

FACULTAD  
DE CIENCIAS  
JURÍDICAS



ZIENTZIA  
JURIDIKOEN  
FAKULTATEA

## **TRABAJO FIN DE GRADO EN DERECHO**

### **LA GUARDA DE HECHO DENTRO DEL NUEVO SISTEMA DE APOYOS PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

**María Gutiérrez Álvarez**

**DIRECTORA:**

**Leyre Elizari Urtasun**

**Pamplona / Iruñea**

**14/05/2021**



## **RESUMEN Y PALABRAS CLAVE**

La guarda de hecho constituye la situación en la que una persona física presta espontáneamente los cuidados y atenciones que pueda necesitar otra, sin que medie sentencia o resolución judicial que así lo disponga. Dicha figura adquiere verdadero reconocimiento como medida de apoyo con el Proyecto de ley de 2020 por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Por ello, gracias a dicho proyecto, la guarda de hecho deja de considerarse como una mera situación fáctica de carácter provisional, constituyéndose como un auténtico medio de apoyo para las personas con discapacidad cuando se manifiesta como suficiente y adecuada. Esta transformación implica un gran avance en el cuidado de dichas personas, no siendo de este modo necesaria la constitución de una medida de forma judicial.

**Palabras clave:** Convención, capacidad jurídica, Proyecto de reforma del Código Civil, provisión de apoyos, guarda de hecho.

## **ABSTRACT AND KEYWORDS**

De facto guardianship is the situation in which a natural person spontaneously provides the care and attention that another person may need, without a court ruling or decision to that effect. This figure acquires true recognition as a support measure with the 2020 Draft law reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity. Therefore, thanks to this bill, de facto guardianship is no longer considered as a mere factual situation of a provisional nature, but as a real means of support for persons with disabilities when it is declared as sufficient and appropriate. This transformation implies a great step forward in the care of such persons, thus not requiring the constitution of a judicial measure.

**Keywords:** Convention, legal capacity, Civil Code reform project, provision of support, de facto guardianship.

# ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	3
<b>II.</b>	<b>ADAPTACIÓN DE LOS SISTEMAS DE APOYO A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006</b> .....	6
<b>1.</b>	<b>Consideraciones de interés acerca de la Convención de Nueva York</b> .....	6
1.1	<i>Propósito de la Convención de Nueva York</i> .....	5
1.2	<i>El artículo 12 de la Convención de Nueva York y las bases del nuevo sistema de apoyos</i> .....	7
<b>2.</b>	<b>Adaptación del ordenamiento jurídico español a las previsiones de la Convención de Nueva York de 2006</b> .....	13
<b>III.</b>	<b>LA GUARDA DE HECHO EN EL NUEVO SISTEMA DE APOYOS</b> .....	22
<b>1.</b>	<b>Evolución normativa de la guarda de hecho</b> .....	22
<b>2.</b>	<b>La guarda de hecho como medida de apoyo de las personas con discapacidad</b> .....	25
2.1	<i>Concepto y caracteres</i> .....	25
2.2	<i>Acreditación de la guarda de hecho</i> .....	28
2.3	<i>Distinción con otros mecanismos de guarda</i> .....	29
2.4	<i>Persona sometida a guarda de hecho</i> .....	32
<b>3.</b>	<b>El guardador de hecho</b> .....	33
3.1	<i>Derechos y obligaciones del guardador</i> .....	33
3.2	<i>Actos del guardador</i> .....	36
3.2.1	<i>Ámbito de actuación ordinaria y extraordinaria del guardador</i> .....	36
3.2.2	<i>Validez de los actos del guardador de hecho</i> .....	39
<b>IV.</b>	<b>CONCLUSIONES</b> .....	40
<b>V.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	44

## **I. INTRODUCCIÓN**

Desde siempre, el ordenamiento jurídico ha realizado una labor protectora respecto de las personas con discapacidad. Para ello, ha regulado instituciones de protección que exigen nombramiento judicial, tales como, la tutela, la curatela o el defensor judicial. Sin embargo, siempre se ha dado el caso de personas que, de modo voluntario, se encargan del auxilio y asistencia de otras sin haber sido nombrados judicialmente para ello. Hoy en día, es muy frecuente encontrarse con esta realidad debido al desconocimiento social existente y a la desconfianza que inspiran las formalidades legales, ya sea por considerar el proceso judicial de provisión de apoyos como inadecuado al caso o por miedo a los costes que pueda acarrear. Esta situación se conoce como guarda de hecho, que, principalmente, se regía por lo dispuesto en la doctrina y en el Código Civil mediante remisión respecto de la tutela, por lo que su regulación era escasa. Además, no se consideraba como una verdadera institución de guarda, por lo que se observaba como una situación avocada a desaparecer, con la posterior constitución de una medida de protección establecida judicialmente. No obstante, tras la aprobación de la Convención de Nueva York de 2006, la guarda de hecho ha ido cobrando mayor relevancia, como consecuencia del proceso de adaptación en España a las disposiciones de dicha convención.

El 13 de diciembre de 2006, la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención). Dicho Tratado se ocupa de la discapacidad desde muy diversas facetas y perspectivas, procurando abarcar una protección integral y completa de quienes se encuentran por ella afectados. Lo que pretende no es reconocer a las personas con discapacidad otros derechos humanos y otras libertades fundamentales distintos a los que con carácter general y para todos los seres humanos ya proclamaban otros textos internacionales. Por el contrario, en su origen subyace la idea de hacer frente a la realidad comprobada de que este reconocimiento general puede no ser suficiente para la protección de los derechos y libertades de un colectivo que puede sufrir los efectos derivados de un potencial desconocimiento o una eventual vulneración. Desde este ángulo debe abordarse el estudio e interpretación de la Convención, para su posterior desarrollo interno y aplicación en los ordenamientos jurídicos de cada Estado Parte.

En España, dicha adaptación a las previsiones de la Convención consta de un largo proceso. De este modo, y por acuerdo de diferentes departamentos ministeriales, se aprobó la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. La reforma continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que trajo consigo la Ley orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, y la nueva legislación de Jurisdicción Voluntaria recogida en la Ley 15/2015. No obstante, mediante el Anteproyecto de 21 de septiembre de 2018 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad<sup>1</sup>, se modifican los conceptos de capacidad jurídica y sistemas de apoyos en base a lo dispuesto por la Convención. Por ello, pese a la notable incidencia de la guarda de hecho en la vida social y diaria de muchas personas con discapacidad, no fue hasta la propuesta de regulación introducida por el Anteproyecto, que posteriormente pasó a ser el Proyecto de ley de 17 de Julio 2020<sup>2</sup>, cuando la guarda de hecho no adquiere un verdadero reconocimiento como institución de guarda o medida de apoyo, dejando de ser considerada, como se verá, como una situación provisional cuando se declara como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad.

En síntesis, el presente trabajo de investigación se centra en el estudio de la Guarda de Hecho y su consideración como una medida de apoyo para las personas con discapacidad. Prevista por el Anteproyecto de Ley de 2018 y el Proyecto de ley de 2020, que llevan a cabo una verdadera regulación de la figura, dotándola de los mecanismos necesarios para poder ejercer todos sus efectos como medida de apoyo.

---

<sup>1</sup> <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/viewFile/375/291>

<sup>2</sup> [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF)

## II. ADAPTACIÓN DE LOS SISTEMAS DE APOYO A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006

### 1. Consideraciones de interés acerca de la Convención de Nueva York

#### *1.1 Propósito de la Convención de Nueva York*

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo se redactaron y fueron aprobados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York. Dicha Convención fue producto de un proceso muy dilatado en el tiempo, en el que hubo varios participantes: Estados miembros de la ONU, Observadores de la ONU, Cuerpos y organizaciones importantes de la ONU, Relator Especial sobre Discapacidad, Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias. Además, supuso un gran acontecimiento histórico, puesto que la Convención se constituyó mediante la participación e intervención activa por primera vez de las personas con discapacidad organizadas bajo instituciones representativas en la negociación del tratado.

El propósito de la misma, que viene expresado en su artículo 1, consistirá en “promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Del mismo modo, el propio artículo acoge un concepto muy amplio de discapacidad<sup>3</sup>, ya que indica que ésta comprende igualmente a personas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales permanentes. El hecho de que el concepto de discapacidad no aparezca en el texto del tratado no es casual, ya que los defensores del modelo social entendían que el énfasis del tratado debía centrarse en la persona con discapacidad y no en la discapacidad en sí misma. En este sentido se expresa DÍAZ ALABART, que afirma que los preceptos de la Convención deberían haberse matizado, puesto que las personas que no padecen grados de discapacidad severos, son precisamente los más indefensos y más necesitados de protección, y puntualiza “No se trata, obviamente, de que todas estas personas no se tomen en consideración a la hora de reconocerles su dignidad, y en la medida en que cada

---

<sup>3</sup> BARIFFI F.J., (2014), El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, Tesis de Doctorado, Universidad Carlos III de Madrid, págs. 289-290.

caso sea posible, respetar su propia autonomía para tomar decisiones, y siempre se busque preservar sus derechos, pero hay que ser profundamente realistas y no cerrar los ojos a la existencia de personas con graves enfermedades psíquicas y físicas, y en especial de personas ancianas con un gran nivel de dependencia, que prácticamente son incapaces siquiera de formar una voluntad, de manifestar sus gustos y deseos...”<sup>4</sup>. El texto de la Convención recoge los derechos de las personas con discapacidad y la obligación de los Estados parte de promover, proteger y asegurar tales derechos inherentes a la dignidad de la persona.

Por su parte, España ratificó la Convención Internacional de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008 (BOE 21 de abril de 2008) y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. En base al artículo 96.1 CE “Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”. En esta línea, cabe mencionar el artículo 10.2 de la Constitución, que dispone que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». De este modo, podemos observar que el alcance que la Convención de Nueva York posee en el ordenamiento jurídico español es doble: en primer lugar, en base al efecto aplicativo que se recoge en el artículo 96.1 de la Constitución; y, en segundo lugar, al efecto interpretativo, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 10.2 del mismo texto Constitucional<sup>5</sup>.

A partir de este momento, el Estado español comienza a llevar a cabo la reforma normativa de varias leyes con el fin de adaptar su ordenamiento jurídico a lo dispuesto en dicha Convención, que será invocable ante las autoridades, políticas judiciales y administrativas.

La Convención de Nueva York trajo consigo un nuevo prisma desde el que afrontar la situación en la que se encontraban las personas con discapacidad. A su vez, señala como cambio radical el abandono del modelo médico rehabilitador por un modelo social que concibe la discapacidad como una situación derivada de estructuras y

---

<sup>4</sup> DÍAZ ALABART, S., *Familia y Discapacidad*, Reus S.A., Madrid, 2010, págs. 197-217.

<sup>5</sup> Reflexión realizada por PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, en *Derecho Privado y Constitución*, España, enero-diciembre 2009, págs. 335-368.



condicionamientos sociales, y no como un rasgo personal derivado de la existencia de deficiencias físicas o psíquicas<sup>6</sup>.

Esta Convención aparece como un instrumento jurídico, universal, de carácter vinculante, que obliga a los Estados parte y operadores jurídicos a velar por los derechos y libertades y a cumplir esos requisitos formales de las personas con discapacidad, que actualmente, continúan siendo objeto de múltiples discriminaciones. De este modo, instaura la asunción irreversible del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos, junto con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas<sup>7</sup>. En este sentido, la Convención no introduce nuevos derechos, sino que su verdadera finalidad es la de garantizar aquellos que les son inherentes por el hecho de ser personas, por lo tanto, está reafirmando lo que les es innegable.

### *1.2 El artículo 12 de la Convención de Nueva York y las bases del nuevo sistema de apoyos*

La Convención de Nueva York marcó un antes y un después en el tratamiento de las personas con discapacidad, al promover la igualdad y no discriminación de estas personas por parte de todos los Estados miembros, obligándolos a tomar las medidas pertinentes para asegurar la realización de sus derechos<sup>8</sup>. De esta forma, recoge una serie de previsiones que suponen un cambio de paradigma fundamental en el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en relación con su abordaje tradicional en las legislaciones nacionales<sup>9</sup>. La colisión se producía, principalmente, en

---

<sup>6</sup> GUILARTE MARTÍN CALERO, C., *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad*, Reus S.A., Madrid, 2019, pág. 15.

<sup>7</sup> Así se refiere a ella el CERMI en un escrito en su página web sobre la Convención Internacional de 2006. <http://www.convenciondiscapacidad.es/>.

<sup>8</sup> Así se expresa el artículo 5 CDPD: *1. Los Estados parte reconocen que todas las personas son iguales ante la ley en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.*

<sup>9</sup> CUENCA GOMEZ, P., “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad” *CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de la Casas Universidad Carlos III de Madrid, Número 38, 2018, pág. 83.

dos ámbitos: En lo relativo a la clásica diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar; y respecto a las figuras legales de protección de las personas con discapacidad.

En referencia a la capacidad jurídica, el art. 12.2 bajo la rúbrica de “Igual reconocimiento ante la ley”, recoge la garantía de igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad estableciendo la obligación de los Estados parte de reconocer que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. En este sentido, el artículo 12 se está refiriendo a la “legal capacity”, que establece la plena capacidad jurídica y el ejercicio de ésta en aras de igualdad por cualquier ciudadano, y que se conforma mediante dos elementos: la capacidad para tener derechos (*capacity to hold a right*) y la capacidad para actuar y ejercitar dichos derechos (*capacity to act and exercise the right*)<sup>10</sup>. Esta nueva consideración abrió un debate en el Derecho español, acerca de a qué corresponde el citado concepto en nuestro ordenamiento jurídico, y si debe reconocerse la capacidad jurídica para todas las personas en las mismas condiciones. Por un lado, los filósofos del derecho defendían la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica para todos los ciudadanos sin ningún tipo de limitación, no obstante, por otro lado, el sector de la doctrina civilista defendía que el ejercicio de la capacidad jurídica puede no ser igual para todos, y que en aquellos casos se determinará como debe ejercerse el derecho, mediante apoyos o, si no fuera posible ejercitarlo con un apoyo, mediante un sustituto en supuestos excepcionales<sup>11</sup>.

Para continuar comentando la trascendencia de la nueva definición dada por la Convención de Nueva York de 2006, debemos entender primero como prevé nuestro ordenamiento jurídico la capacidad, antes de adaptarla a lo dispuesto por el texto internacional.

---

<sup>10</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE, C., “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” en DE SALAS MURILLO, S., *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 21.

<sup>11</sup> El Título I de la Constitución española sobre los derechos y deberes fundamentales establece que solo por el hecho de haber nacido somos titulares de los derechos fundamentales recogidos en esta. Hoy en día, no hay duda acerca de que todas las personas, independientemente de si tienen una discapacidad o no, poseen el mismo reconocimiento por parte de la ley tanto de su dignidad como de sus derechos. Concretamente, el artículo 14 del mismo texto legal determina la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos con independencia de la situación personal de cada uno, por lo tanto, no cabe especificar ni recoger un reconocimiento diferente para las personas que posean una discapacidad. No obstante, el problema no es en cuanto a la consideración de sus derechos sino en cómo deben ser ejercitados, ya que en algunos casos pueden precisar de apoyos o incluso de representación.

En el Código Civil español la capacidad jurídica viene recogida en el artículo 30, que establece que “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. En consecuencia, todas las personas físicas poseerán capacidad jurídica de forma innata desde el nacimiento, lo que les permite ser sujetos de derechos y obligaciones. Por ejemplo, un recién nacido adquiere el derecho a sufragio desde que nace, aunque no lo vaya a ejercer hasta haber alcanzado la edad legal. Por otro lado, la capacidad de obrar es aquella que permite realizar actos y que estos surtan los efectos legales previstos. Ésta se obtiene con la mayoría de edad y se mantiene a lo largo de nuestra vida. Se regula en el artículo 322 CC que dispone que “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”. De este modo, la capacidad de obrar puede ser plena, y adquirida cuando el sujeto alcanza la mayoría de edad; o limitada, cuando se observa alguno de los supuestos previstos en el artículo 200 CC, acerca de las causas incapacitación.

Ésta era la definición de la capacidad jurídica y de obrar que se preveía en el ordenamiento jurídico español antes de adaptar la norma legal a las previsiones de la Convención. De este modo, la definición de capacidad jurídica que lleva a cabo la Convención carece del significado técnico que tiene en el Derecho español. En base al artículo 12.2 CDPD, se debe igualar la capacidad jurídica a la capacidad de obrar bajo una misma definición estableciendo que será la aptitud de un individuo para ejercitar derechos y obligaciones por sí mismo, sin intervención de una tercera persona. Al llevar a cabo una diferenciación entre capacidad jurídica y de obrar, se distingue entre dos capacidades diferentes, o dos dimensiones diferentes de la misma capacidad ante el Derecho: Por un lado, se encuentra la dimensión estática que comprende la aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones, inherente a toda persona física (que en nuestro ordenamiento jurídico recibe el nombre de capacidad jurídica); y, por el otro lado, la dinámica, que supone la facultad para desarrollar una actuación válida y eficaz desde el punto de vista jurídico, puesto que ni la capacidad jurídica ni la titularidad de una relación jurídica son suficientes para que quien las posee pueda ejercitar los derechos o cumplir los deberes de que es titular (que en nuestro Derecho se denomina como capacidad de obrar)<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> MARTINEZ AGUIRRE, C., Op.cit. pág. 21.

En cuanto al ejercicio de la capacidad jurídica, el tercer apartado del artículo 12 estipula “Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. La referencia a los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica ha provocado en España y en los distintos Estados Parte de la Convención, una controversia sobre la adaptación de los sistemas de protección de las personas mayores al texto convencional<sup>13</sup>. En este artículo se plantea que todas las personas que posean algún tipo de discapacidad, ya sea física, psíquica, sensorial, funcional o intelectual, son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones. No obstante, hay personas con discapacidad que presentan alteraciones en sus facultades cognitivas y volitivas, por lo que su capacidad de autogobierno puede verse limitada. De este modo, se preveía que, en su propio beneficio, podía modificarse legalmente su capacidad de obrar, con mayor o menor intensidad en función del grado de afectación de su capacidad natural, lo que impedía que actuasen por sí solos con eficacia<sup>14</sup>. Si la persona tiene gravemente afectadas sus facultades hasta el punto de no poder formular su voluntad, tendrá cabida un sistema de sustitución de carácter representativo. No obstante, si por el contrario la persona presenta cierto grado de autonomía, se precisará un apoyo que asista la toma de decisiones por este, evitando aquellas que puedan resultar perjudiciales. Por ello, con la entrada en vigor de la Convención, se propone un sistema de apoyos, modulable, de intensidad variable y revisable a lo largo del tiempo, que sea suficiente para compensar la limitación en la capacidad de obrar de la persona y que se adapte a los eventuales cambios en la capacidad natural<sup>15</sup>.

Asimismo, para que las medidas de apoyo sean suficientes el apartado cuarto del artículo 12 contempla la imposición a los Estados parte de controlar la efectividad de las medidas que se establezcan para posibilitar el ejercicio de la capacidad jurídica, para evitar abusos, conflictos de interés y la influencia indebida de otros sujetos. Dicho artículo enfatiza el papel que debe desempeñar la voluntad de la persona con discapacidad, a quien correspondería, de acuerdo con estos planteamientos, tomar en todo caso la decisión final, de forma que sus deseos y preferencias deberían ser respetados en el funcionamiento de los mecanismos de apoyo, incluso en lo que se refiere a la propia existencia y

---

<sup>13</sup> GUILARTE MARTÍN CALERO, C., Óp. cit. pág. 19.

<sup>14</sup> MARTINEZ AGUIRRE, C., Óp. cit. pág. 33.

<sup>15</sup> MARTINEZ AGUIRRE, C., Óp. cit. pág. 35.

funcionamiento de tales mecanismos<sup>16</sup>. De esta forma, este precepto introduce la antesala al nuevo sistema de apoyos disponiendo que las medidas que se estipulen para el ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, adaptando estas a sus circunstancias y sujetándolas a exámenes periódicos por parte de un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Esta idea ya se expresa en la Exposición de Motivos de la Convención, que estipula “Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias Decisiones”. Como establece LLEDO YAGÜE, la Convención conlleva la necesidad de crear nuevos mecanismos y procedimientos de apoyo para garantizar que el apoyo cumpla los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido<sup>17</sup>. En base a lo dispuesto, las salvaguardias que controlen estas medidas serán equitativas al grado en que estas afecten a los derechos e intereses de las personas<sup>18</sup>.

La Convención no enumera las clases de apoyo que pueden prestarse, sino que introduce un sistema abierto que da preeminencia a un nuevo modelo de apoyo o asistencia adaptado a las circunstancias de la persona, en el que sólo excepcionalmente se instará la modificación de la capacidad de la persona con discapacidad. De la redacción del artículo 12 se entiende que, la Convención no descarta el modelo de representación que caracteriza a muchos ordenamientos (entre los que se encuentra el sistema español), sino que aboga por un modelo de apoyo en la toma de decisiones por el propio discapacitado. En base a esto, sea cual sea la medida adoptada deberá respetar los derechos, la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, no pudiendo consistir ésta en decidir por la persona, aunque puntualmente se admita la posibilidad de sustitución en casos extremos o excepcionales<sup>19</sup>. En estos supuestos, en los que resulte

---

<sup>16</sup> MARTINEZ AGUIRRE, C., Óp. cit. pág. 31-32.

<sup>17</sup> FRANCISCO LLEDO YAGÜE “El cambio de modelo y los principios clave en la Convención de Nueva York: la reformulación de la capacidad”, en *Estudio básico sobre la guarda de hecho. Algunas reflexiones sustantivas y procesales notables de lege lata y de lege ferenda de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018*, Madrid, 2018, pág. 22.

<sup>18</sup> Así lo dispone el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York de 2006. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

<sup>19</sup> GUILARTE MARTÍN CALERO, C., Óp. cit. pág. 22.

imposible determinar la voluntad y preferencias, se atenderá a su mejor interpretación<sup>20</sup>, teniendo cabida acciones eventuales de representación, que deberán realizarse desde el nuevo paradigma del modelo de apoyo y, por tanto, tendrán que ser coherentes con los valores y la narrativa de vida de la persona en cuyo nombre se actúa<sup>21</sup>. Por lo tanto, el régimen de apoyo deberá considerar la situación de la persona para adoptar las medidas de asistencia adecuadas al caso en aras de garantizar el efectivo ejercicio de la capacidad jurídica<sup>22</sup>.

Recapitulando, el objetivo de reconocer una situación de discapacidad es ayudar a la persona protegida, y no interferir en su capacidad de obrar. Por lo que, la modificación de la capacidad de obrar debe quedar limitada a las situaciones excepcionales que lo justifiquen. Asimismo, las medidas de apoyo en la toma de decisiones y protección establecidas en beneficio de la persona con discapacidad deben ser adecuadas a las circunstancias individuales de la persona, tratando de evitar el conflicto de intereses y la influencia indebida. Además, deberán tomarse en consideración los deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo, para lo cual durante el procedimiento será oído, evitando en la medida posible nombramientos contrarios a sus preferencias<sup>23</sup>. Por ello, la legal capacity introducida por el artículo 12.2 CDPD carece en la Convención del estricto significado técnico que tiene en Derecho español<sup>24</sup> e implica un cambio radical de mirada en cuanto a cómo abordar la situación de las personas con discapacidad que presentan dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica. A partir de este momento, no consistirá en detectar y valorar los déficits cognitivos a través criterios médicos en aras

---

<sup>20</sup> La Observación nº1 sobre los derechos de las Personas con Discapacidad señala que “cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias” (para. 21).

<sup>21</sup> CUENCA GOMEZ, P., Óp. cit. pág. 89.

<sup>22</sup> En esta línea se manifiesta la Observación nº 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su para 29º: Un régimen de apoyo para la adopción de decisiones comprende diversas opciones de apoyo que dan primacía a la voluntad y las preferencias de la persona y respetan las normas de derechos humanos. El régimen debe proteger todos los derechos, incluidos los que se refieren a la autonomía (derecho a la capacidad jurídica, derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, derecho a elegir dónde vivir, etc.) y los relativos a la protección contra el abuso y el maltrato (derecho a la vida, derecho a la integridad física, etc.). Además, los sistemas de apoyo para la adopción de decisiones no deben regular en exceso la vida de las personas con discapacidad. Aunque esos regímenes pueden adoptar muchas formas, todos deben incluir determinadas disposiciones esenciales para asegurar el cumplimiento del artículo 12 de la Convención.

<sup>23</sup> MONDEJAR PEÑA, Mª I., “La guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 31, 2015-I, págs. 375.

<sup>24</sup> MARTINEZ AGUIRRE, C., Óp. cit. pág. 23.

determinar en qué medida se les debe restringir la capacidad para dar una posterior entrada a un mecanismo de sustitución, sino que se tratará de evaluar las posibles necesidades de apoyo<sup>25</sup>.

En síntesis, los principios más significativos que el Derecho español debe adaptar a la Convención de Nueva York serían el cambio de paradigma fundamental en el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el establecimiento de un sistema de apoyos que posibilite el ejercicio normalizado de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

## **2. Adaptación del ordenamiento jurídico español a las previsiones de la Convención de Nueva York de 2006**

De acuerdo con lo indicado en el epígrafe anterior, el Anteproyecto de Ley de 26 de septiembre de 2018 surge como una consecuencia directa de la incidencia que la Convención de Nueva York de 2006 tuvo en la situación jurídica del momento. Esta propuesta de ley se elaboró para culminar el proceso real de adaptación de la normativa española a lo dispuesto en dicha convención, y más concretamente, a las novedades introducidas por el artículo 12 de la misma. El Anteproyecto, en consecuencia, plantea la modificación del Código Civil español, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, La Ley de Registro Civil y la Ley de jurisdicción Voluntaria; y tiene como objetivo adecuar las instituciones clásicas de protección a las exigencias de dicha Convención. Esta adaptación del derecho español a lo dispuesto en el texto internacional acerca de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad abarca un proceso dilatado en el tiempo, que comenzó cuando España ratificó la Convención Internacional de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año.

La Convención obliga a dar un paso más en la protección de las personas con discapacidad, estipulando como meta principal conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad<sup>26</sup>. Esta idea se recoge en la Exposición de Motivos del Anteproyecto que expresa “Se impone así el cambio de un sistema como el

---

<sup>25</sup> CUENCA GOMEZ, P., Óp. cit. pág. 88.

<sup>26</sup> PAU PEDRÓN, A., “De la Incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil” *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, Estudios, pág. 8.

hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”. Asimismo, establece que esta nueva ley se inspira en la norma recogida en el artículo 10 de la Constitución española que dispone el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como a los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo. Las “medidas pertinentes” a las que se refiere dicho precepto y el artículo 12 de la Convención para el ejercicio de la capacidad jurídica, se concretan en el Anteproyecto en la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho. En los tres casos, la intervención por parte de un tercero puede ser representativa y constituir una verdadera sustitución en la toma de decisiones. Sin embargo, para que se respete la Convención, esta posibilidad debe contemplarse de manera excepcional, como último recurso y ceñida a los actos concretos en los que la persona tenga una dificultad<sup>27</sup>. En este sentido se expresa ANTONIO PAU PEDRÓN que estipula “Las personas con discapacidad tienen, naturalmente, plena capacidad jurídica, pero pueden tener alguna dificultad para el ejercicio de esa capacidad jurídica: lo que tradicionalmente se ha llamado la capacidad de obrar”<sup>28</sup>.

En cuanto a quién se dirige dicha regulación encontramos dos vertientes, como establece MONSERRAT PEREÑA VICENTE<sup>29</sup>. Por un lado, podríamos afirmar que todos somos destinatarios de este anteproyecto, puesto que es evidente que cualquier persona puede sufrir una discapacidad en un momento dado que afecte a su capacidad para tomar decisiones. Por otro lado, no hay duda sobre que esta normativa se dirige a las personas con discapacidad, sin embargo, como el anteproyecto no lo delimita entenderíamos que regula la situación de aquellas personas que presentan dificultades a la hora de tomar decisiones o gobernarse por sí mismas, por lo que las instituciones que en ella regula se emplearán para dar asistencias a estas.

En relación con lo expresado, se suprime la actual denominación del Título X del Código Civil “De la tutela, de la curatela y de la guardia de los menores o incapacitados” para redefinirse como “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”. Aunque desde el año 2009 se había iniciado una nueva etapa en la jurisprudencia del

---

<sup>27</sup> PEREÑA VICENTE, M., Óp.cit., pág. 70.

<sup>28</sup> PAU PEDRÓN, A., Óp.cit., pág. 6.

<sup>29</sup> PEREÑA VICENTE, M., Óp.cit., págs. 63-64.



Tribunal Supremo que afirmaba que la incapacitación debía articularse como un “traje a medida” en función de la concreta situación de la persona<sup>30</sup>, el verdadero cambio terminológico ocurrió con la Ley 15/015. Dicha ley determina en el tercer apartado de su preámbulo: “También se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad esta modificada judicialmente”. Respecto a lo dispuesto por la Ley 15/2015, el Anteproyecto da un paso decisivo acorde con la nueva finalidad del procedimiento, sustituyendo la expresión “persona con capacidad modificada judicialmente” por “persona con discapacidad”. En este sentido, expresa en la Exposición de Motivos que, aquello que se propone, no es un “mero cambio terminológico”, sino más bien, “un nuevo y más acertado enfoque de la realidad” “algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de decisiones, derecho que ha de ser respetado”<sup>31</sup>. En esta línea cabe mencionar lo dispuesto por CLEMENTE MEORO que plantea “Toda persona impedida para gobernarse a sí misma padece una discapacidad, pero no toda discapacidad supone incapacidad”. La incapacitación supone un cambio de estado civil, lo que no se da con la declaración de discapacidad. Las normas relativas a las personas con discapacidad parten de un planteamiento completamente distinto, el de su integración social y reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de su vida”<sup>32</sup>. Sin embargo, el hecho de referirse a una persona como “incapaz”, no consiste meramente en un problema terminológico, pues lo que verdaderamente está en juego es la adopción por parte de los Estados de las medidas que permitan a las personas

---

<sup>30</sup> CUENCA GOMEZ, P., Óp. cit. pág. 84.

<sup>31</sup> CUENCA GOMEZ, P., Óp. cit. pág. 91.

<sup>32</sup> CLEMENTE MEORO, M.E “El concepto evolutivo de discapacidad” en *Estudio básico sobre la guarda de hecho. Algunas reflexiones sustantivas y procesales notables de lege lata y de lege ferenda de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018*, Editorial Dykinson, Madrid, 2020, pág. 19.

con discapacidad ejercer sus derechos para su protección<sup>3334</sup>. En este sentido, cabe mencionar que hasta ahora el Código Civil español y la Ley de Enjuiciamiento Civil preveían el “proceso de incapacitación”. Dicho procedimiento contemplado en los artículos 756 a 763 LEC, pretende conseguir la declaración de un Juez de Primera Instancia determinando la incapacidad de un sujeto por presentar dificultades en su facultad de autogobierno. Sin embargo, muchos autores se referían a este proceso como “la muerte civil” de la persona sometida a él, pues se sustituye su actuación, de modo que, el tutor o representante legal ejercerá sus derechos, siempre y cuando en la persona concurra una de las causas recogidas por el artículo 200 CC<sup>35</sup>. Por ello, la adaptación normativa a la Convención de Nueva York se extiende al ámbito procesal, que reemplaza el procedimiento para la modificación judicial de la capacidad, por un proceso informado por los mismos principios procesales, pero dirigido no a limitar la capacidad de obrar, sino a proporcionarle las medidas judiciales de apoyo que necesite<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Así lo establece JORGE NICOLÁS LAFFERRE, “La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la regulación de la capacidad jurídica en el Código civil y comercial argentino”, en *DE SALAS MURILLO, S., MAYOR DEL HOYO M.ª V., Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 37.

<sup>34</sup> En cuanto al proceso de modificación de la capacidad tras el Anteproyecto de ley de 2018, el procedimiento sigue constante de un juicio verbal, potenciando el principio de oficialidad y limitando el principio dispositivo y de aportación de parte. El artículo 757 LEC en sus nuevos apartados 6 y 7, permiten la presentación de alegaciones a aquellas personas que en la demanda aparezcan propuestas como curadores, así como la intervención de cualquier legitimado no promotor del procedimiento o persona con interés legítimo. A su vez, no será necesaria la aportación de certificación hasta ahora exigida, modificación que se contiene en el artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se refiere al momento de admisión de la demanda y a la personación del demandado. Además, en cuanto al artículo 759 se reordenan las pruebas que preceptivamente se practiquen, estipulando el reconocimiento judicial de la persona afectada, audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente como de sus parientes más cercanos y los dictámenes periciales necesarios en base a lo dispuesto en la demanda. Además, cuando cambien las circunstancias por las que se adoptaron determinadas medidas estas se modificarán. No obstante, el cambio más relevante y significativo se trata del resultado del procedimiento, ya que no se buscará la incapacitación o la modificación de la capacidad, sino la adopción de los apoyos necesarios a la situación concreta de la persona

<sup>35</sup> Así se refiere a la incapacitación CASTRO-GIRONA FERNÁNDEZ, en “El cambio de modelo y los principios clave en la Convención de Nueva York: la reformulación de la capacidad” en LLEDO YAGÜE, F. MONJE BALMASEDA, O. GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., *Estudio básico sobre la guarda de hecho. Algunas reflexiones sustantivas y procesales notables de lege lata y de lege ferenda de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018*, pág. 29.

<sup>36</sup> AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA en LLEDO YAGÜE, F. MONJE BALMASEDA, O. GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., *Estudio básico sobre la guarda de hecho. Algunas reflexiones sustantivas y procesales notables de lege lata y de lege ferenda de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018*. Editorial Dykinson, Madrid, 2020, pág. 118.

Hasta el momento la protección de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español se regulaba en el Título X del Código Civil. En su artículo 215 establecía la tutela, curatela y figura del defensor judicial como las verdaderas instituciones de apoyo. La tutela se reconocía como la principal figura de guarda y se regulaba desde el artículo 222 del Código hasta el 285. La curatela se reservaba para aquellas personas a quienes la resolución judicial de modificación establecía dicho complemento respecto de unos actos debidamente especificados, y, se recogía en los artículos comprendidos entre el 286 y el 297. Por otro lado, el defensor judicial, tomaría parte para representar, asistir y proteger a los menores de edad y a las personas que poseían la capacidad modificada judicialmente. Asimismo, el artículo 171 del Código Civil incluía la patria potestad prorrogada, respecto de los hijos cuya capacidad hubiese sido modificada judicialmente que alcanzan la mayoría de edad, y la rehabilitada, sobre hijos mayores solteros que, viviendo en su compañía, son sujetos de un proceso de modificación de la capacidad.

Como se ha adelantado previamente, la adecuación al artículo 12 y en concreto a su apartado segundo, implica igualar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad al del resto de ciudadanos. Por lo que, un sistema de asistencia basado en la sustitución o representación no tiene cabida con lo dispuesto en el citado precepto. En base a esto, ocurre un cambio de denominación del Título X del Código Civil, que incluye la supresión de la incapacitación<sup>37</sup>, la eliminación de la tutela en relación con las personas mayores de edad y la institución de la patria potestad prorrogada, así como la regulación de un sistema de apoyos que otorga primacía a las medidas “preventivas” planificadas anticipadamente por la propia persona con carácter previo al surgimiento de sus necesidades y encarnadas en la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial<sup>38</sup>.

En este sentido, el anteproyecto redefine las instituciones de guarda en su artículo 249 que a partir de su aprobación serán: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. A su vez, el propio artículo 249 especifica en que supuestos se aplicará cada una para no dar lugar a confusiones. De este modo, se eliminan del ámbito de la discapacidad, no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad

---

<sup>37</sup> ANTONIO PAU PEDRÓN establece que la a incapacidad no podrá entenderse ya, de acuerdo con la reforma propuesta, como un estado civil. En “De la Incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil” *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, Estudios, págs. 10-12.

<sup>38</sup> CUENCA GOMEZ, P., Óp.cit., pág. 93.

rehabilitada, por no adaptarse al sistema de protección que se propone. La tutela con su tradicional connotación representativa disponía que el tutor podía intervenir en todos aquellos aspectos donde la persona tutelada no podía actuar por sí misma, dada la limitación a su capacidad de obrar. Y, a partir del Anteproyecto, queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial<sup>39</sup>. En cuanto a la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, en ambos casos, tenían lugar cuando la patria potestad que ejercen los padres se lleva a cabo sobre un hijo mayor de edad con la capacidad modificada judicialmente. La patria potestad prorrogada ocurría cuando se modificaba por vía judicial la capacidad hijo siendo aún menor de edad, por otro lado, la patria potestad rehabilitada sucedía cuando el hijo mayor de edad, soltero, convivía con los padres y se declaraba modificada su capacidad<sup>40</sup>. Con el Anteproyecto, se eliminan tanto la patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitada del ámbito de las personas con discapacidad, de modo que 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. Por lo tanto, puede afirmarse que, debido a la influencia que la Convención posee sobre el Anteproyecto, se prioriza un modelo de apoyo en la toma de decisiones por la propia persona con discapacidad, relegando a un segundo plano los sistemas de sustitución para casos excepcionales. Dicho impacto, puede concretarse en la desaparición, respecto de los mayores de edad, de la tutela, y, en general, de cualquier mecanismo legal de carácter representativo (como, por ejemplo, la patria potestad prorrogada) que permita a un tercero tomar decisiones en lugar de la persona con discapacidad, y en su nombre<sup>41</sup>.

Por otro lado, en lo que respecta a la guarda de hecho, puede observarse su potenciación como una verdadera institución de apoyo que evita la judicialización

---

<sup>39</sup> Así lo establece el IV apartado de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2018.

<sup>40</sup> Hasta la redacción introducida por el Anteproyecto de ley de 2018, el Código Civil disponía en su artículo 171: “La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título”.

<sup>41</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE, C., Óp. Cit. págs. 30-31.

excesiva de la vida de las personas que precisan asistencia en el ejercicio de su capacidad<sup>42</sup>. Esta estimación ya aparece en la exposición de motivos del Anteproyecto que dispone “el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad”. Sin embargo, sigue siendo una institución de hecho en el sentido de que no precisa investidura judicial formal, ni nace de un poder, aunque eso no impide que pueda tener su origen en un mandato que la persona hubiera dado verbalmente cuando todavía tenía capacidad, o al menos, cierta facultad para tomar decisiones<sup>43</sup>. Como afirma la doctrina, la guarda de hecho se erige como una propia institución jurídica de apoyo, cuyo reconocimiento supone la consagración de una realidad<sup>44</sup>, lo que implica dar visibilidad a una situación que se repite muy habitualmente en la sociedad. En este sentido se pronunció ASCENSIÓN LECIÑENA IBARRA expresando que “en la mayoría de los casos estas personas se encuentran bien cuidadas y asistidas por un guardador de hecho que, aunque carente de legitimación para actuar en su esfera personal y patrimonial, da satisfacción jurídica a las necesidades que se le plantean”<sup>45</sup>.

Junto con la figura del guardador de hecho, el Anteproyecto prevé la curatela como una medida de apoyo permanente establecida judicialmente, que por su propia naturaleza es graduable, flexible y adaptable a las necesidades de la persona sobre la que se ejerce<sup>46</sup>. Como establece el artículo 249 del Anteproyecto, la curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado y su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial, sin embargo, el empleo de la figura de la curatela no procederá si existe una guarda de hecho que funcione adecuadamente<sup>47</sup>. A su vez, dispone que se le atribuirán al curador las actividades de representación cuando la discapacidad sea grave y dificulte completamente a la persona para entender y juzgar aquello sobre lo que debe decidir<sup>48</sup>. Además, la curatela queda en la nueva regulación como una institución

---

<sup>42</sup> CUENCA GOMEZ, P., Óp. cit. pág. 95.

<sup>43</sup> En PEREÑA VICENTE, M., Óp. cit. pág. 73.

<sup>44</sup> En PEREÑA VICENTE, M., Óp. cit. pág. 66.

<sup>45</sup> LECIÑENA IBARRA, A., *La guarda de hecho de las personas mayores*. Editorial: Civitas, España, 2015, pág. 21.

<sup>46</sup> PAU PEDRÓN, A., Óp. cit. pág. 7.

<sup>47</sup> ALBA FERRÉ, E., “La nueva guarda de hecho como verdadera institución de apoyo” *Rev. Boliv. de Derecho* N° 30, julio 2020, pág. 170.

<sup>48</sup> Así lo dispone el artículo 285 del Anteproyecto 2018.

de apoyo exclusiva de las personas con discapacidad<sup>49</sup>, puesto que, el Código Civil preveía la dicha figura respecto de la emancipación y la prodigalidad<sup>50</sup>. Así, salvo que la persona que pueda necesitar los apoyos haya hecho uso de las posibilidades que ofrece la autcuratela proponiendo en escritura pública el nombramiento de un curador<sup>51</sup>, la elección del curador corresponderá a la autoridad judicial estableciendo un orden de prelación para su designación, en el que el respeto a la voluntad y preferencias de la persona sea un criterio que el juez “pueda” tener en cuenta para alterar dicho orden<sup>52</sup>, Asimismo, el criterio más relevante que debe determinar la actuación del curador es el respeto de la voluntad de la persona sobre la que se ejerce la curatela, y, en caso de no poder determinar las preferencias de la persona con discapacidad, se le impone al curador que tome en consideración la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona con discapacidad<sup>53</sup>. A su vez, el artículo 266 del Anteproyecto dispone que la curatela estará sujeta a una revisión periódica, con vistas a su posible modificación o suspensión.

De igual modo, se prevé como medida de protección el nombramiento de un defensor judicial cuando la persona con discapacidad precise apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente. Dicha figura se regula en el Capítulo V, artículos 293 y ss. del Anteproyecto. Para evitar cualquier riesgo en la actuación del guardador, el juez podrá exigirle que le informe y rinda cuentas en cualquier momento y también puede nombrar un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan y establecer las salvaguardias que estime necesarias<sup>54</sup>. Por lo que, la legitimación procesal para realizar actos jurídicos respecto de la persona con discapacidad corresponderá al defensor judicial nombrado conforme al art. 299 CC<sup>55</sup>.

---

<sup>49</sup> PAU PEDRÓN, A., Óp. cit. pág. 21.

<sup>50</sup> A partir del Anteproyecto, el emancipado será asistido por un defensor judicial y el pródigo por un asistente.

<sup>51</sup> Artículo 269 del Anteproyecto: Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de que se produzca alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 248 podrá, en escritura pública, proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.

<sup>52</sup> CUENCA GOMEZ, P., Óp. cit. pág. 96.

<sup>53</sup> Artículo 280 del Anteproyecto: El curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias. El curador, cuando actúe con facultades representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración.

<sup>54</sup> ALBA FERRÉ, E., Óp. cit. pág. 171.

<sup>55</sup> MONDEJAR PEÑA, M<sup>a</sup> I., Óp. cit. pág. 299.

Por otra parte, el Anteproyecto lleva a cabo una clara separación en su regulación respecto de a los menores o a los mayores de edad que necesitan apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>56</sup>. Separación que se delimita con mayor claridad en el Proyecto de 17 de Julio de 2020<sup>57</sup>. Con el texto legal introducido por el Proyecto de Ley se reafirman como instituciones de apoyo la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, puntualizando respecto del Anteproyecto, que estas tendrán lugar sobre las personas que lo requieran para el ejercicio de su capacidad jurídica, en cuanto a los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias. Asimismo, según el artículo 250 del mismo, no podrán ejercer ninguna de las instituciones jurídicas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo. El Proyecto de ley determina una clara distinción entre la guarda de hecho de menores y aquella para personas mayores de edad, de este modo el Título IX pasa a referirse a la tutela y la guarda de los menores, mientras que el Título X se destina a la mayoría de edad y la emancipación. De igual forma, el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. A su vez, en base a lo introducido por la nueva legislación, aquellos menores que no estén protegidos a través de la patria potestad serán sometidos a tutela, para quienes se reserva dicha figura. Sin embargo, si estos se encuentran bajo el cuidado de un guardador de hecho, conforme al nuevo artículo 236, se le podrá requerir para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, y se podrán establecer las medidas de control y vigilancia que se considere oportunas. Además, se podrá mantener la situación de guarda de hecho hasta que se constituya la medida de protección adecuada, que será la tutela o el defensor judicial en caso de necesitar un complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídico. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las medidas de origen legal o judicial (que para las personas con discapacidad consisten en la guarda de hecho,

---

<sup>56</sup> ALBA FERRÉ, E., Óp. cit. pág. 169.

<sup>57</sup> Dicho proyecto se aprueba en el Consejo de Ministros el 7 de julio de 2020 por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, para lograr la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006. El Proyecto se emplea como una fase posterior al Anteproyecto de ley de 2018, incluyendo alguna novedad respecto a dicha norma.

curatela y defensor judicial), solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Asimismo, todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera y procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias<sup>58</sup>.

En síntesis, la publicación del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad supuso, sin duda, un paso decisivo al constituir el primer paso en la adaptación de la normativa española a las exigencias del art. 12 CDPD, cuyas previsiones se matizaron con el Proyecto de ley de 2020.

### **III. LA GUARDA DE HECHO EN EL NUEVO SISTEMA DE APOYOS**

#### **1. Evolución normativa de la guarda de hecho**

En cuanto a la regulación de la Guarda de Hecho, el legislador no la contemplaba como uno de los pilares sobre los que construir la protección de las personas con discapacidad. Sin embargo, en la práctica es la forma de apoyo más utilizada para asistir a las personas mayores de edad con una discapacidad intelectual o física que les impida gobernarse por sí mismos<sup>59</sup>.

Para contextualizar la regulación jurídica de la Guarda de Hecho debemos remontarnos atrás. El Código Civil español se promulgó en 1889, y desde entonces la preocupación legal por la discapacidad ha evolucionado considerablemente. En aquel momento, se regulaba una clase de derecho de alimentos y el instituto de la incapacitación, sin tener en cuenta el desarrollo de las personas con discapacidad, puesto que su cuidado y promoción se acotaba al ámbito privado de cada núcleo familiar. Sin embargo, a pesar de que la guarda de hecho se constituía como una institución de gran

---

<sup>58</sup> MARINA PEREZ MONGE, en DE SALAS MURILLO, S., MAYOR DEL HOYO M<sup>a</sup> V., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 326.

<sup>59</sup> MONDEJAR PEÑA, M<sup>a</sup> I., Óp. cit. pág. 379.



incidencia social y que se presentaba frecuentemente en la vida diaria<sup>60</sup>, la doctrina discutía las hipótesis que debían considerarse como guardas de hecho, junto a los casos de ejercicio de las funciones de tutor por quien no había sido nombrado para ello<sup>61</sup>. Dicho debate junto con las deficiencias observadas en el funcionamiento del mecanismo de protección de la incapacitación y la tutela, dieron lugar a una serie de dudas y nuevos planteamientos sobre la materia.

Con anterioridad a la elaboración de la Constitución de 1978<sup>62</sup> que prevé significativos cambios en lo que respecta a la defensa de las personas con discapacidad, surge la propuesta de reforma de 1977<sup>63</sup>. El citado estudio se llevó a cabo por encargo de la Fundación General Mediterránea, y en él se puso de manifiesto la importancia de la institución de la guarda de hecho, redundando en su amplia presencia en la vida diaria y social de muchas personas, y en cuyo preámbulo se explicaba “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 y, en menor medida por aquellos otros que habiendo sido tutores, han sido removidos de su

---

<sup>60</sup> FÁBREGA RUIZ, C.F, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pág. 5.

<sup>61</sup> PARRA LUCÁN en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Capítulo V, artículos 303-306, *Comentarios al Código Civil*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 2531.

<sup>62</sup> Tras la promulgación de la Constitución de 1978, se proclaman e impulsan dos principios de gran interés en esta materia como son la configuración de un Estado social que se presenta como proveedor de bienestar y servicios a los ciudadanos (artículo 1.1 CE); y la encomienda a los Poderes Públicos de la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de todos los individuos sean reales y efectivas (artículo 9. 2º CE), especialmente en relación con los colectivos más vulnerables. Por lo tanto, la protección de las personas con discapacidad incluirá como su máximo objetivo, la necesidad de garantizar los derechos de estas personas para que puedan ejercer el libre desarrollo de su personalidad en igualdad de condiciones con cualquier otro ciudadano. En este momento en que los legisladores comienzan a tener en cuenta la protección legal de las personas con discapacidad y sus múltiples formas, la doctrina se encuentra con la figura de la guarda de hecho como una realidad en la que una persona continuaba en el ejercicio de cargo sin haber sido nombrado para ello. De esta forma, comienza un debate sobre cuál debe ser el régimen al que debería quedar sometida la actuación del guardador, puesto que el Código Civil no preveía nada al respecto, ya que si se asimilaba ésta a la gestión de negocios ajenos el guardado carecería de las garantías de las que disfrutaba hasta el momento.

<sup>63</sup> Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela, llevado a cabo por los profesores DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL VIDE, CABANILLAS Y CAFFARENA y publicado por la Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977.

cargo”<sup>64</sup>. Hasta hoy, el Derecho ignoraba tal situación mientras que la doctrina tendía mayoritariamente a asimilar estos supuestos en relación con la gestión de negocios ajenos. El Anteproyecto, por el contrario, hace una referencia expresa a los guardadores de hecho, mediante la cual comienza a obtener cierta visibilidad esta institución, estableciendo algunos derechos como la validez de los actos del guardador si estos son conservativos del patrimonio y redundan en utilidad respecto del sometido a guarda.

Posteriormente, con la ley 13/1983 de 24 de octubre de Reforma del CC en materia de Tutela, se introduce en el capítulo V del título X del Libro I del CC, por primera vez, la regulación de la guarda de hecho en los artículos 303, 304 y 306. El Título X del Libro I del Código Civil trataba sobre La tutela, la curatela y la guarda de los menores o incapacitados. Sin embargo, la guarda de hecho no aparece citada en el artículo 215 del Código Civil que establece que la guarda y protección de las persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará mediante tutela, curatela y defensor judicial. La ausencia de inclusión de la guarda de hecho como una institución de protección equiparable a la tutela o curatela dificulta mucho el reconocimiento y la defensa de esta, al seguir estando considerada como una realidad meramente fáctica<sup>65</sup>. Se crea una laguna legal respecto de las facultades, condiciones y consecuencias de la guarda de hecho, que deben ser cubiertas por remisión a normas de figuras similares, como es la tutela. En este sentido, se recurre a la tutela puesto que comparte con la guarda de hecho idéntica razón cuya principal diferencia es la constitución de cada una, ya que la guarda de hecho es fáctica<sup>66</sup>.

No obstante, la escueta incorporación al Código que de ella hizo la reforma de 1983, no alcanzaba para así considerarla, al menos no sin discusión. No contenía un concepto de guarda ni de guardador de hecho ni enumera las situaciones que comprende, y más bien se contempla como una situación provisional, avocada a ser controlada judicialmente en cuanto la autoridad tenga conocimiento de su existencia, de forma que

---

<sup>64</sup> El presente estudio estuvo a cargo de los profesores Bercovitz, Rogel, Cabanillas y Caffarena, redactores, bajo la dirección del profesor Díez-Picazo, del Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relacionados a la tutela que vio la luz en 1977, donde se dedicaba a la guarda de hecho el Capítulo VI y último del Título X, relativo a las instituciones tutelares. Aunque dicho estudio sirvió de precedente para la Reforma de 1983, no ocurrió así respecto de la Guarda de hecho, siendo su regulación escasa e incompleta.

<sup>65</sup> MONDEJAR PEÑA, M<sup>a</sup> I., Óp. cit. pág. 382.

<sup>66</sup> LESCANO FERIA, P., *La Guarda de Hecho*. Editorial: Dykinson, Madrid, 2017, págs. 30-34.

deberá constituirse la correspondiente institución tutelar<sup>67</sup>. Por ello, el Anteproyecto de 2018, y, posteriormente, el Proyecto de ley de 2020, suponen una reconciliación entre el Derecho y la realidad, ya que regula dicha institución dotándola de una verdadera consideración como institución de apoyo. Con anterioridad a la redacción del Proyecto de Ley de 2020, la figura del guardador se regulaba en base a lo dispuesto por la doctrina. Como expone PARRA LUCÁN el legislador contemplaba con recelo la guarda de hecho ya que todo el sistema tutelar gira en torno a técnicas garantistas de los derechos de las personas con discapacidad intelectual y, para protegerle, se impone un control de la actividad de quien ejerce la función tutelar<sup>68</sup>. A lo que se refiere PARRA LUCÁN en este apartado, es que, si el fin último de aquellos que redactan la ley es cubrir las necesidades de las personas con discapacidad, una figura como la guarda de hecho se ve desprovista de seguridad al no estar vigilada por quienes ejecutan el ordenamiento, y, más, en el caso de aquellos que aun necesítándolo no están sometidos a una institución tutelar. Por ello, con el actual Proyecto de Ley se supera este conflicto al dar notoriedad legal a esta institución y dotarle de los poderes propios de quien ejerce una función de guarda, para garantizar la salvaguarda y desarrollo de la persona con discapacidad.

En síntesis, la Guarda de Hecho nace extramuros de la ley, pero ésta le confiere unos determinados efectos jurídicos de manera retrospectiva para que el sujeto sometido a guarda no quede perjudicado o desprotegido. No es una situación propiamente de tutela jurídica, pero es una situación jurídicamente protegida<sup>69</sup>.

## **2. La guarda de hecho como medida de apoyo de las personas con discapacidad**

### *2.1 Concepto y caracteres*

El Proyecto de ley de 2020 prevé la guarda de hecho como la situación en la que una persona ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias

---

<sup>67</sup> PARRA LUCÁN, Óp. cit. pág. 2532.

<sup>68</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Óp. cit. pág. 2540.

<sup>69</sup> LESCANO FERIA, P., Óp. cit. pág. 34.

o judiciales que se estén aplicando eficazmente<sup>70</sup>. En este sentido, desarrolla una función tuitiva que busca el interés de la persona sometida a guarda, generando consecuencias jurídicas a las que el ordenamiento presta atención<sup>71</sup>. A su vez, puede considerarse al guardador como aquel que cumple una función social en alguna de las situaciones en las que pueda encontrarse una persona con discapacidad, en las que no hay curador y que son mucho más frecuentes de lo que puede parecer<sup>72</sup>. Se trata de una institución eficaz que contribuye a la normalización de la vida de las personas mayores con discapacidad y aporta agilidad y reconocimiento a la capacidad efectiva de dichos sujetos<sup>73</sup>.

La guarda de hecho presenta dos rasgos definidores, según Fábrega Ruiz: “uno de ellos positivo, cual es la asunción de algún deber de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz, y el otro negativo, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento”<sup>74</sup>. En este sentido, debe entenderse que, para que podamos calificar una situación como guarda de hecho, debe concurrir la protección de una persona con discapacidad por quien no ha sido nombrado legalmente para dicha labor. No obstante, puede ocurrir, que, tras haber sido nombrado un curador, este se encontrase impedido para actuar y antes de que tal situación llegase a conocimiento judicial una tercera persona prestase de manera continuada y estable los apoyos que la persona precisase<sup>75</sup>. En este supuesto, se trataría de una situación de guarda de hecho con existencia previa de medias voluntarias o judiciales no aplicadas eficazmente.

El Proyecto de ley de 2020 regula la Guarda de Hecho en los artículos 263-267 y establece el régimen de actuación de dicha institución, así como aquellos supuestos en los que se requiera autorización judicial para determinados actos en los que se necesite acreditar la representación, la validez de la actuación del guardador, el informe que este

---

<sup>70</sup> Así define la situación el Anteproyecto de ley de 2018, en el artículo 249.

<sup>71</sup> PATRICIA LESCANO FERIA, Óp. cit. pág. 35.

<sup>72</sup> MARINA PÉREZ MONGE, Óp. cit. pág. 321.

<sup>73</sup> MONJE BALMASEDA, O., Óp. cit. pág. 62.

<sup>74</sup> FÁBREGA RUIZ, C.F, Óp. cit. pág. 87.

<sup>75</sup> LECIÑENA IBARRA, A., en DE SALAS MURILLO, S., MAYOR DEL HOYO M<sup>a</sup> V., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 302.

pueda prestar al juez, la indemnización que recibirá por los daños ocasionados en su ejercicio y la extinción de esta figura.

Los caracteres que constituyen la guarda de hecho han sido objeto de definición por la doctrina a lo largo del tiempo para poder distinguirla de otros mecanismos de guarda. En cuanto a la persona que ejerce la guarda, el guardador de hecho<sup>76</sup> es aquel sujeto, familiar, allegado o extraño de una persona que no puede valerse por sí misma por presentar dificultades para su autogobierno, que lleva a cabo actuaciones relevantes jurídicamente con generalidad y permanencia, ya sea en su esfera personal o patrimonial, sin nombramiento judicial<sup>77</sup>. Al tratarse de una actuación espontánea y voluntaria de un tercero sin nombramiento judicial previo, cualquier acto de delegación o encargo por quien es guardador legal privaría de identidad a esta figura cuyo carácter más significativo es el de ejercer la guarda por iniciativa propia y sin legitimación previa. A su vez, estos actos deben poseer ciertas notas de estabilidad y permanencia en el tiempo, ya que las meras actuaciones de asistencia o ayuda en momentos puntuales no podrían considerarse como guarda de hecho, por lo que en palabras de LECIÑENA IBARRA resulta indispensable que la guarda se realice de forma continuada, con generalidad y permanencia<sup>78</sup>. Además, quien lleva a cabo la función de guardador de hecho no realiza meras funciones de asistencia o cuidado si no que asume la responsabilidad sobre el desarrollo de estas.<sup>79</sup>

En cualquier caso, la mayor diferencia respecto de la regulación anterior introducida por el Proyecto de Ley ocurre en cuanto a su extensión en el tiempo. Hasta el momento, la Guarda de Hecho era considerada como una situación transitoria avocada a desaparecer para dar lugar a una tutela o curatela nombrada de forma judicial<sup>80</sup>. Sin embargo, con la regulación introducida por el Proyecto de Ley, se configura la Guarda de Hecho como una medida de apoyo suficiente, no siendo necesaria la posterior constitución de otra medida designada judicialmente. Así viene estipulado en la propia

---

<sup>76</sup> En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 2020 estipula que el guardador 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,

<sup>77</sup> MONDEJAR PEÑA, M<sup>a</sup> I., Óp. cit. pág. 378.

<sup>78</sup> LECIÑENA IBARRA, A., Óp. cit. pág. 48.

<sup>79</sup> LECIÑENA IBARRA, A., Óp. cit. pág. 50.

<sup>80</sup> PARRA LUCÁN se refiere a la guarda de hecho como “una situación avocada a desaparecer para dar paso a una guarda institucional”.

Exposición de Motivos del Proyecto “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 que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”.

## *2.2 Acreditación de la Guarda de Hecho*

A pesar del reforzamiento de la guarda de hecho llevado a cabo por el Proyecto de ley de 2020, el principal obstáculo al que se enfrenta dicha figura para su actuación en el tráfico jurídico es el derivado de la acreditación de su existencia. La dificultad en cuanto a su publicidad complica la efectividad de la misma, creando una importante inseguridad jurídica<sup>81</sup>, y provocando en los guardadores una sensación de abandono por el ordenamiento jurídico<sup>82</sup>. La guarda de hecho existe sin intermediar un nombramiento judicial previo, por iniciativa propia del guardador, lo que implica que en la mayoría de casos, las personas que forman parte de dicha situación de guarda no sean conscientes de que se está sucediendo dicho mecanismo de apoyo.

Tras haber sido deliberado por la doctrina, se han propuesto diversos mecanismos que pueden emplearse para acreditar la guarda con carácter declarativo:

En primer lugar, puede constatarse mediante una resolución judicial que resuelva un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en que se declara frente a terceros la existencia de una situación de guarda de hecho ejercida por una persona determinada. En este sentido, lo que se valora por los jueces es la entrega de certificados acreditativos de esta guarda de hecho para facilitar todos los trámites administrativos o materiales que interesan en particular a las personas guardadas<sup>83</sup>.

Asimismo, puede llevarse a cabo por un decreto del Ministerio Fiscal dictado en expediente informativo. O, en los supuestos en los que la persona resida en un centro

---

<sup>81</sup> ALBA FERRÉ, E., Óp. cit. pág. 156.

<sup>82</sup> FÁBREGA RUIZ, C.F, Óp. cit. pág. 15.

<sup>83</sup> PEREÑA VICENTE, M., Óp.cit., pág. 82.

residencial o sanitario, puede nombrarse como guardador de hecho a la persona que ocupa el cargo de director el lugar<sup>8485</sup>.

A su vez, se prevé la utilización del acta notarial de notoriedad, que debe promoverse por el guardador de hecho. La persona que requiera la actuación del notario deberá demostrar el interés legítimo y afirmar, bajo su responsabilidad, la certeza de la relación que se acredita por notoriedad. El notario practicará cuantas pruebas estime necesarias, haciendo los requerimientos y notificaciones personales que considere oportunos. Las personas que pudieran verse afectadas a juicio del notario serán notificadas directamente y tendrán 20 días para alegar lo que estimen conveniente. En el acta deberá constar la declaración de dos testigos que aseveren que de ciencia propia les constan los hechos cuya declaración de notoriedad se pretende. Y finalmente, si del examen y calificación de las pruebas y del resultado de las diligencias el notario estimare justificada la notoriedad pretendida, lo expresará así<sup>86</sup>.

Por ello, si se conociera de la existencia de un supuesto de guarda de hecho, el Juez podrá constatar la concurrencia de un guardador que ha estado ejerciendo adecuadamente la guarda, por propia iniciativa y sin legitimación legal ni voluntaria, desempeñando funciones de tipo asistencial y prestando los apoyos que el guardado haya podido necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Por lo tanto, el reconocimiento judicial reconoce una virtualidad declarativa y no constitutiva<sup>8788</sup>.

### *2.3 Distinción con otros mecanismos de guarda*

Respecto a la naturaleza jurídica de la guarda de hecho, con anterioridad al Proyecto de ley de 2020, MONDEJAR PEÑA la definía como una figura jurídica

---

<sup>84</sup> Así se contempla específicamente por el art. 7.3 del Decreto catalán 284/1996, de 23 de julio, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales (en la redacción dada por el Decreto 176/2000, de 15 de mayo). No obstante, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a la consideración del director del centro como un verdadero guardador de hecho, por mediar un contrato previo.

<sup>85</sup> FÁBREGA RUIZ, C.F., *Óp.cit.*, págs. 16-22.

<sup>86</sup> FÁBREGA RUIZ, C.F., *Óp.cit.*, págs. 16-22.

<sup>87</sup> LECIÑENA IBARRA, A., *Óp. cit.* pág. 302.

<sup>88</sup> A lo que se refiere dicha frase, es que con una declaración constitutiva lo que se pretende es un pronunciamiento del juez, para que cree una consecuencia jurídica que hasta el momento no podía existir sin sentencia. Este no es el caso de la guarda de hecho, que dispone una virtualidad declarativa en la que se busca el juez una manifestación que declare la existencia o inexistencia de una situación jurídica. No obstante, el Proyecto de ley no recoge dicha posibilidad.

especial, con un contenido propio y autónomo, que evita el desamparo de la persona necesitada de apoyo<sup>89</sup>. La distinción de la guarda de hecho con otros supuestos jurídicos es sencilla teniendo en cuenta los caracteres que la identifican<sup>90</sup>. Solo podrán constituirse como guarda de hecho aquellas situaciones estables y permanentes, que se predicen respecto de la globalidad de asuntos que afecten a un tercero, que se lleva a cabo sobre aquellas personas con una discapacidad y abarca tanto actos patrimoniales como personales. Por lo tanto, no podrán entenderse como tal aquellos supuestos puntuales de guarda o cuando esta se realiza por delegación o encargo de quien es guardador legal<sup>91</sup>, ya que el guardador de hecho actúa por iniciativa propia y toma decisiones que pueden afectar al guardado.

Uno de los supuestos que no debe ser confundido con la figura del guardador de hecho es el del guardador no profesional. Como dispone LECIÑENA IBARRA no todo guardador de hecho se calificará como cuidador no profesional ni todo cuidador profesional se constituye como guardador de hecho<sup>92</sup>. En primer lugar, debemos acudir a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en ella distingue tanto el supuesto de cuidador no profesional, como de cuidador profesional. Para empezar, el primero es aquel que, siendo familiar o perteneciendo a su entorno cercano, presta atención a una persona en situación de dependencia en su domicilio, sin estar vinculado a un servicio de atención profesionalizada. Por otro lado, los cuidados profesionales son los prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro. Es evidente la distinción entre cuidador profesional y guardador de hecho, puesto que el primero suele ser una persona formada y especializada para tal fin, por lo que no concurre en él la voluntariedad de la guarda de hecho al existir un vínculo jurídico previo a la situación de guarda<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> MONDEJAR PEÑA, M<sup>a</sup> I., Óp. cit. pág. 379.

<sup>90</sup> Principalmente, el hecho de ser considerada por el Anteproyecto de 2018 y el Proyecto de ley de 2020 como una institución de apoyo respecto de las personas con discapacidad.

<sup>91</sup> En el caso de las personas con discapacidad sería el curador o defensor judicial, y, en el caso de los menores, el guardador legal sería quien ha ejercido las labores de tutor.

<sup>92</sup> LECIÑENA IBARRA, A., Óp. cit. pág. 62.

<sup>93</sup> LECIÑENA IBARRA, A., Óp. cit. pág. 64.



Sin embargo, la limitación respecto de los cuidadores no profesionales es más compleja y depende del grado de dependencia del guardado, que se calificará distinguiendo entre tres elementos: temporal, causal y finalista<sup>94</sup>. En cuanto al elemento temporal, debemos afirmar que una guarda de hecho no debe limitarse a meros cuidados asistenciales de un tercero, sino que es aquella persona que se encarga de labores vitales para la persona con discapacidad alcanzando incluso la gestión de sus asuntos personales. Por lo que respecta al elemento causal, este se refiere al motivo que provocó esa guarda de hecho ya que esta se realiza en torno a una persona que no puede gobernarse por sí misma por presentar dificultades en su capacidad natural de entender, no pudiendo ejercerse si la persona tiene plena capacidad de entender y solo requiere determinadas ayudas en su vida diaria. Por último, el elemento finalista implica el grado de dependencia de la persona y el alcance de las ayudas que necesita, todo ello con responsabilidad decisoria, lo que lo diferenciaría del cuidador que tan solo ejerce funciones de mera asistencia, auxilio o cuidado.

No obstante, es posible que concurra en una misma persona la calificación tanto de guardador como de cuidador no profesional. Esta situación se sucederá cuando los cuidados se presenten por familiar hasta el tercer grado de consanguinidad o cónyuge, cuando se conviva en el mismo domicilio con la persona dependiente y si ha atendido a este durante un año previo a la presentación de la solicitud, dando lugar a la respectiva prestación económica<sup>95</sup>. De este modo, suelen considerarse cuidadores no profesionales aquellas personas que, normalmente, acuden al domicilio del dependiente y controlan sus hábitos alimenticios, ayudan con el cuidado de la casa previendo posibles riesgos, garantizan la higiene personal y sanitaria, es decir, favorezcan su autonomía y mejoren la calidad de vida de estas personas.

Asimismo, en ocasiones se ha asimilado con la gestión de negocios ajenos, que tiene lugar cuando una persona se encarga voluntariamente de la administración de los

---

<sup>94</sup>LECIÑENA IBARRA, A., Óp. cit. págs. 62-63.

<sup>95</sup> Así lo establece el artículo 12 del Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que dispone: Podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia, su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco, cuando convivan en el mismo domicilio de la persona dependiente, esté siendo atendido por ellos y lo hayan hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud. Se entienden como situaciones asimiladas a la relación familiar, las parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento.

negocios de otro sin mediar mandato de éste. Esta actuación se recoge en el artículo 1888 CC y consiste en un acto jurídico unilateral. Se asimilaba la figura del guardador de hecho a la gestión de negocios ajenos pues no existía regulación específica en el Código Civil para la guarda. Sin embargo, si un sujeto se ocupara de un único asunto de la persona con discapacidad, ese ejercicio no supondría la existencia de una guarda de hecho, sino de una gestión de negocios ajenos prevista en los arts. 1.888 a 1.894 del CC<sup>96</sup>.

Además, las diferencias entre la guarda de hecho y la gestión de negocios ajenos son evidentes, ya que la primera se realiza de forma permanente, mientras que la gestión se emplea para asuntos concretos y en momentos puntuales. A su vez, los sujetos respecto de los que se lleva a cabo también son distintos, pues la guarda de hecho tiene lugar frente a personas que requieren una protección especial por estar limitada su capacidad natural de entender. Del mismo modo, la distinción más significativa ocurre en cuanto al ámbito de actuación, la gestión de negocios ajenos se centra en actos de carácter patrimonial, en tanto que, la guarda de hecho afecta a la globalidad de actos de la persona con discapacidad sean estos personales o patrimoniales<sup>97</sup>. Por lo tanto, la gestión de negocios ajenos se trata de un cuasicontrato<sup>98</sup>, que se desarrolla respecto de actos provisionales y asuntos determinados, que tendrán carácter eminentemente patrimonial.

#### *2.4 Persona sometida a la guarda de hecho*

El Proyecto de Ley dispone que el apoyo que presta el guardador ha de recaer en una persona con discapacidad<sup>99</sup>. No obstante, como establece LECIÑENA IBARRA, el ámbito subjetivo de la guarda de hecho debe limitarse a las personas que padecen deficiencias mentales o intelectuales que afectan a su capacidad intelectual y volitiva e impiden o limitan la toma de decisiones consciente y libre en relación al gobierno de su persona y bienes<sup>100</sup>. De esta forma, quedan excluidas de dicha institución de apoyo las

---

<sup>96</sup> Las diferencias entre guarda de hecho y gestión de negocios ajenos se identifica en mayor profundidad por ROGEL VIDE, C., en *Comentario del Código Civil*, (T. I), Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 862-863.

<sup>97</sup> FÁBREGA RUIZ, C.F, Óp. cit. pág. 53.

<sup>98</sup> En base al artículo 1887 CC son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados.

<sup>99</sup> Artículo 250 Proyecto de Ley de 2020: Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

<sup>100</sup> LECIÑENA IBARRA, A., Óp. cit. pág. 306.

personas que padecieran patologías que, por no ser invalidantes, no afectaran a su capacidad natural de entender y les permitiese actuar por sí mismas. Por lo tanto, podemos hablar del guardado como aquella persona con discapacidad, que reciba asistencia continuada por quien no ha sido nombrado y que posteriormente podría formar parte de una provisión de apoyos para aquellos actos concretos en los que se necesite poder concedido legalmente.

Asimismo, cabe mencionar la importancia de la Convención de 2006 respecto del enfoque que se tenía sobre la discapacidad. Esto se debe a que, hasta el momento, la asistencia de las personas con discapacidad tenía como punto de partida el “mejores interés” de las mismas. Sin embargo, la Convención obliga a dar un paso más, cuya meta principal será conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. En este sentido se expresa PAU PEDRÓN, que dispone “La protección o el apoyo no se han de ejercitar de un modo objetivo –en interés de las personas con discapacidad–, sino de un modo subjetivo –atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona”. Por ello, así como hasta la entrada en vigor de la Convención en España en 2008 se interpretaban las normas en función del “interés de la persona con discapacidad”, la nueva interpretación se situará tras la “voluntad, deseos y preferencias de la persona”<sup>101</sup>.

### **3. El guardador de hecho**

#### *3.1 Derechos y obligaciones del guardador*

El guardador de hecho es la persona física o jurídica que se encarga voluntaria y habitualmente, con carácter de estabilidad y permanencia, de los asuntos del guardado con responsabilidad decisoria y sin contar con nombramiento judicial. Como se ha mencionado previamente, la regulación de la guarda de hecho con anterioridad a su reconocimiento por el Proyecto de ley de 2020 se llevaba a cabo conforme a lo dispuesto por la doctrina. Por ello, el hecho de que no estuviese debidamente regulada daba lugar a debates en cuanto a su configuración. Por ejemplo, la doctrina se encontraba dividida acerca de los derechos y obligaciones del guardador. Por un lado, se consideraba de

---

<sup>101</sup> PAU PEDRÓN, A., Óp. cit. pág. 8.

aplicación lo dispuesto para el tutor, cubriendo de este modo las posibles lagunas legales. Sin embargo, otro sector doctrinal no valoraba esta equiparación pues consideraba que, al tener distinta causa y fundamento, la guarda de hecho y la guarda legal debían ser figuras diferenciadas, aunque cumplieren funciones similares de protección. De este modo, solo se le aplicaba al guardador por analogía lo concerniente al deber de información e indemnización. No obstante, con la nueva legislación se incorpora debidamente la regulación de los derechos y deberes del guardador.

A su vez, existe un deber de información por parte del guardador recogido en el artículo 265 que estipula que la autoridad judicial podrá requerir a este un informe de su actuación, así como una rendición de cuentas. Este informe es la base sobre la cual se decidirá la adopción de otras medidas. De esta forma, a no ser que el juez conociera la situación de la persona por otros medios, tendrá que requerir dicho informe para la adopción de medidas de protección, que se adoptarán si son necesarias en base al interés de la persona con discapacidad<sup>102</sup>. De este precepto no se deduce que deba tener lugar necesariamente el fin de su guarda, si se estimara que este tipo de asistencia es suficiente atendiendo a las circunstancias individuales de la persona<sup>103</sup>. La importancia de la información ya estaba prevista antes de redactar el Proyecto de ley de 2020. Consiste en que, tras valorar el juez la situación pueda imponer las medidas de vigilancia y control que estime necesarias<sup>104</sup>. Sin embargo, dicho supuesto es una facultad del juez, por lo que no impone a nadie la obligación de informar a la autoridad judicial de la situación de guarda, ni siquiera a los funcionarios que por razón de sus cargos puedan conocer la existencia de un guardador<sup>105</sup>.

En relación a la indemnización por el ejercicio de la labor del guardador, se entiende que, como la guarda de hecho se asume como un deber moral sin haber sido establecida por un órgano judicial, no cabe la remuneración o compensación económica

---

<sup>102</sup> FÁBREGA RUIZ, C.F, Óp. cit. pág. 35.

<sup>103</sup> MONDEJAR PEÑA, M<sup>a</sup> I., Óp. cit. pág. 386.

<sup>104</sup> Anterior al Anteproyecto de ley las medidas eran provisionales y caducas, de duración transitoria, ya que debía ponerse en marcha el procedimiento tutelar de derecho, sin embargo, el artículo 265 dispone que, “A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias. Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento”

<sup>105</sup> MONJE BALMASEDA, O., Óp. cit. págs. 73-74.

del cargo ni por actos mortis ni por actos inter vivos. Sin embargo, como atender a una persona puede generar gastos o incluso daños, el guardador tiene derecho a ser indemnizado de los gastos que haya soportado siempre y cuando estos fueran imprescindibles para el cuidado del guardado y en base a los perjuicios que hubiera padecido, se incluyen tanto los daños emergentes como los lucros cesantes, por ejemplo, puede indemnizarse la situación en la que el guardador desatiende sus ocupaciones para atender a la persona. La indemnización incluirá el reembolso de los gastos efectuados por el guardador, los daños que provengan de la actuación de terceros o de la persona con discapacidad. Además, requiere que no exista culpa por parte del guardador, por lo que debe entenderse que el daño no puede ser consecuencia, directa o indirecta, de extralimitación o incumplimiento de las funciones por parte de éste<sup>106</sup>. Este derecho del guardador se recoge en el artículo 266 en cuanto a los gastos justificados y la indemnización de los daños derivados del ejercicio, que serán con cargo a los bienes del guardado si estos pudieran suplirlos.

El Proyecto de Ley contempla distintos supuestos de extinción de la guarda de hecho en el artículo 267. La guarda de hecho se extingue:

1.º Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo. Por todo ello, si la persona a quien se preste apoyo solicita que este se organice de otro modo, así deberá cumplirse. En esta línea, MARINA PEREZ MONGE puntualiza que “no se trata de organizar la guarda de hecho de otro modo, sino que se extingue la guarda de hecho porque la persona con discapacidad solicita que el apoyo, que reconoce necesitar, se organice de una manera diferente”<sup>107</sup>. En ocasiones ocurre cuando la persona prevé una futura necesidad de otro tipo o cuando quiera designar a una persona diferente.

2.º Cuando desaparezcan las causas que la motivaron<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> FÁBREGA RUIZ, C.F, Óp.cit., pág. 32.

<sup>107</sup> MARINA PEREZ MONGE, Óp.cit., pág. 340.

<sup>108</sup> En el Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se reconoce la evolución de la discapacidad disponiendo “e) Reconociendo 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.

3.º 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. En este supuesto es la voluntad del guardador la que extingue la guarda, únicamente debe ponerlo en conocimiento de la entidad pública y está dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal.

4.º 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. En dicho caso será la valoración del Juez la que se incluye en este apartado, previa solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo. Como dispone LECIÑENA IBARRA continuará la guarda de hecho que se viniera ejerciendo adecuadamente, salvo que pudiera considerarse más oportuna la adopción de medidas voluntarias o judiciales que pudieran resultar más eficaces, por ejemplo, cuando se considere pertinente instar el procedimiento de curatela en sustitución de la guarda de hecho<sup>109</sup>.

### *3.2 Actos del guardador*

#### *3.2.1 Ámbito de actuación ordinaria y extraordinaria del guardador*

El cambio de perspectiva respecto del guardador de hecho, considerada como una verdadera institución de apoyo, requiere una mayor regulación de su régimen jurídico y, sobre todo, del ámbito de sus actuaciones. Conforme a las reglas generales, quien no tiene encomendada por la ley ni por resolución judicial las funciones de representación o asistencia no podrá intervenir eficazmente actuando en representación del menor o persona con discapacidad, ni prestando la asistencia requerida en cada caso por la Ley<sup>110</sup>.

La guarda de hecho es una institución de hecho, lo que implica que existe, como se ha visto anteriormente, con independencia de un documento formal que declare su existencia. Por ello, la actuación del guardador es complicada sin un documento que

---

<sup>109</sup> LECIÑENA IBARRA, A., Óp. cit. pág. 300.

<sup>110</sup> PARRA LUCÁN, Mª., Óp. cit. pág. 2547. Esta norma viene recogida en el artículo 1259 CC que establece «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. 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».

acredite las facultades administrativas o representativas de una persona que carece de representación legal<sup>111</sup>. La guarda de hecho no permite representación legal del guardado, no pudiendo aquel actuar por este o sustituirlo ni en actos personales ni en patrimoniales, por lo que solo podrá realizar actos de administración, pero nunca actos de disposición patrimonial<sup>112</sup>. Sin embargo, el Proyecto de ley otorga al guardador poder para llevar a cabo determinadas actuaciones sin necesidad de autorización judicial.

En base a lo expuesto, pueden acotarse al ámbito de actuación ordinaria del guardador, respecto de los cuales no requerirá autorización judicial previa, los actos de carácter personal, cuidado y asistencia necesarios y, respecto de los actos de carácter patrimonial, las actuaciones de administración ordinaria del patrimonio de la persona guardada<sup>113</sup>. En ningún caso se abarcarán actos de disposición, ni con la posesión de autorización judicial. Por ejemplo, puede pedir una prestación por dependencia en nombre del guardado o constituir un patrimonio protegido respecto de la persona con discapacidad<sup>114</sup>. En cuanto a dichos actos, el guardador podrá llevar a cabo prácticas que vinculen al guardado sin necesidad de autorización judicial, produciendo efectos respecto del patrimonio de la persona con discapacidad. No obstante, para el resto de actos, tanto de carácter personal como patrimonial, requerirá autorización judicial previa.

A su vez, existen los llamados actos de administración de actuación extraordinaria. El Proyecto de ley se refiere a ellos en el artículo 263 párrafo segundo, en cuanto a los actos que requieren representación. La distinción entre actos de actuación ordinaria y extraordinaria, no se lleva a cabo en base a la gravedad del acto, sino en función de la necesidad que exista de acreditar una legitimación para actuar en beneficio

---

<sup>111</sup> FÁBREGA RUIZ, C.F. Óp. cit. pág. 89.

<sup>112</sup> FÁBREGA RUIZ, C.F. Óp. cit. pág. 61.

<sup>113</sup> PEREÑA VICENTE, M., Óp. cit. pág. 76.

<sup>114</sup> Con el Proyecto de ley 2020 se modifica el artículo 3 de la Ley 41/2003 sobre la constitución del patrimonio, estableciendo que podrán constituir el patrimonio protegido tanto la propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, así como quienes presten apoyo a las personas con discapacidad. Por lo que, con la redacción del Proyecto, se equipara a los guardadores no estableciendo una diferenciación entre el guardador de hecho y quienes hayan sido nombrados judicialmente. En base al artículo 3, el patrimonio protegido se llevará a cabo en documento público, o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado segundo del mismo artículo.

Además, una vez constituido el patrimonio protegido pueden hacerse aportaciones simultáneas o posteriores, siempre que el aportante tenga un interés legítimo y se hagan a título gratuito. ESCRIBANO TORTAJADA, P., *El Patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 92.

de la persona guardada<sup>115</sup>. Estos deberán ser autorizados judicialmente, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria<sup>116</sup>. Por lo tanto, podrá concederse la autorización judicial, previa comprobación de su necesidad<sup>117</sup> y sin exceder de la mera administración ordinaria, si resultan necesario para el desarrollo de la función de apoyo. De este modo, el Proyecto modifica la Ley de Jurisdicción Voluntaria y en concreto su artículo 52 que estipula que el Juez deberá examinar por sí mismo a la persona con discapacidad, antes de tomar una decisión<sup>118</sup>. Un acto de carácter personal dentro de la actuación extraordinaria puede consistir, por ejemplo, en un tratamiento médico que precise el consentimiento informado del paciente sometido a este<sup>119</sup>. Del mismo modo, se considera que necesitará autorización judicial para realizar gastos extraordinarios sobre los bienes del guardado, para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años, o para dar y tomar dinero a préstamo. También se requerirá dicha autorización para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona que el guardador de hecho tenga a su cuidado.

Por otro lado, el artículo 263 del Proyecto introduce dos supuestos que constituyen una excepción a la necesidad de autorización judicial: 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

---

<sup>115</sup> PEREÑA VICENTE, M., Óp. cit. pág. 77.

<sup>116</sup> ALBA FERRÉ, E., Óp. cit. pág. 171.

<sup>117</sup> DOLORS TOLDRÁ ROCA, en DE SALAS MURILLO, S., MAYOR DEL HOYO M<sup>a</sup> V., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 356.

<sup>118</sup> En el artículo 52, se modifica el apartado 1 y se añade un nuevo apartado 3, según se indica a continuación: Asimismo, el guardador de hecho deberá solicitar ante el Juez la autorización para la realización de actos que requieran acreditar la representación, en el sentido establecido en el párrafo segundo del artículo 263 del Código Civil. También se requerirá dicha autorización para prestar consentimiento en los actos que impliquen actos de trascendencia personal, a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento. En estos casos, antes de tomar una decisión, el Juez entrevistará por sí mismo 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 solicita.

<sup>119</sup> En base a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente, que dispone que “Se otorgará el consentimiento por representación, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”. A su vez, “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”.



de la persona; o realice actos jurídicos sobre bienes del sujeto que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

En este sentido, para evitar cualquier riesgo en la actuación del guardador, el juez podrá exigirle que le informe y rinda cuentas en cualquier momento. Del mismo modo, puede nombrar un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo requieran y establecer salvaguardias que estime necesarias. Se modifica también el artículo 7, disponiendo que la supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Asimismo, si el administrador del patrimonio es el guardador de hecho, deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine este y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente.

### 3.2.2 Validez de los actos del guardador de hecho

Respecto de la validez de los actos llevados a cabo por el guardador, MONJE BALMASEDA estipula que el legislador acoge la teoría de la eficacia plena de los actos realizados por dicho sujeto, sin distinguir si se trata de actos de naturaleza conservativa, dispositiva, o de administración ordinaria o extraordinaria, o de carácter patrimonial que hubieren redundado en utilidad o beneficio de la persona con discapacidad<sup>120</sup>.

Asimismo, el artículo 264 del Proyecto de ley 2020 dispone que los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de esta no podrán ser impugnados si responden a su voluntad, deseos y preferencias. En cuanto a la voluntad, deseos y preferencias del sujeto sobre quien recaiga la guarda deberán ser contemplados en el conjunto de los actos realizados, no con carácter individualizado, atendiendo tanto a criterios económicos como personales, apreciando la totalidad del acto de gestión<sup>121</sup>. Con arreglo a las reglas generales sobre carga de la prueba y facilidad probatoria, quien se oponga debe probar que el acto no redundó en utilidad de

---

<sup>120</sup> MONJE BALMASEDA, O., Óp. cit. pág. 79.

<sup>121</sup> MONJE BALMASEDA, O., Óp. cit. pág. 79.

la persona con discapacidad, por lo que la persona que lleve a cabo dicha impugnación debe demostrar que no se atendió a la voluntad, deseos y preferencias del guardado. Además, el precepto no distingue entre actos de administración y disposición, ni tiene en cuenta si se refieren a bienes de especial valor: solo se menciona la voluntad, deseos y preferencias de la persona como límite a la impugnación<sup>122</sup>. Lo que verdaderamente se está estableciendo no es una posibilidad de actuación en nombre de la persona con discapacidad, puesto que no crea un mecanismo de sustitución, sino un mecanismo de convalidación de sus actos cuando estos sean beneficiosos para el guardado<sup>123</sup>. Además, en cuanto a lo que se refiere al momento en que debe valorarse la utilidad parece razonable entender que es el momento en el que se realiza el acto.

En este sentido, PEREÑA VICENTE defiende que, para poder considerar la guarda de hecho como una institución realmente suficiente, es necesario tener en cuenta dos premisas: Que se dote al guardador de legitimación para poder realizar actos jurídicos con una cierta agilidad; y, que se establezcan las salvaguardias adecuadas, al menos para la generalidad de sus destinatarios, que son los españoles con un patrimonio medio en el que el bien que se ha de proteger es la vivienda habitual<sup>124</sup>.

De esta forma la guarda de hecho podrá observarse como una auténtica institución de guarda, al poder ejercer sus facultades y que están produzcan efectos respecto de la persona guardada.

#### **IV. CONCLUSIONES**

i. La Convención de Nueva York de 2006 constituye el primer instrumento universal de carácter vinculante para la protección de los derechos de las personas con discapacidad. El artículo 12 de la Convención introduce un nuevo concepto conocido como “legal capacity”. Dicha nueva concepción abarca tanto la capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones, como la capacidad de obrar para poder realizar actos jurídicos con validez, del ordenamiento jurídico español. Esta nueva definición instaurada por la Convención implica una limitación en los sistemas que excluyen a la

---

<sup>122</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>., Óp. cit. pág. 2548.

<sup>123</sup> FÁBREGA RUIZ, C.F, Óp. cit. pág. 55.

<sup>124</sup> PEREÑA VICENTE, M., Óp. cit. págs. 81-82.

persona con discapacidad de la toma de decisiones sobre las cuestiones que afectan tanto a su esfera patrimonial, como a su esfera personal. A su vez, dispone una obligación para los Estados Parte de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar el acceso de las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, medidas que serán equitativas al grado en que afecten a los intereses de la persona, no pudiendo limitar su capacidad jurídica y que deberán respetar los derechos, la voluntad y preferencias de esta<sup>125</sup>.

ii. Respecto de la incapacitación, como defiende GUILARTE MARTÍN-CALERO, el procedimiento no debe perseguir la constatación de la incapacidad, su declaración y, posteriormente, la constitución del apoyo, sino la constatación de la necesidad de protección y consiguientemente la adopción de la medida o apoyo. Por lo que, la existencia de una discapacidad no podrá conducir a la privación o limitación de la capacidad jurídica entendida como titularidad de derechos y obligaciones<sup>126</sup>, sino que la persona con discapacidad pasa a ser un sujeto activo de derecho, dentro de la capacidad que consagra la Convención y con los apoyos externos que necesite<sup>127</sup>

iii. Frente a una práctica judicial mayoritaria que opta por la representación legal extendida a la esfera personal, la Convención introduce un cambio de mirada que aboga por la asistencia como régimen preferente, aunque no rechaza la sustitución o representación para casos excepcionales. Dicho cambio respecto del sistema de protección de la persona con discapacidad tiene como máximo exponente el Anteproyecto de ley de 2018, que luego se convirtió en el Proyecto de ley de 2020, y configura la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial como las instituciones de apoyo de las personas con discapacidad. Eliminando, de esta forma, la tutela y la patria potestad prorrogada o rehabilitada del ámbito de las personas mayores de edad. A su vez, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, procederá en aquellos supuestos en los que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador, en base a la reformulación por el Anteproyecto de ley de 2018 del apartado 1 del artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

---

<sup>125</sup> GUILARTE MARTÍN CALERO, C., Óp. cit. pág. 22.

<sup>126</sup> GUILARTE MARTÍN CALERO, C., Óp. cit. pág. 46.

<sup>127</sup> LLEDO YAGUE, F. Óp. cit. pág. 19.

iv. La Guarda de Hecho se configura como uno de los mecanismos más empleados en la sociedad para la protección de las personas con discapacidad. Y, tras la norma introducida por el Anteproyecto de 2018 y desarrollada por el Proyecto de ley de 2020, se le dota de una regulación suficientemente amplia que le posibilita la utilización de todo su potencial como medida de apoyo. Con el Proyecto de ley de 2020 la guarda de hecho se reformula como una institución estable.

v. En base a la nueva redacción del artículo 52.1 de La Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, el juez que conozca de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación y bienes de la persona con discapacidad y de su actuación en relación con los mismos. En base a esta modificación, el guardador de hecho no posee la obligación de comunicar al juez la existencia de la guarda, y, no será preceptiva la posterior constitución de una medida judicial de apoyos si la guarda de hecho es más beneficiosa para la persona con discapacidad. Por lo tanto, el cambio más significativo tiene lugar en cuanto a su extensión en el tiempo. La guarda de hecho ya no se observará como una situación avocada a desaparecer con la posterior constitución vía judicial de otra medida de apoyo, sino que se mantendrá mientras se observe como suficiente y beneficiosa para el guardado.

vi. A su vez, se distinguirá la guarda de hecho de otros mecanismos de guarda en base a ciertos criterios. Por un lado, tendrán la consideración de guardadores de hecho, aquellas personas que se encargan de forma estable y permanente, voluntaria sin vínculo jurídico previo, de la globalidad de asuntos del guardado. Por lo tanto, no podrán designarse como guardadores de hechos aquellas personas que se encargan de asuntos determinados y de forma provisional, o habiendo sido designado específicamente para tal fin. Por otro lado, puede referirse a la persona sometida a guarda como aquella persona con discapacidad, que requiera apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de forma continuada, y que, en un momento determinado, pueda formar parte de un proceso de provisión de apoyos respecto de actos concretos.

vii. Asimismo, los derechos y obligaciones del guardador se encuentran regulados por el Proyecto de ley de 2020 en los artículos 263 a 266. El guardador deberá requerir autorización judicial respecto de aquellos actos que requieran representación del guardado. A su vez, la autoridad judicial podrá requerir un informe de la actuación del guardador, así como una rendición de cuentas. Asimismo, como atender a una persona

puede generar gastos e incluso daños, el guardador podrá ser indemnizado siempre y cuando no medie culpa por parte del guardador y los bienes del guardado puedan suplirlos. Finalmente, la guarda de hecho se extinguirá: cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo; cuando desaparezcan las causas que la motivaron; cuando el guardador desista de su actuación; y cuando a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.

viii. Según lo dispuesto por el artículo 263 del Proyecto de ley, el guardador de hecho podrá llevar a cabo tanto actos personales como patrimoniales respecto del guardado, siempre y cuando estos no impliquen 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. Y, cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación o suponga trascendencia personal, deberá recabar autorización judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria en el que habrá de ser oída la persona interesada. Asimismo, se emplearán la voluntad, deseos y preferencias del guardado, como límite para la validez de los actos del guardador según el artículo 264.

ix. En síntesis, la guarda de hecho constituye uno de los medios de apoyo para las personas con discapacidad más empleados en la sociedad. En la mayoría de supuestos, la guarda de hecho tiene lugar sin que las propias personas sometidas a esta sepan que forman parte de dicho mecanismo de guarda. Por ello, el hecho de que el Proyecto de ley de 2020 la configure como una institución de apoyo, le confiere las facultades propias y el reconocimiento suficiente para poder asistir a la persona guardada en todos sus ámbitos y con el amparo de la ley.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ALBA FERRÉ, E., “La nueva guarda de hecho como verdadera institución de apoyo” *Rev. Boliv. de Derecho* N° 30, julio 2020, págs. 152-177.

ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup> T., “La protección de los discapacitados en el derecho español”, en DÍAZ ALABART S. (coord.), *Familia y Discapacidad*, Reus S.A., Madrid, 2010, págs. 13-34.

BARIFFI F.J., (2014), *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Tesis de Doctorado, Universidad Carlos III de Madrid, <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/18991#preview>.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Capítulo V, artículos 303-306,” en *Comentarios al Código Civil*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. págs. 2531-2553.

CUENCA GOMEZ, P., “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad” *CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de la Casas Universidad Carlos III de Madrid, Número 38 (2018), págs. 82-101.

DE SALAS MURILLO, S., *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas*, Dykinson, Madrid, 2013.

DE SALAS MURILLO, S., MAYOR DEL HOYO M<sup>a</sup> V., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ESCRIBANO TORTAJADA, P., *El Patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

FÁBREGA RUIZ, C.F., *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.

GUILARTE MARTÍN CALERO, C., *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad*, Reus S.A., Madrid, 2019, págs. 8-90.

LECIÑENA IBARRA, A., *La guarda de hecho de las personas mayores*. Editorial: Civitas, España, 2015.

LESCANO FERIA, P., *La Guarda de Hecho*. Editorial: Dykinson, Madrid, 2017.

LLEDO YAGÜE, F. MONJE BALMASEDA, O. GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., *Estudio básico sobre la guarda de hecho. Algunas reflexiones sustantivas y procesales notables de lege lata y de lege ferenda de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018*. Editorial Dykinson, Madrid, 2020.

MONDEJAR PEÑA, M<sup>a</sup> I., “La guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 31, 2015, págs. 369-398.

MONDEJAR PEÑA, M<sup>a</sup> I., “La figura del cuidador no profesional en la ley 39/2006 de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia en su encuadre dentro de las instituciones de guarda”, en DIAZ ALABART S. (coord.), *Familia y Discapacidad*, Reus S.A., Madrid, 2010, págs. 197-217.

PAU PEDRÓN, A., “De la Incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil” *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, Estudios, págs. 5-28.

PEREÑA VICENTE, M., “La transformación de la Guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley” en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, Estudios, págs. 61-83.

PEREZ DE ONTIVEROS, C., “La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, en *Derecho Privado y Constitución*, España, enero-diciembre 2009. págs. 335-368.