup>8</sup>. Fijémonos que se trata de integrar bienes que ya corresponden por herencia al discapacitado en un sistema de administración y gestión distinto del que se señalaría por la ley (si se constituye una tutela, por ejemplo) o de la indefensión en que se encontraría quien, sin estar incapacitado, carece de capacidad para administrarlo. Con esto se convierte en otra medida de apoyo para que, con una parte de su patrimonio, se puedan atender sus necesidades. No llega a ser una transmisión de bienes.

Debería acreditarse la situación de guarda, pero una vez justificada ésta no necesita una autorización expresa para la constitución del patrimonio puesto que ésta se contiene en el art. 3 de su ley.

### **4) La Ley 1/2009**

Introduce importantes novedades que contribuyen a remediar los problemas ocasionados por la falta de título y facultades claras:

---

<sup>8</sup> Artículo 3. Constitución.

1. Podrán constituir un patrimonio protegido: ..

c) El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil.

En primer lugar, la **publicación en el Registro Civil** Central (y previamente en los Municipales) de las “**medidas judiciales sobre guarda o administración, vigilancia o control de tales cargos, (art. 18)**” para lo que los registros municipales enviarán una inscripción de las mismas (art. 46bis) , y los Notarios deberán comunicar “**las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante.(art. 46ter)**”. Recalco la convivencia de las medidas judiciales, las derivadas de representación voluntaria, y esas otras relaciones o situaciones jurídicas. Previamente se prevé la inscripción, con efectos informativos, de “**La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz. (art. 38.6º)**”. Con lo que se cierran los elementos a publicar, reconociendo nuevos títulos de representación ajena. La referencia a los efectos informativos implica que la inscripción, ni es constitutiva, ni requisito de eficacia respecto de terceros.

En suma, se publican: la existencia de un guardador de hecho; las medidas de control y vigilancia (aunque, al detallar las que pasan al Registro Civil Central, sólo se refiere a las medidas judiciales), y las relaciones jurídico-privadas que prevén representación para el caso de discapacidad.

En segundo lugar, trata de la **legitimación para obtener información** en relación con “el ejercicio de la tutela o guarda de hecho” (Disposición Adicional Única<sup>9</sup>). En ella distingue, primero, al Ministerio Fiscal. Para éste es muy amplia, en cuanto al contenido de lo que puede solicitar, y su finalidad (que incluyen sus facultades de control y vigilancia).

A continuación, equipara a quien ejerza la función tutelar con el guardador de hecho, y les autoriza para obtener la “información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones”. Equiparación que recalca el reconocimiento que se da en esta reforma de la Ley del Registro Civil a la figura de guarda en orden a actuar, por lo menos, en interés del sujeto de su función.

---

<sup>9</sup> Disposición Adicional Única. *Legitimación del Ministerio Fiscal y de los tutores o guardadores de hecho para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho*

1. El Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificativa de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

2. Estarán obligados a facilitar la información a que se refiere el apartado anterior, con sujeción a sus respectivas normas de procedimiento, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, las Haciendas Forales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, los centros u organismos públicos de gestión tributaria de las Comunidades Autónomas, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los Notarios y cualquier otro organismo público que por razón de sus funciones y competencias pueda tener información de la relevancia patrimonial o contable a que se refiere esta norma.

3. La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones.