



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

LA GUARDA DE HECHO COMO MEDIDA DE APOYO A LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA REFORMA DE LEY
8/2021

Presentado por:

Julia Marlén Monge Mendoza

Tutelado por:

María Laura Serra

ÍNDICE

1. RESUMEN	4
1.1 Palabras clave.....	4
2. ABSTRACT	4
2.1 Keywords	5
3. INTRODUCCIÓN.....	5
3.1. Listado de abreviaturas.....	6
4. CONTEXTO Y ANTECEDENTES.....	6
4.1. El igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	11
5. ALCANCE DE LA REFORMA DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.....	13
5.1. Medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.....	16
5.2 Finalidad de las medidas y su naturaleza jurídica.....	18
5.3. Principios rectores	19
6. LA GUARDA DE HECHO	20
6.1 La función de los titulares de las medidas de apoyo.....	22
6.2 Distinción con otros mecanismos de guarda	27
6.3. La persona guardadora de hecho.....	29
6.4 Derechos y obligaciones de la persona guardadora de hecho.....	33
6.5. La intervención del guardador de hecho.....	35
6.6 Ámbito de actuación ordinaria y extraordinaria del guardador.....	42
6.7. El guardado	43
7. EL RECONOCIMIENTO DE LA GUARDA DE HECHO COMO MEDIDA INFORMAL DE APOYO EN UN CONTEXTO DE PÉRDIDA DE PROTAGONISMO JUDICIAL.....	44
8. EL NOMBRAMIENTO JUDICIAL DE UN DEFENSOR JUDICIAL Y LA ACREDITACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO.	46
9. REQUERIMIENTO JUDICIAL AL GUARDADOR DE HECHO.....	47
9.1 Informe sobre la actuación del guardador.....	48
9.2 Establecer las salvaguardas que se estimen necesarias.....	49
9.3 Rendición de cuentas.	50
10. EXTINCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO.	50
11. ANÁLISIS INTERPREATIVO DE LA STS 1291/2023.	53
12. CONCLUSIONES.....	56

13. BIBLIOGRAFÍA.....	57
-----------------------	----

1. RESUMEN

En el presente trabajo desarrollo la figura de la guarda de hecho como medida de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica con la introducción de la reforma de la Ley 8/2021 de 2 de junio que supuso un cambio legislativo significativo para los derechos de las personas con discapacidad. Esta ley se adapta a los parámetros establecidos por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de Nueva York el 13 de diciembre de 2006, reconociendo a las personas con discapacidad el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas y haciendo valer su autonomía e independencia, además de promover el respeto a su voluntad, deseos y preferencias.

En este trabajo hago referencia al contexto y antecedentes de esta figura, cómo era la guarda de hecho antes de la reforma, cuáles son los derechos y obligaciones de la persona guardadora de hecho, cuáles son las distintas medidas que existen en relación con las personas con discapacidad, y, entre otras, cómo se extingue esta figura.

El trabajo finaliza con un análisis de una sentencia del Tribunal Supremo sobre la guarda de hecho, que ayuda a explicar con mayor claridad esta medida.

1.1 Palabras clave

Guarda de hecho, medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica y discapacidad.

2. ABSTRACT

In the present work I develop the figure of de facto guardianship as a support measure for the exercise of legal capacity with the introduction of the reform of Law 8/2021 of June 2, which entailed a significant legislative change for the rights of individuals with disabilities. This law is adapted to the parameters established by the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, of New York on December 13, 2006, recognizing persons with disabilities the exercise of legal capacity on an equal basis with others, people and asserting their autonomy and independence, in addition to promoting respect for their wishes, wishes and preferences.

In this paper I refer to the context and background of this figure, what the de facto guardian was like before the reform, what are the rights and obligations of the de facto

guardian, what are the different measures that exist in relation to people with disability, and, among others, how this figure is extinguished.

The work ends with an analysis of a Supreme Court ruling on de facto custody, which helps to explain this measure more clearly.

2.1 Keywords

Guard in fact, measures to support the exercise of legal capacity and disability.

3. INTRODUCCIÓN

La Ley 8/2021 ha fortalecido y, a su vez, ha ampliado el reconocimiento de la guarda de hecho como una opción válida de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. Se han establecido criterios más transparentes para su aplicación y se han eliminado barreras y prejuicios previos que limitaban su uso.

En este contexto, la figura de la guarda de hecho cobra una especial relevancia, siendo una medida de apoyo por la que se posibilita a una persona con discapacidad a recibir asistencia y apoyo en la toma de decisiones por parte de una persona en la que tiene confianza, evitándose recurrir a un proceso judicial formal. A diferencia de otras medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, como por ejemplo la curatela, la guarda de hecho se caracteriza por su carácter más flexible e informal, ya que es una medida que se ajusta a las necesidades de la persona con discapacidad que requiere apoyo.¹

Precisamente es con esta reforma con la que se pretende erigir un nuevo plan de medidas de apoyo a las personas con discapacidad y esto se hace mediante la combinación del principio de no discriminación y respeto a la dignidad junto con el reconocimiento de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas.

Con esta reforma se pretende enfocar la atención sobre la participación en el tráfico jurídico de las personas con discapacidad y, con esto, se adecúa el ordenamiento jurídico a las exigencias de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad de Nueva York de 2006.

¹ GUILARTE MARTÍN CALERO, C., “Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, Aranzadi (2021), p.p 541-542.

Con esta reforma se produce, además, una desjudicialización del sistema ya que empiezan a tener más protagonismo las medidas de apoyo voluntarias.

En este trabajo explicaré cuál es el contexto y antecedentes de la guarda de hecho, donde el igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad juega un papel fundamental. Posteriormente haré referencia al alcance de la reforma de la Ley 8/2021 ya que ha supuesto un antes y un después en el ámbito de las medidas de apoyo para las personas con discapacidad. A continuación expondré la guarda de hecho explicando cuáles son las funciones de los titulares de estas medidas, los distinguiré con otros mecanismos de guarda, introduciré también los derechos y obligaciones de la persona guardadora de hecho y la figura del guardado, entre otros. Procederé a hablar del reconocimiento de la guarda de hecho como medida informal de apoyo en un contexto de pérdida de protagonismo judicial, además de explicar cómo es el nombramiento judicial de un defensor judicial y el requerimiento judicial al guardador de hecho. Finalmente, concluiré con la explicación de cómo se extingue la guarda de hecho, con un análisis interpretativo de una sentencia del TS y las conclusiones.

3.1. Listado de abreviaturas

Código Civil: CC

Tribunal Supremo: TS

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: CDPD

4. CONTEXTO Y ANTECEDENTES

En España, los antecedentes de la guarda de hecho se encuentran en el Código Civil y en la jurisprudencia relacionada con la protección de los derechos de los menores y la regulación de la custodia.

La guarda de hecho está ubicada en el Código Civil en artículos como el 250 cuando dice: *“Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.*

La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.

El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.”²

También en el artículo 263 CC: *“Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que éstas no se estén aplicando eficazmente”.*³

En el artículo 264 CC: *“Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, éste habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.*

² BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, art.250.

³ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, art. 263.

En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287.

No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que ésta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan"⁴

En el artículo 265 CC: *“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"⁵

En el artículo 266 CC: *“El guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo"⁶*

La Ley 8/2021, también conocida como Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica, es un hito importante en la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en España. Esta ley, inspirada en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, tiene como objetivo garantizar la igualdad de oportunidades así como la plena inclusión en la sociedad de las personas con discapacidad. España firmó este Tratado de Derechos Humanos en 2006 y fue en 2008 finalmente cuando la ratificó.

La Ley 8/2021 configura a la guarda de hecho como una medida de apoyo informal en la que juega un papel fundamental la voluntad de las personas con discapacidad, y el motivo

⁴ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, art. 264.

⁵ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, art. 265.

⁶ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, art. 266.

por el que se explica la relación que tiene esta medida con las personas con discapacidad es por la función que cumple de apoyo a dichas personas y por la importante incidencia de la voluntad de las personas con discapacidad. Esta voluntad que subyace en esta medida de apoyo no se puede ignorar en un escenario de refuerzo del poder de la voluntad individual de la persona con discapacidad.⁷

Uno de los aspectos clave de esta reforma es la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad en la toma de decisiones ya que por fin se reconoce y respeta su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas. En este reconocimiento, la reforma establece unas medidas de apoyo para el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica.

La guarda de hecho no entraña una privación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, sino que pretende facilitar un apoyo adecuado a sus necesidades para que pueda ejercitar sus derechos de manera autónoma.

Además, la ley establece garantías y mecanismos de control para eludir abusos o situaciones de vulnerabilidad, como por ejemplo la intervención del Ministerio Fiscal y la posibilidad de que el juez tome medidas adicionales si lo considera necesario en el caso.

Los Estados Partes se comprometen promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. Se comprometen a:

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;

d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;

⁷ LECIÑENA IBARRA, ASCENSIÓN “Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, Aranzadi (2021), p.p 649.

e) *Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;*

f) *Emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;*

g) *Emprender o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;*

h) *Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;*

i) *Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.*⁸

La Ley 8/2021 ha impulsado el reconocimiento y fortalecimiento de la guarda de hecho como una medida de apoyo importante para fomentar la autonomía y la inclusión de las personas con discapacidad en la toma de decisiones que afectan a su día a día.

La guarda de hecho puede surgir de forma espontánea y se basa en una relación de confianza y compromiso con la persona con discapacidad. Estas personas asumen la responsabilidad de brindarles cuidado, protección y apoyo en diferentes aspectos de su vida diaria.⁹

Sin embargo, es importante tener en cuenta que la guarda de hecho no tiene un reconocimiento legal y no proporciona derechos formales sobre la persona con discapacidad. Aunque sí que es cierto que puede ser una solución temporal pero carece de validez jurídica y además en el acceso a servicios, toma de decisiones y protección de derechos para la persona con discapacidad puede ocasionar grandes dificultades.

⁸ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 4.

⁹ GUILARTE MARTÍN CALERO, C., “Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, Aranzadi (2021), p.p 541-542.

4.1. El igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad:

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica es la ley por la cual se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad y supone un antes y un después en el Derecho de la Persona. Esto es así porque las personas con discapacidad sufrían tratos discriminatorios tanto por la sociedad en su totalidad como por los organismos públicos, obstruyendo el propio sistema jurídico su participación en igualdad de condiciones con las demás.

Pero ya con la entrada en vigor de esta ley es cuando se vincula el reconocimiento de las personas con discapacidad con el principio de no discriminación del art. 14 CE y con el respeto a la dignidad humana. En este ámbito podemos hablar también de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ya que ha formado parte de la legislación interna española pese a que la legislación interna la contrariaba, lo cual supone que los derechos fundamentales tienen que ser interpretados a la luz de esta convención y que debe ser aplicada obligatoriamente por nuestros tribunales. Este tratado está en vigor en nuestro ordenamiento desde 2008.

El principal objetivo de esta reforma es instaurar para las personas con discapacidad un sistema de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Pero, ¿qué es la capacidad jurídica? *“La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad.”*¹⁰

“La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Como se señaló anteriormente, tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. Ello puede incluir, por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte. La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad. Por ejemplo, las leyes pueden permitir que las personas con discapacidad posean bienes, pero no siempre respetan las medidas que adopten para comprarlos o venderlos. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad,

¹⁰ Observación general N° 1 (2014), CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, art.12, párrafo 2.

tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse.”¹¹

Se puede observar que se trata del igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad en la observación general número 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad cuando dice: *“La igualdad ante la ley es un principio básico general de la protección de los derechos humanos y es indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan específicamente el derecho a la igualdad ante la ley. En el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se describe en mayor profundidad el contenido de ese derecho civil, centrándose en las esferas en que tradicionalmente se les ha denegado a las personas con discapacidad. En el artículo 12 no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad; simplemente se describen los elementos específicos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás.”¹²*

Durante el desarrollo de este trabajo de investigación se intentarán explicar las diferencias entre el anterior sistema de incapacidad-tutela con el vigente sistema de reconocimiento de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, poniéndose en foco central la guarda de hecho como medida de apoyo “informal”. Al hacerlo, se proporcionan las bases acerca de esta institución, funciones de la persona guardadora de hecho, la capacidad de la persona guardada y la importancia que tiene la protección de las personas con discapacidad a lo largo de todo su proyecto de vida y, especialmente, en el tráfico jurídico.

¹¹ Observación general N° 1 (2014), CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, p.p 4.

¹² Observación general N° 1 (2014), CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, p.p 1.

5. ALCANCE DE LA REFORMA DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

En este apartado haré referencia a la reforma que se elaboró en la legislación civil y procesal relativa al apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Uno de los aspectos más relevantes de la Ley 8/2021 es que ha suprimido la incapacitación judicial. Esto significa que se podía iniciar un procedimiento judicial para incapacitar civilmente a una persona con discapacidad cuando ésta necesitaba del apoyo de otra para ejercer su capacidad jurídica, sustituyéndose su voluntad. A partir de la reforma esto ya no es así puesto que se ha suprimido la incapacitación judicial a través del mecanismo de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica. La reforma ha pretendido dar la máxima prioridad posible a las medidas voluntarias, por lo que la jurisdicción voluntaria pasa a ser la jurisdicción preferente.

La finalidad de esta reforma es que las medidas adoptadas respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, por lo que ahora quien toma aquellas decisiones que le afectan en su capacidad jurídica es la persona con discapacidad.

Además de esto se modifica también la terminología jurídica utilizada, se han suprimido los términos “incapaz” e “incapacitado” y esto conlleva que también haya desaparecido la incapacitación. Tampoco se recoge el término “discapacitado”, sino que la nueva Ley habla de “personas con discapacidad”.

Dicha reforma ha ajustado nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Al hablar de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad tenemos que hacer aludir al art.12 CDPD que dice textualmente: *“1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”¹³

Este artículo establece que todas las personas tenemos derecho al reconocimiento y garantía de nuestra propia personalidad jurídica, independientemente de que una persona tenga alguna discapacidad o no.

Pero sí que es cierto que, hasta día de hoy, ha existido una presunción de capacidad independientemente de las circunstancias de cada persona (siempre que sea mayor de edad) y esto conllevaba a un trato desigual por parte de la realidad jurídica por lo que no se atendía de forma plena y efectiva en la sociedad a una persona con discapacidad.

El párrafo cuarto del artículo 12 de la CDPD exhorta a los Estados Partes a tomar medidas para proteger los derechos, voluntades y preferencias en torno a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. No pueden existir influencias de ningún tipo que supongan una vulneración de sus derechos, por lo que deben ser medidas proporcionales y, a su vez, que se adapten perfectamente a cada caso concreto para poder llevar un mejor control de la autoridad judicial competente. En definitiva, tienen que aportar seguridad jurídica.

¹³ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, artículo 12 “Igual reconocimiento como persona ante la ley”.

La ley 8/2021 se construye en base a unos principios y devienen fundamentalmente de los artículo 3 y 5 de la CDPD, de igualdad y no discriminación. Se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico al artículo 12 de la CDPD, la cual obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la CDPD es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.¹⁴ Este artículo establece el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluyendo la libertad de tomar decisiones propias y la independencia de la persona.

Concretamente este artículo 3 CDPD dice: *“Los principios de la presente Convención serán:*

a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

b) La no discriminación;

c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;

d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

e) La igualdad de oportunidades;

f) La accesibilidad;

g) La igualdad entre el hombre y la mujer;

h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.”¹⁵

También es de gran importancia en este asunto la Observación general Número 1 del 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas que establece que esta igualdad ante la ley que afirma el art. 12 CDPD es

¹⁴ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, preámbulo I.

¹⁵ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, artículo 3 *“Principios generales”*.

un derecho humano que se reconoce también en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Hay que mencionar las conclusiones finales que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad le hizo a España en relación al artículo 12 CDPD: *“Le inquieta al Comité que el Código Civil del Estado parte contemple la privación de la capacidad jurídica de la persona por motivo de discapacidad, y que mantenga la sustitución en la adopción de decisiones. Recordando su observación general núm. 1 (2014) (Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley), el Comité recomienda que el Estado parte derogue todas las disposiciones jurídicas discriminatorias, al objeto de abolir completamente los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, e implante mecanismos para la adopción de decisiones con apoyos que respeten la dignidad, la autonomía, el deseo y las preferencias de las personas con discapacidad.”*¹⁶

Este artículo 12 CDPD establece una igualdad ante la ley para las personas con discapacidad que es equivalente al de aquellas personas sin discapacidad y además propone situaciones en las que se pueda ver afectado o vulnerado este derecho y las posibles medidas para asegurar y garantizar que se cumple con este derecho. Esto, de nuevo, aporta seguridad jurídica.

En resumen, todas las personas, incluyendo las personas con discapacidad, tienen el derecho a ser tratadas de manera igualitaria ante la ley. La CDPD reconoce este derecho en su Artículo 12 y establece una serie de obligaciones en su artículo 4 entre las cuales España está obligada a cumplir con la CDPD y con el reconocimiento, respeto y defensa de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, también está obligada a establecer medidas de apoyo para su ejercicio.

5.1. Medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Las medidas legales de apoyo a las personas con discapacidad son disposiciones y normativas que establece el ordenamiento jurídico para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, así como la protección de derechos y su inclusión en la sociedad y en el tráfico jurídico.

¹⁶ Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 9 de abril de 2019, observación 22 y 23.

La finalidad primordial de estas medidas es poder eliminar de manera definitiva los obstáculos y asegurar la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En cuanto a los tipos de medidas existentes, las medidas formales son aquellas que, requieren para su adopción, la observancia de las prescripciones legales establecidas, son susceptibles de controles y salvaguardas y deben ser inscritas para su conocimiento por terceros. Las medidas informales implican una situación de hecho, en la que el apoyo para la toma de decisión se realiza de modo natural, a través del entorno familiar, social o comunitario.¹⁷

Las medidas voluntarias son las establecidas por la persona designando quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Bien es cierto que esto no será posible en aquellas situaciones en las que la persona con discapacidad no culmina en la conformación de una voluntad libre e informada, a pesar de haberse desplegado todos los esfuerzos necesarios.¹⁸

Y en cuanto a las medidas formales de origen judicial son 2: curatela y defensor judicial. La curatela es una *“medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado y su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial.”*¹⁹ El defensor judicial es una *“medida formal de apoyo que procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.”*²⁰

El párrafo tercero del art. 250 del Código Civil a partir de la Ley 8/2021 dispone:

“Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir

¹⁷ GUILARTE MARTÍN CALERO, C., *“Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”*, Aranzadi (2021), p.p 533.

¹⁸ GUILARTE MARTÍN CALERO, C., *“Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”*, Aranzadi (2021), p.p 538.

¹⁹ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI *“De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”*, art.250.

²⁰ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI *“De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”*, art.250.

acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.

El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.²¹

Y, por tanto, podemos decir que la guarda de hecho es una medida de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica en el marco de esta nueva reforma.

5.2 Finalidad de las medidas y su naturaleza jurídica

La finalidad primordial de estas medidas es poder eliminar de manera definitiva los obstáculos y asegurar la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Tal como establece el artículo 250 del Código Civil, la función de las medidas de apoyo consiste en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea necesario, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

La reforma pretende conseguir una articulación de un sistema de apoyos general basado en la autodeterminación como manifestación de libertad y autonomía y que además integra una pluralidad de apoyos tanto formales como informales, que a su vez pueden ser voluntarios y legales.

²¹ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, art.250.

Se da un mayor enfoque en la autonomía y el carácter principal de las medidas voluntarias, lo cual implica también que para revisar las medidas que se hayan establecido con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se tiene que aplicar el artículo 42.bis b) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, el cual explica que la autoridad judicial informará acerca de las alternativas existentes y si la persona escoge una medida alternativa de apoyo se pondría fin al expediente y quedaría sin efecto la sentencia que constituyó con anterioridad el régimen de tutela o curatela en base a la anterior regulación.²²

En definitiva, la finalidad de todas las medidas es facultar el libre desarrollo de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad con el resto de personas.

El artículo 269 CC impide incluir en la resolución judicial la privación de derechos y, además, se opta por que la persona con discapacidad sea la protagonista de sus propias decisiones y, por tanto, el acompañamiento es la fórmula principal de estas medidas.²³

En cuanto a la naturaleza jurídica, se tiene que hacer referencia al respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad ya que articula todo el sistema y la autodeterminación constituye la fuente principal y preferente de las medidas. Esta autodeterminación se manifiesta tanto en la regulación de instrumentos que permiten canalizar la voluntad como en la apertura de pasarelas que permiten reorientar la solicitud de medidas judiciales hacia el otorgamiento de medidas voluntarias.²⁴

Por lo que las medidas voluntarias tienen un carácter principal y las medidas legales y judiciales un carácter subsidiario.

5.3. Principios rectores

En la nueva regulación son muchos los principios que están presentes y entre ellos se puede destacar:

- Principio de necesidad: la medida será necesaria cuando el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas exija la constitución de una medida de apoyo y debe quedar debidamente acreditado. Por lo que la medida

²² GUILARTE MARTÍN CALERO, C., “Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, Aranzadi (2021), p.p 529-532.

²³ GUILARTE MARTÍN CALERO, C., “Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, Aranzadi (2021), p.p 515.

²⁴ GUILARTE MARTÍN CALERO, C., “Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, Aranzadi (2021), p.p 516.

solo puede adoptarse cuando sea precisa para el ejercicio de la capacidad jurídica y es necesario acreditarlo.

- Principio de proporcionalidad: está muy relacionado con el de necesidad puesto que una vez constatada la necesidad, esta medida debe adaptarse a la situación concreta de la persona con discapacidad y únicamente brindar el apoyo que necesita.
- Principio de autonomía: uno de los aspectos clave de esta legislación es la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad en la toma de decisiones ya que por fin se reconoce y respeta su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas.
- Principio de voluntad, deseos y preferencias: este principio articula todo el sistema y la autodeterminación constituye la fuente principal y preferente de las medidas. Esta autodeterminación se manifiesta tanto en la regulación de instrumentos que permiten canalizar la voluntad como en la apertura de pasarelas que permiten reorientar la solicitud de medidas judiciales hacia el otorgamiento de medidas voluntarias.²⁵
- Principio de temporalidad y revisión: estas medidas deberán ser revisadas en un plazo máximo de 3 años sin perjuicio de que la autoridad judicial establezca un plazo superior que no podrá exceder en ningún caso de 6 años. Además de esto, las medidas que se adopten serán revisadas cuando suceda cualquier cambio de la situación de la persona con discapacidad.

6. LA GUARDA DE HECHO

La definición legal de la guarda de hecho, como medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, se incorpora a través de la reforma introducida por la Ley 8/2021, en el artículo 250 CC sobre las disposiciones generales del TÍTULO XI *de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica* y se completa en el artículo 263 CC: “*medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente (art. 250.4 CC) y quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho*”

²⁵ GUILARTE MARTÍN CALERO, C., “*Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*”, Aranzadi (2021), p.p 516.

*de una medida de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que éstas no se estén aplicando eficazmente”.*²⁶

En muchos casos, la guarda de hecho surge como resultado de situaciones de conflicto familiar, como divorcios, separaciones o discusiones por la custodia de los hijos/hijas. En estas situaciones, uno de los padres/madres puede asumir la custodia de manera unilateral sin obtener previamente una orden judicial que le confiera esa autoridad.

Esta figura puede surgir también en casos de abandono, negligencia o situaciones de emergencia en los que un tercero asume la responsabilidad de asistir a una persona con discapacidad por la ausencia o falta de capacidad de los padres/madres o tutores legales.

Hay que mencionar un dato muy importante que es el hecho de que la reforma introducida por la Ley 8/2021 modifica la redacción eliminando la referencia a «*capacidad civil*» y a «*persona con capacidad modificada judicialmente*», pero esta reforma va más allá de cambios en el lenguaje utilizado y reconoce el papel de los Notarios como autoridad para cumplir con lo establecido en el artículo 12.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD).

La guarda de hecho se considera una medida de apoyo informal, que se aplica cuando una persona recibe la asistencia y los cuidados necesarios por parte de alguien en quien confía y generalmente tiene un vínculo afectivo, aunque no es necesario que vivan juntos. Esta medida es adecuada cuando la persona está bien atendida de acuerdo a su situación personal.²⁷

Al reconocer la guarda de hecho como una medida de apoyo y regularla en los artículos 263 y siguientes, se fomenta la “desjudicialización” de la vida de las personas con discapacidad y se respeta su vida privada y familiar, ya que se pretende evitar intervenciones del Estado innecesarias o desproporcionadas según lo establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que nos dice: “1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*”

²⁶ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”, art.250 y 263.

²⁷ GUILARTE MARTÍN CALERO, C., “*Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*”, Aranzadi (2021), p.p 648.

2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*²⁸

Es importante destacar que debido a que no existe una medida formal, la persona puede realizar actos por sí misma, pero en el caso en que dicha persona realiza un acto acompañado de su guardador/guardadora, ese acto será válido, a no ser que se demuestre que fue influenciado indebidamente. Y si la persona actúa por sí sola, el acto se podría impugnar conforma lo establecido en el artículo 1261 del Código Civil:

“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1.º Consentimiento de los contratantes.*
- 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- 3.º Causa de la obligación que se establezca.*²⁹

6.1 La función de los titulares de las medidas de apoyo

En cuanto a las funciones que puede desarrollar el titular de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, el legislador establece en el artículo 250 del Código Civil las funciones del titular de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica y dice expresamente: *“Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.*

La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

²⁸ Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), artículo 8 *“Derecho al respeto a la vida privada y familiar”*.

²⁹ BOE. Código Civil, art. 1261.

La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.

El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.”³⁰

En este artículo se establece la función principal y preferente del sistema de apoyo, que es precisamente determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona que necesita apoyo.

De este modo se transforma la persona con discapacidad en la persona protagonista de la toma de decisiones, pero esta función de asistencia solamente se va a emplear en los ámbitos estrictamente necesarios y conforme a lo que establezca el auto o sentencia que lo determine.

En el caso de la guarda de hecho, con ocasión de su naturaleza fáctica y la falta de evaluación previa de la necesidad de apoyo, la persona con discapacidad puede realizar los actos por sí misma, con el apoyo informal que ha cumplido con los deberes de información establecidos en el artículo 249 del Código Civil: *“Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.*

³⁰ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, art.250.

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.”³¹

En los casos en que excepcionalmente se requiera la representación del guardador de hecho, éste debe instar la autorización judicial correspondiente, y en especial en los actos mencionados en el artículo 287 del Código Civil, que nos dice: “*El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:*

1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

³¹ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, art.249.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.”³²

Es importante mencionar que la legislación hace referencia solamente a la representación (en casos excepcionales) en la guarda de hecho, mientras que en la curatela se insiste en que el curador asista a la persona.

También hay que mencionar que los titulares de estas medidas de apoyo tienen determinados actos prohibidos y son 3 prohibiciones las cuales se enmarcan en el art.221 CC que dice expresamente: “En los casos de que por cualquier causa cese alguno de los tutores, la tutela subsistirá con los restantes a no ser que al hacer el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso.”³³

Las prohibiciones son las siguientes:

- Recibir liberalidades de la persona que precisa apoyo o de sus causahabientes: Esta prohibición tiene su fundamento en que se debe evitar la influencia indebida en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

³² BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, art.287.

³³ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO IX “De la tutela y de la guarda de los menores”, art. 221.

Bien es cierto que la relación existente entre estas dos personas puede influir a la hora de tomar decisiones, pero no puede haber actos de liberalidad que incrementen esa influencia, por ello, durante la vigencia de la medida estos actos están terminantemente prohibidos.

Esta prohibición se adapta a todas las medidas de apoyo en su totalidad, pero la prohibición mortis causa en especial se reduce solo al curador representativo y esto se debe a que es una medida de apoyo excepcional.

Se trata entonces de un modo de asegurar y afianzar los deseos, preferencias, voluntades e inclinaciones de la persona con discapacidad, evitando de este modo la influencia indebida.

En cuanto a las disposiciones inter vivos, la prohibición de realizar actos de liberalidad también se aplica a los causahabientes, es decir a las personas que reciben una herencia y se expande tanto a las disposiciones inter vivos como a las mortis causa.

Aun así, la reforma excluye de la consideración de actos de liberalidad los regalos de costumbre o bienes de escaso valor.

Hay ciertos indicadores que nos permiten saber si el acto puede considerarse una liberalidad o un regalo de costumbre, estos indicadores pueden ser el nivel social, la cuantía del patrimonio...

- Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses: El objetivo de esta prohibición es evitar la auto-contratación o la realización de contratos en los que una persona actúa como representante de ambas partes.

Esta prohibición ya existía en el caso de compraventa según el artículo 1459 del Código Civil que decía: *“No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:*

- 1.º Los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo, los bienes de la persona o personas a quienes representen.*
- 2.º Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados.*
- 3.º Los albaceas, los bienes confiados a su cargo.*

4.º Los empleados públicos, los bienes del Estado, de los Municipios, de los pueblos y de los establecimientos también públicos, de cuya administración estuviesen encargados.

Esta disposición regirá para los Jueces y peritos que de cualquier modo intervinieren en la venta.

5.º Los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio Fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de Justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal, en cuya jurisdicción o territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión.

Se exceptuará de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, o de cesión en pago de créditos, o de garantía de los bienes que posean.

La prohibición contenida en este número 5.º comprenderá a los Abogados y Procuradores respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio.”³⁴

Y en la actualidad este artículo se reformula para adaptarla al nuevo sistema de apoyos.

En el caso de aquellos que realizan funciones de apoyo, se decreta que no podrán realizar contratos que involucren los bienes de la persona o personas a las que representan si existe un conflicto de intereses. Y en estos casos lo que se debe hacer es nombrar a un defensor judicial de acuerdo con lo establecido en el artículo 295.2 del Código Civil: “*Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes: 2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.*”³⁵

- Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título: Esta disposición estaba presente en el Código Civil original, que prohibía al tutor comprar bienes de los menores o incapacitados, a no ser que tuviera la autorización del Consejo de Familia.

6.2 Distinción con otros mecanismos de guarda

La figura del guardador de hecho se refiere a una persona o entidad que asume la responsabilidad de cuidar y tomar decisiones en nombre de alguien que necesita apoyo, sin

³⁴ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO IV “*Del contrato de compra y venta*”, art. 1459.

³⁵ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”, art. 295.2.

ser designado por un tribunal. Esta guarda se aplica a situaciones estables y permanentes que abarcan tanto aspectos personales como patrimoniales de una persona con discapacidad. No se considera guardador de hecho a alguien que cuida ocasionalmente por delegación de un guardador legal, ya que el guardador de hecho actúa por iniciativa propia y toma decisiones que afectan al cuidado.

Es importante diferenciar al guardador de hecho del cuidador no profesional. El cuidador no profesional es un familiar o alguien cercano que brinda atención a una persona dependiente en su hogar sin estar vinculado a un servicio profesional. Por otro lado, el cuidador profesional es aquel que presta servicios remunerados a personas dependientes a través de una institución o como profesional independiente. La diferencia principal está en que el cuidador profesional tiene formación y experiencia, mientras que el guardador de hecho actúa de manera voluntaria y sin un vínculo jurídico previo.

La distinción entre cuidador no profesional y guardador de hecho depende del grado de dependencia de la persona a quien se cuida. En el caso del guardador de hecho, se encarga de labores vitales y toma decisiones en nombre de la persona con discapacidad. Por otro lado, el cuidador no profesional brinda asistencia y cuidado sin tener responsabilidad decisoria.

Sin embargo, es posible que una persona sea considerada tanto guardador de hecho como cuidador no profesional. Esto ocurre cuando un familiar hasta el tercer grado de parentesco o el cónyuge brinda cuidados a la persona dependiente en su mismo hogar durante al menos un año. En estas situaciones, se puede recibir una prestación económica como cuidador no profesional. Estos cuidadores suelen ayudar con la alimentación, el cuidado del hogar, la higiene personal y la mejora de la calidad de vida de la persona dependiente.

A veces se compara la figura del guardador de hecho con la gestión de negocios ajenos, que sucede cuando una persona administra voluntariamente los asuntos de otra sin un mandato específico. Esta acción se encuentra en el artículo 1888 del Código Civil y es un acto jurídico unilateral. Antes de que se regulara específicamente la guarda de hecho, se asimilaba a la gestión de negocios ajenos, ya que no había una regulación específica para la guarda en el Código Civil.

Sin embargo, si alguien se encarga de un solo asunto de una persona con discapacidad, no se consideraría una guarda de hecho, sino una gestión de negocios ajenos según los artículos 1888 a 1894 del Código Civil.

Además, hay diferencias claras entre la guarda de hecho y la gestión de negocios ajenos. La guarda de hecho se lleva a cabo de manera permanente, mientras que la gestión se utiliza para asuntos específicos y en momentos puntuales. También hay diferencias en cuanto a las personas involucradas, ya que la guarda de hecho se aplica a personas que requieren una protección especial debido a su limitada capacidad natural de comprensión. Además, la diferencia más significativa se encuentra en el alcance de acción, ya que la gestión de negocios ajenos se centra en asuntos patrimoniales, mientras que la guarda de hecho abarca todos los aspectos de la vida de la persona con discapacidad, tanto personales como patrimoniales.

En resumen, la gestión de negocios ajenos se refiere a situaciones provisionales y asuntos específicos de naturaleza patrimonial, mientras que la guarda de hecho es una responsabilidad permanente que abarca todos los aspectos de la vida de la persona con discapacidad.

6.3. La persona guardadora de hecho

La guarda de hecho en nuestra sociedad ha conllevado un desconocimiento generalizado de dicha institución ya que gran parte de los guardadores desconocen cuál es su situación jurídica y la entrada en vigor de esta nueva reforma mantendrá esta situación de desconocimiento, por lo que esto supondría conferir a ciertas personas sin el conocimiento necesario de la fundamental función que se les ha conferido, que es asistir y apoyar a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, respetando siempre su voluntad.

Esto se podría solucionar con una educación en esta materia apropiada que confiera a las personas titulares de esta gran función de los conocimientos necesarios para poder llevarla a cabo.

Bien es cierto que el deber de supervisión y control que asumen estos guardadores es difícil de encuadrar en un escenario en el que los guardados tienen plenamente reconocida su capacidad jurídica y se deben respetar sus voluntades. Por lo que el hecho de cuidar y hacerse cargo de estas personas por parte de los guardadores muchas veces conlleva confusiones.

Este deber de respetar sus decisiones y voluntades incluyen decisiones sobre, por ejemplo, vivir en su propio hogar o rehusarse a ser trasladados a un centro residencial.

Esto es así porque la enfermedad o discapacidad en sí misma no le interesa al Derecho, sino que se ocupa más bien de cómo afecta esa enfermedad o discapacidad a la hora de tomar decisiones, es decir, cómo afecta a su capacidad jurídica y a sus capacidades intelectuales. Esto conlleva a que la existencia de un guardador de hecho se tiene que justificar y el guardado tiene que tener una deficiencia psíquica que le limite su capacidad para tomar decisiones.

El guardador de hecho es aquella persona que aporta asistencia de manera continua y prolongada a una persona con discapacidad de forma espontánea y por iniciativa propia, normalmente a causa de una relación de confianza, sin un nombramiento formal por parte del sistema judicial.

La estabilidad y permanencia de esta institución no dependen de un requisito temporal específico, sino que dependen más bien de cómo el guardador plantee su función, tiene que haber una perspectiva de futuro. Por lo que el guardado puede poner fin a la guarda en cualquier momento según el artículo 267.1 del Código Civil que dice: “*La guarda de hecho se extingue:*

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

2.º Cuando desaparezcan las causas que la motivaron.

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.

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.”³⁶

Por lo tanto, una guarda de poca duración que se dio comienzo con la finalidad de ser estable y duradera en el tiempo no justificaría un cambio en su naturaleza jurídica.

La actuación del guardador debe ser continua, lo cual quiere decir que una intervención concreta y puntual de una persona en los asuntos personales o patrimoniales de la persona con discapacidad podría legarse a estimar como fuera del marco de la guarda de hecho y ser

³⁶ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”, art. 267.

considerado como una gestión de negocios ajenos sin mandato. Con lo cual se aplicarían las normas correspondientes a este tipo de contrato conocido como “cuasicontratos”.

Por otro lado, las personas que actúan como apoderados de la persona con discapacidad no pueden ser nunca guardadoras de hecho, a causa de su procedencia, lo cual se fundamenta en un mandato de tipo representativo.

La existencia de un poder otorgado a favor de alguien que se presenta como guardador implicaría que el caso no se encuentra dentro del ámbito de la guarda de hecho, sino en el de la representación voluntaria, con la aplicación de sus respectivas normas. Sin embargo, es importante destacar que estos poderes pueden coexistir con una guarda de hecho (según el artículo 258 del Código Civil) siempre y cuando no abarquen todas las necesidades del mandante.

El hecho de que exista un poder otorgado a una persona que asume la posición de guardador entraña que el asunto no se encuentre dentro del ámbito de la guarda de hecho, sino que estaríamos ante el ámbito de la representación voluntaria. Bien es cierto, que los poderes de la representación voluntaria pueden coexistir con la guarda de hecho siempre que no se cubran todas las necesidades del mandante. El artículo 258 del Código Civil nos lo confirma cuando nos dice: *“Los poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado.*

Cuando se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este.

El poderdante podrá establecer, además de las facultades que otorgue, las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Podrá también prever formas específicas de extinción del poder.

*Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa.*³⁷

Asimismo, la persona que ha sido designada en escritura pública por la persona con discapacidad para ofrecer su apoyo en relación a su persona o bienes mediante un convenio aceptado en el artículo 255 del Código Civil tampoco puede ser guardador.

Este convenio del artículo 255 CC se dispensa en el caso en el que se aprecien circunstancias que puedan obstaculizar el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

De igual forma tampoco va a poder ser guardador/guardadora de hecho aquella persona que actúa por encargo (bien del apoderado o bien del curador o defensor judicial). Si la persona que ha sido nombrada para prestar apoyo o asistencia está en situación de incapacitación o por cualesquiera otros motivos no puede cumplir con sus funciones, esto podría ocasionar la aparición de una "guarda de hecho" asumida por otra persona que se encargue de manera efectiva del cumplimiento de esas funciones. Por lo que es en este momento cuando se suscita la idea de si se podría considerar esta situación como un tipo de "guarda", e incluso si existe un retraso en la toma de posesión del cargo de curador según el artículo 282 del Código Civil.

No podemos olvidar que aquellos que poseen un vínculo contractual de cualquier tipo para brindar servicios como por ejemplo de asistencia o residenciales no deben ser considerados nunca como "guardadores" según lo establecido en el artículo 250 del Código Civil.

Estas exclusiones de deben a la posible existencia de situaciones de abuso o influencias indebidas y por ello es que el legislador se preocupa en especial de estas situaciones e intenta evitarlas. Si estas personas necesitan realizar un acto de este tipo que precise de apoyo, en estos casos ese apoyo deberá ser facilitado por un defensor judicial, según el artículo 295.5 CC, el cual nos dice: *“Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes: 5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.*

³⁷ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, art. 258.

Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.”³⁸

Para finalizar podemos decir que se plantea la posibilidad de que la "guarda" pueda ser ejercida de forma individual o colectiva por varias personas, como por ejemplo varios hermanos. En este caso, según mi opinión, a menos que exista una voluntad contraria por parte del guardado, las funciones de apoyo deberían ser asumidas de manera conjunta por todos los guardadores. Esto implicaría que todos ellos participen en los actos legales realizados por el guardado.

6.4 Derechos y obligaciones de la persona guardadora de hecho

Como he indicado, la persona guardadora de hecho es aquella que se hace cargo de manera voluntaria y continua de asistir al guardado y tomar decisiones en nombre de él, y todo ello sin estar autorizado formalmente por un juez o tribunal.

Antes de la Ley 8/2021 esta figura de la guarda de hecho se asentaba sobre la doctrina, lo cual ocasionaba numerosas controversias acerca de los derechos y obligaciones de esta persona guardadora.

Muchos opinaban que las reglas de la tutela eran las que tenían que aplicarse a la guarda de hecho; otros, sin embargo, consideraban que la guarda legal y la guarda de hecho eran figuras distintas por lo que deberían aplicarse regímenes distintos. Pero finalmente con la Ley 8/2021 se regula de manera apropiada estos derechos y deberes del guardador tan discutidos anteriormente.

Se puede afirmar que el guardador o guardadora de hecho tiene la obligación de facilitar información y rendir las cuentas oportunas según lo establecido en el artículo 265 CC, que nos dice: *“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.”³⁹*

Esta información que debe proporcionar el guardador o guardadora de hecho es muy importante porque con ella el juez se guía para interponer medidas de vigilancia o control

³⁸ ³⁸ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, art.295.5.

³⁹ CÓDIGO CIVIL (CC), Ley 8/2021, art.265.

en los casos en los que lo considere necesario. Bien es cierto que a pesar de ello no existe una obligación general de notificar al juez acerca de la situación de guarda.

Hay que hacer referencia en este apartado también a la compensación o recompensa que se le asigna al guardador o guardadora por ejercer dichas funciones de guarda.

Lo primero que hay que señalar es que esta figura se fundamenta en un deber moral por lo que no hay un derecho a la remuneración como tal ya que no se trata de un nombramiento judicial.

A pesar de ello, la persona guardadora de hecho va a ser resarcido por aquellos gastos necesarios que ha experimentado en el ejercicio de la guarda y también por los perjuicios que haya podido soportar derivados de sus funciones.

Para poder recibir esta indemnización es imprescindible que el guardador o guardadora de hecho no haya incurrido en culpa en sus labores y no sea responsable, ya sea directa o indirectamente, de estos daños. Esta afirmación la podemos encontrar en el artículo 266 CC que dice: *“El guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo.”*⁴⁰

Además, este artículo afirma que la persona guardadora de hecho no va a ser responsable por aquellos daños que haya causado en el ejercicio de la guarda y serán asumidos por los bienes del guardado.

Por lo que se pueden enumerar:

-El reembolso de los gastos justificados.

Para que se conceda el reembolso de los gastos es necesario que estos gastos estén debidamente justificados y que además se hayan originado como consecuencia de la función de la guarda de hecho.

Por lo que se puede deducir que los gastos necesarios y útiles son gastos justificados y por lo tanto reembolsables, mientras que los gastos de lujo no están justificados y por lo tanto no serían reembolsables.

-Indemnización de los daños sufridos.

⁴⁰ CÓDIGO CIVIL (CC), Ley 8/2021, art.266.

El artículo 266 CC establece también que la persona guardadora de hecho no va a ser responsable de los daños que se ocasionen en su función ya que lo hace sin ánimo de lucro.

Los daños que se pueden indemnizar a la persona guardadora de hecho son aquellos daños que se manifiestan como consecuencia de la guarda de hecho y están unidos al auxilio que ofrece el guardador o guardadora para el ejercicio de la capacidad jurídica.

No obstante, no se van a indemnizar aquellos daños sufridos por el guardador o guardadora en el ejercicio de otras funciones, como podrían ser el cuidado personal, a no ser que estuvieran correctamente justificados.

En relación con esto es importante tener en cuenta la responsabilidad del guardador o guardadora de hecho. Se podría afirmar que existe una responsabilidad objetiva ya que no es necesaria la ausencia de culpa del guardador o guardadora para llegar a ser indemnizado por los daños que se hayan producido. Y se puede decir que es una responsabilidad objetiva porque es el patrimonio del guardado el que se va a ver afectado.

Bien es cierto que esta responsabilidad no es ilimitada porque no abarca esos daños que el guardado ocasione a terceros ni tampoco los daños que causen los terceros y aquí es donde el guardador o guardadora de hecho tiene la posibilidad de buscar acciones legales contra el tercero.

6.5. La intervención del guardador de hecho

Es de destacar que en España, la figura del "guardador de hecho" no está reconocida legalmente en el mismo sentido que un tutor o guardador legal. Sin embargo, existe la posibilidad de que aquella persona que se hace cargo de brindar apoyo y proteger a otra persona con discapacidad pueda participar en determinadas actuaciones del guardado con trascendencia jurídica, y ello dependiendo de las circunstancias del caso concreto y del consentimiento del guardado.

La injerencia en los actos del guardado con trascendencia jurídica normalmente corresponde a la persona tutora o guardadora legal de la persona con discapacidad previamente así designada por el juez. Estas son figuras que tienen autoridad legal para poder tomar decisiones en nombre de la persona con discapacidad.

En el caso de que una persona se haga cargo de la responsabilidad de tener a otra bajo su cuidado en ausencia de designación legal para ello, se puede encontrar con restricciones en esa injerencia en los actos del guardado con trascendencia jurídica. Bien es cierto que cabe

la posibilidad de que se ofrezca un poder notarial específico por parte de la persona guardada y esto facultaría a la persona designada en ese poder a tomar decisiones en determinados ámbitos en nombre de la persona guardada.

Hay distintos tipos de apoyo que se le pueden brindar a la persona guardada:

-Apoyo de tipo asistencial.

Después de que se reformara el artículo 1263 CC ya por fin queda claro que la discapacidad ya no es un motivo por el cual se excluya a una persona que padece una discapacidad ya que si la persona con discapacidad tiene la capacidad suficiente podrá tomar las decisiones oportunas en igualdad de condiciones con el resto de personas. Si se da el caso de que no pueda hacerlo, esta persona necesitará de algún apoyo legal, esto se determina en el artículo 250 CC cuando dice: *“Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.”*

La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.

El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

*No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.*⁴¹

En el caso específico de la persona guardadora de hecho, esta función de apoyo supone actuar conforme a la voluntad, preferencias y deseos de la persona guardada, tiene la obligación de asistir a la persona, ayudarla a comprender, pero esto no implica que se tomen decisiones por la persona guardada ya que la persona guardadora de hecho promueve el proceso interno de formación de la voluntad de la persona con discapacidad para que así pueda dar su consentimiento independientemente de voluntades ajenas. Estas decisiones, mientras la persona guardada tenga la capacidad suficiente, las tomará sin tener que seguir las indicaciones de nadie.

Si el apoyo del guardador se ofrece en un ámbito notarial, la persona guardada debe comparecer en persona junto con el guardador o guardadora. La intervención de este último es necesaria para que el guardado pueda expresar su proceso de formación de voluntad y vincularse a través de un contrato. Bien es cierto que es importante la participación de ambos ya que no tiene el mismo valor; el guardado, si ha sido capaz de formar su voluntad consciente y libre, será la persona que otorgue el contrato y preste su consentimiento contractual. La persona guardadora no necesita hacer ninguna declaración complementaria, porque su función trata de apoyar a la persona guardada en la formación de su voluntad.

Pero la existencia de la persona guardadora de hecho tiene que ser mencionada en el documento notarial, de forma que se señala que el otorgante ha sido asistido en el acto por esa persona. El notario emitirá un juicio sobre su aptitud para ejercer su capacidad jurídica en el momento del otorgamiento, no hace ningún juicio sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona guardada.

Después de la reforma, es conveniente recalcar la diferencia entre ambos juicios. El reconocimiento de la capacidad jurídica para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con el resto de personas trae consigo que el juicio de capacidad se haya resuelto anteriormente a través de una declaración legal. Mientras que el juicio de aptitud precisa la experiencia del notario para decretar si la persona comprende lo que quiere hacer

⁴¹ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, art.250.

y también las consecuencias que ello conlleva, por lo que es necesario para declarar una voluntad válida que faculta la formación de un consentimiento contractual.

Una vez superado con éxito, a juicio del notario, el proceso interno de formación de la voluntad del cedente y dado su consentimiento contractual, el contrato entrará en vigor y sólo podrá ser impugnado conforme a las reglas generales, es decir alegando falta de consentimiento, en igualdad de condiciones con los demás firmantes. No obstante, no puede cuestionarse debido a la falta de capacidad natural, la presunción de validez de la sentencia notarial sólo puede desvirtuarse demostrando que, en el momento exacto del otorgamiento, el legalmente asistido no podía consentir válidamente por ser incapaz de testar.

La gran pregunta es cómo se puede demostrar ante un notario esta forma de apoyo informal. Hay que mencionar que la reforma no alude en ningún momento al deber de notificar la existencia de una guarda de hecho, la cual se desarrolla de manera autónoma, esto hace que sea difícil acreditar su existencia a través de un nombramiento. Solo unos pocos guardadores /guardadoras han podido acceder al reconocimiento de funciones tutelares después de la reforma del artículo 303 del Código Civil por la Ley 26/2015, el cual dice: *“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor”.⁴²

La naturaleza informal de esta figura la aparta del registro público que disfrutaban las medidas de apoyo formales según lo establecido en el artículo 4 de la Ley del Registro Civil (LRC), el cual dice: “*Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles: 1.º El nacimiento. 2.º La filiación. 3.º El nombre y los apellidos y sus cambios. 4.º El sexo y el cambio de sexo. 5.º La nacionalidad y la vecindad civil. 6.º La emancipación y el beneficio de la mayor edad. 7.º El matrimonio. La separación, nulidad y divorcio. 8.º El régimen económico matrimonial legal o pactado. 9.º Las relaciones paterno-filiales y sus modificaciones. 10.º Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes. 11.º Las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. 12.º Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. 13.º La tutela del menor y la defensa judicial del menor emancipado. 14.º Las declaraciones de concurso de las personas físicas y la intervención o suspensión de sus facultades. 15.º Las declaraciones de ausencia y fallecimiento. 16.º La defunción.*”⁴³

Pero a pesar de ello cabe la posibilidad de dejar constancia de la guarda en el registro mediante una anotación registral según el artículo 40.3.9 de la LRC: “*3. Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos: 9.º El acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho*”.⁴⁴ No obstante, esta anotación no facilitaría el mismo valor probatorio que por ejemplo la inscripción y además solo se circunscribiría a un valor simplemente informativo. La solicitud de esta anotación puede realizarla el Ministerio Fiscal o cualquier interesado. Y por la gran relevancia de la guarda de hecho tras la reforma y la necesidad de demostrar su existencia en los casos en los que la persona guardadora de hecho ejerza como amparo asistencial, esta podría ser la forma correcta de lograrlo.

También se puede acreditar la existencia de la guarda de hecho por medio de un acta notarial o decreto del MF. Se ha abandonado el papel de vigilancia y control del tutor y la realidad de la guarda de hecho menoscabaría otros métodos de prueba como por ejemplo el empadronamiento de las personas involucradas en un mismo domicilio.

-Apoyo de tipo representativo.

⁴² Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, artículo 303.

⁴³ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, artículo 4.

⁴⁴ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, artículo 40.3.9.

Tal y como establece el artículo 264 CC, cuando la persona guardada no alcance los niveles cognitivos y volitivos mínimos necesarios para formar una voluntad libre y responsable y, por tanto, no pueda dar un consentimiento de la misma forma válido, el apoyo asistencial tendrá que negarse y pasar a un apoyo de tipo representativo. Para ello el cuidador deberá contar con la aprobación previa del tribunal correspondiente que se otorgará mediante un proceso de jurisdicción voluntaria en el que deberá ser oída la persona con discapacidad.

El artículo 52.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria dice lo siguiente: *“En los casos en que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, el guardador de hecho de una persona con discapacidad deba solicitar autorización judicial, antes de tomar una decisión, la autoridad judicial entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite.”*⁴⁵ Por lo que se establece que la persona debe ser entrevistada personalmente por la autoridad judicial.

En este proceso judicial obligatorio, el juez debe primero confirmar que la medida representativa solicitada es necesaria debido a que la persona guardada carece del discernimiento y criterio necesarios para poder formar libremente su voluntad antes de dar su consentimiento. Posteriormente, el juez debe hacer un ejercicio de búsqueda para averiguar cuáles son los deseos y preferencias de la persona guardada debido a que "todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad legal, incluso las más intensas, deben basarse en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se supone que es su interés superior objetivo".⁴⁶ Se ha de destacar que la función del juez no es valorar lo que es mejor para la persona guardada, sino que su función realmente consiste en averiguar cuál es la voluntad de la persona guardada y qué es lo que ella haría si tuviera la capacidad para poder actuar por sí misma sin apoyo. Ligado a esto se encuentra el artículo 249.3 CC cuando dice: *“Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.*

⁴⁵ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, artículo 52.3.

⁴⁶ CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, artículo 12 *“Igual reconocimiento como persona ante la ley”*.

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.”⁴⁷

Esto indica que se debe tener en cuenta antes de otorgar cualquier autorización si el acto que se pretende se ajusta a la vida de la persona con discapacidad.

También señalo que, de acuerdo con lo que establece el artículo 251 del Código Civil, la autoridad judicial debe considerar que el acto para el cual se solicita autorización no esté prohibido por ese mismo artículo: que el cuidador no esté actuando en nombre propio o de un tercero causando un conflicto de intereses, o que no esté intentando adquirir bienes del cuidado por un precio oneroso o transmitirle bienes por su parte por igual título.

Para concluir, señalar también que según lo establecido en el artículo 251 CC, se debe considerar por parte de la autoridad judicial que el acto para el cual se solicita la autorización en cuestión no esté prohibido y las prohibiciones aparecen en este mismo artículo: “*Se prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo:*

1.º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.

2.º Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

⁴⁷ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”, art.249.

3.º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

En las medidas de apoyo voluntarias estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas.’⁴⁸

6.6 Ámbito de actuación ordinaria y extraordinaria del guardador

En primer lugar hay que señalar que ha habido un cambio de perspectiva acerca de la persona guardadora de hecho y en consecuencia se necesita una regulación más amplia de esta institución de apoyo. Por regla general se entiende que una persona que no ha sido designada legalmente para ejercer las funciones propias de un representante o asistente no puede participar de forma eficaz en los actos de un menor o persona discapacitada y, por lo tanto, tampoco brindarle el apoyo requerido para cada caso.

La figura de la persona guardadora de hecho existe de facto y esto quiere decir que es independiente de que haya un documento formal que así lo declare. Si no existe este documento que otorgue a la persona guardadora de hecho facultades administrativas o representativas el guardador/guardadora tiene muy complicada su actuación porque la persona guardada no tiene una representación legal que lo acredite.

Sobre esto, es posible constituir determinadas limitaciones en relación a la actuación ordinaria de la persona guardadora de hecho, en dichos casos no se necesitará la autorización judicial previa. Estas limitaciones incorporan actuaciones de carácter personal, cuidado y asistencia necesarios, y también acciones de administración ordinaria del patrimonio de la persona guardada.

Además, existen unos actos denominados “actos de administración de actuación extraordinaria”. La verdadera diferencia entre actos de actuación ordinaria y los de actuación extraordinaria se fundamenta en la necesidad de verificar una legitimidad para actuar en beneficio de la persona bajo guarda. Estos actos de actuación extraordinaria tienen que ser autorizados judicialmente mediante un proceso de jurisdicción voluntaria. Por lo que la autorización judicial puede ser otorgada después de haber comprobado su necesidad y todo ello sin sobrepasar los límites de la administración ordinaria. Esto conlleva a establecer que el juez, previa toma de decisión, tiene que indagar personalmente a la persona con discapacidad.

⁴⁸ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, art.251.

Además, se establecen 2 casos en los que no se va a necesitar autorización judicial y estas son: en primer lugar, cuando la persona guardadora de hecho solicite una prestación dineraria a favor de la persona con discapacidad (persona guardada), siempre que esta prestación no tenga un efecto importante en su forma de vida; o cuando desempeñe actos legales sobre bienes de la persona guardada los cuales sean de poca relevancia económica y además no tengan un significado personal o familiar especial.

Cabe destacar que el juez puede requerir de la persona guardadora de hecho que rinda cuentas y proporcione información en cualquier momento de sus funciones, con la finalidad de evitar riesgos. Además se pueden establecer las salvaguardias necesarias e incluso nombrar a un defensor judicial en aquellos casos donde sea necesario. El Ministerio Fiscal supervisa la administración del patrimonio de la persona guardada.

6.7. El guardado

No existe ninguna ley que determine de forma clara cuáles son los requisitos concretos para la persona que necesita apoyo informal, es decir, la persona guardada.

La única remisión legal dice que consiste en una persona con discapacidad, mayor de edad o menor emancipado, y que precisa de apoyo para poder desempeñar de forma correcta su capacidad legal.

Por lo que se entiende que el legislador hace referencia a personas que sufren trastornos o anomalías psicológicas que interfieren en su capacidad cognitiva y esto les impide, o al menos le dificulta el hecho de tomar decisiones.

Las limitaciones que sean físicas o sensoriales no tienen un impacto en el ejercicio de su capacidad legal, siempre que esas limitaciones no afecten a su capacidad cognitiva.

Además se tendría que incluir aquí a aquellas personas mayores con un deterioro a causa de la edad.

7. EL RECONOCIMIENTO DE LA GUARDA DE HECHO COMO MEDIDA INFORMAL DE APOYO EN UN CONTEXTO DE PÉRDIDA DE PROTAGONISMO JUDICIAL.

La incorporación de la figura de la guarda de hecho como otra medida legal de apoyo más para el ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad representa una alteración muy importante, además puede afirmarse finalmente el papel tan importante que siempre ha cumplido en el apoyo de las personas con discapacidad, incluso habiendo sido negado con anterioridad.

Anteriormente existía una idea bastante arraigada por la cual se entendía que solo se podían satisfacer las necesidades de apoyo y protección de las personas con discapacidad mediante el sistema legal, pero hoy día se ha superado esa idea y finalmente se entiende que la guarda de hecho es una medida que también puede cumplir con esta finalidad ya que las personas cercanas a la persona con discapacidad son las que mejor conocen los gustos, preferencias y necesidades de dicha persona son las que mejor pueden brindarles ese apoyo y protección que necesitan.

Se defendía la “versatilidad” de la figura de la guarda de hecho como una medida de protección orientado hacia el futuro sobre todo por los entornos judiciales, por lo que hubo que esperar a la reforma para que por fin se aceptaran los beneficios de la guarda de hecho y así se pudiera brindar la cobertura legal que afirma el artículo 303 CC, el cual fue derogado por la disposición derogatoria única.³ de la Ley 8/2021, de 2 de junio, anteriormente, decía lo siguiente: *“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*

Cautelamente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

*En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.*⁴⁹

Y esto lo que hacía era conceder facultades tutelares de forma provisional a los guardadores, siempre y cuando se conservara esa situación de guarda de hecho y hasta que se implantara una medida de protección adecuada.

Y esto lo que hizo fue llevar a pensar a gran parte de la doctrina que, si no se establecía una medida de protección, se podrían llegar a conservar las facultades que habían sido concedidas a la persona guardadora de hecho.

Bien es cierto que hay que mencionar que dicha vía ha sido muy poco examinada y hay muy pocos pronunciamientos judiciales que hayan aplicado realmente este precepto.

La Ley 8/2021 implanta la figura de la guarda de hecho como una medida de apoyo informal en la cual la voluntad de la persona con discapacidad tiene un papel fundamental, en el establecimiento y en su finalización. El artículo 267.1º CC faculta a la persona guardada instar que el apoyo se disponga de otra forma ya que establece lo siguiente: *“La guarda de hecho se extingue: 1.º Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo.”*⁵⁰

En este marco de afianzamiento del poder de voluntad individual de las personas con discapacidad, es preciso que la interpretación judicial que se haga de las disposiciones que regulan la figura de la guarda de hecho respete esa voluntad, a no ser que exista algún riesgo serio.

La voluntad que subyace en esta medida de apoyo también ha sido estimada por el legislador como un elemento que descarta otras medidas legales o judiciales, las cuales solo serían de aplicación en el caso de que hubiera insuficiencia de voluntad de la persona con discapacidad. Por lo que si se estableciera una guarda de hecho que se considerara como suficiente y adecuada para proteger los derechos de la persona con discapacidad, se podría

⁴⁹ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XII *“Disposiciones comunes”*, art. 303.

⁵⁰ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI *“De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”*, art. 267.

inhibir la aplicación de otras medidas de apoyo, a no ser que existieran medidas voluntarias o judiciales de forma previa.

No obstante, el artículo 249 CC además determina que las medidas legales o judiciales se aplicarán en el caso de insuficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad como he mencionado anteriormente.

8. EL NOMBRAMIENTO JUDICIAL DE UN DEFENSOR JUDICIAL Y LA ACREDITACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO.

Hay que hacer referencia aquí al último párrafo del artículo 264 del Código Civil, en el cual se declara la capacidad de nombrar a un defensor judicial a la autoridad judicial en los casos en los que se necesite, siempre que haya una situación de guarda de hecho existente.

Esta prerrogativa de la autoridad judicial de nombrar un defensor judicial podría llegar a minar el nuevo enfoque que se tiene acerca de la voluntad de la persona con discapacidad y el respeto a sus deseos, preferencias y voluntades, además podría suceder también que se dé un paternalismo donde la persona guardadora de hecho no sea quien desempeñe sus funciones y que sea el juez quien lo controle. Por lo que habría que entender que esta prerrogativa solo habría que usarla en casos excepcionales, aunque esto no es lo que menciona expresamente dicho artículo.

Hay que mencionar también que cualquier estado de influencia indebida o abuso tiene que conducir a la extinción de la guarda de hecho según lo establecido en el artículo 267.4 del Código Civil, ya que dice: “*La guarda de hecho se extingue: 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.*”⁵¹ Esto eludiría el peligro de que la figura de la guarda de hecho se transformara en una medida de apoyo realmente incierta porque si no el hecho de que exista o no dependería totalmente de la posible decisión de la autoridad judicial en vez de usar los apoyos que podría proporcionar la persona guardadora de hecho.

Hay que tener en cuenta que el papel judicial ha perdido relevancia y a la guarda de hecho se le ha proporcionado la misma importancia que a los demás apoyos de carácter judicial.

⁵¹ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”, art. 267.

En cuanto a la acreditación, el hecho de que no haya publicidad entorpecería la validez de la guarda de hecho, lo cual produciría inseguridad jurídica. Al ser una decisión de la persona guardadora de hecho por su propia voluntad, esta figura existe en ausencia de un nombramiento judicial que así lo determine. De tal forma que en muchas ocasiones las personas guardadas no son realmente conscientes de que reciben este apoyo.

Debido a esto se han planteado algunos instrumentos para probar esta figura de forma declarativa. El primero es conseguir una resolución judicial en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en el cual se determine la existencia de la guarda de hecho ante terceros realizada por una persona en concreto. También se puede realizar mediante un decreto del Ministerio Fiscal en un expediente informativo. Y además, cuando la persona con discapacidad reside en un centro residencial o sanitario, se puede designar como guardador o guardadora de hecho a la persona que sea director o directora de ese centro.

También se puede conseguir esto usando “un acta notarial de notoriedad”, que debe ser suscitada por la persona guardadora de hecho., además tiene que acreditar un interés legítimo y acreditar la certeza de la relación existente que pretende acreditar por dicho acta. Después de esto el notario tendrá que realizar las pruebas que estime necesarias, notificará personalmente a las personas que pudieran verse afectadas y les dará 20 días para argumentar. En esta acta notarial de notoriedad se tiene que incorporar la declaración de 2 testigos que acrediten que conocen de primera mano los hechos. Posteriormente, al valorar todas las pruebas y diligencias, el notario considera que está justificada la notoriedad que se pretende, lo indicará en dicha acta.

En resumen, si se sabe de la existencia de un caso de guarda de hecho, el juez puede corroborar la existencia de una persona guardadora de hecho que ha cumplido de forma correcta su función de guarda, de forma voluntaria y sin una legitimación legal o voluntaria, ofreciendo apoyo asistencial y cualquier ayuda que la persona guardada haya podido precisar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Por lo que el reconocimiento judicial tiene un carácter declarativo y no constitutivo.

9. REQUERIMIENTO JUDICIAL AL GUARDADOR DE HECHO.

Con respecto a la figura de la persona guardadora de hecho, el artículo 265 del Código Civil considera 3 acciones que la autoridad judicial puede realizar facultativamente, este artículo dice expresamente: “*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.”⁵²

Dichas acciones pueden ser instadas de oficio o a solicitud del MF o por cualquier interesado, se lleva a cabo mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Y las acciones son las siguientes:

1. Solicitar a la persona guardadora de hecho que comunique y proporcione detalles y/o explicaciones acerca del desempeño de la función de guarda.
2. La autoridad judicial tiene la facultad de implantar medidas de salvaguarda que sean consideradas necesarias para evitar abusos en el ejercicio de la guarda.
3. Además la autoridad judicial puede requerir de la persona guardadora de hecho que exhiba un informe detallado de su actuación.

9.1 Informe sobre la actuación del guardador.

El artículo 52.1 y 2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) completan lo establecido en el artículo 265 del Código Civil: “1. *A instancia del Ministerio Fiscal, de la persona que precise medidas de apoyo o de cualquiera que tenga un interés legítimo, la autoridad judicial que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor o de la persona con discapacidad y de su actuación en relación con los mismos.* 2. *El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela en el caso de los menores, si procediera. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.”⁵³*

El requerimiento judicial tiene como finalidad conseguir información acerca de la situación de una persona con discapacidad y sus bienes, además de su actuación. La autoridad judicial también tiene la capacidad de instaurar medidas de control y vigilancia.

Bien es cierto que el legislador parece que se resiste a admitir que el juez ha perdido el protagonismo que tenía en favor de la voluntad de la persona con discapacidad. Esto se refleja al ver que el legislador ha conservado la misma redacción que tenía antes de la

⁵² CÓDIGO CIVIL (CC), Ley 8/2021, art.265.

⁵³ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, art. 52.

reforma este precepto. Y debido a esto se tiene que escuchar también a la persona guardada antes de realizar cualquier requerimiento a la persona guardadora de hecho.

9.2 Establecer las salvaguardas que se estimen necesarias.

Según establece el artículo 265 del Código Civil, el juez posee la posibilidad de decretar salvaguardias. Esto se basa en el artículo 12.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el cual insta a los Estados a suministrar dichas con la finalidad de defender los derechos humanos y evitar posibles abusos.

Estas garantías fortalecen las medidas relacionadas con el desempeño de la capacidad jurídica respetando así los derechos, las preferencias y la voluntad de la persona con discapacidad. Además se asegura que no existan desacuerdos ni conflictos de interés, y que las garantías sean adecuadas, proporcionales y adaptadas a cada situación concreta. La finalidad esencial de estas garantías es respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Estas salvaguardias no tienen que ser contempladas como mecanismos de sustitución puesto que no lo son y tienen que verse como elementos que eluden que los apoyos se transformen en sustituciones. Su función es proteger y asegurar que las decisiones de las personas con discapacidad sean acordes con sus voluntades.

Una de las situaciones en las que el juez podría llegar a actuar y establecer garantías es en el caso de que exista una sospecha de que existen influencias indebidas en la formación de la voluntad de la persona guardada.

La adopción de estas salvaguardias está directamente relacionada con el apartado 4 del art. 12 CDPD: *“Los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporciona el salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de Derechos Humanos. Estas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las*

*salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”*⁵⁴

El objetivo principal de estas salvaguardias va a ser garantizar el respeto de los derechos, voluntad y preferencias de la persona discapacitada debiendo protegerla contra los abusos que pueda sufrir ya que estas personas pueden recibir influencias indebidas que pueden evitarse con dichas salvaguardias.

*“Una salvaguardia inestimable puede ser la intervención activa del notario en aquellos actos o negocios en los que estén implicadas personas vulnerables o personas con discapacidad y requieran su presencia, sobre todo, con la finalidad de evitar abusos, conflicto de intereses o influencias indebidas. La persona con discapacidad podría incluso solicitar la intervención, opinión y Consejo de este fedatario público aunque cuente con el apoyo de un guardador de hecho.”*⁵⁵

9.3 Rendición de cuentas.

Una vez que la persona guardadora de hecho ha conseguido la autorización de la autoridad judicial según lo establecido en el artículo 264 CC, el juez tiene la posibilidad de controlar de qué forma se usa esa autorización.

Esto es especialmente relevante cuando la persona guardada no puede supervisar por sí misma debido a cualquier limitación cognitiva o de voluntad.

10. EXTINCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO.

Se consideran diversas situaciones en el Proyecto de Ley en las que la figura de la guarda de hecho se extingue, y son las siguientes según lo establecido en el artículo 267 CC:

-Cuando la persona a quien se le brinda apoyo solicita que este se organice de otra manera. Es el caso en donde la persona guardada manifiesta su voluntad de cambiar la forma en que se le proporciona el auxilio, y por lo tanto se tiene que cumplir con su voluntad.

Esto conlleva a la extinción de la guarda de hecho porque la persona guardada solicita que el auxilio o apoyo se organice de una manera distinta.

⁵⁴ CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, artículo 12.

⁵⁵ NIETO ALONSO A. Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, Thomson Reuters Civitas, pp. 314.

Si se da el caso de que la razón del cambio fuera el curso de una medida de apoyo judicial, aquí no tendría esa relevancia la comparecencia de la persona guardada. A lo largo de la comparecencia se puede informar acerca de las alternativas posibles por parte de la persona guardada y si, posteriormente a la comparecencia, la persona guardada se decanta por una medida alternativa de apoyo, aquí es cuando se pone fin al proceso.

Entre las medidas alternativas existentes cobra especial relevancia la posibilidad de celebrar un convenio de apoyo, al cual se refiere el artículo 255 del Código Civil: *“Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes.*

Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249.

Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.

El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante.

Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

Si la causa de excusa fuera sobrevenida, podrá ser alegada en cualquier momento.”⁵⁶

Por lo tanto, no existen impedimentos para celebrar el convenio aun si la persona ya sufre una deficiencia la cual afecta a su capacidad cognitiva, la condición que existe aquí es que necesitaría el auxilio de otra persona.

Bien es cierto que afloran dificultades en este proceso judicial en el caso en el que se presenta una oposición a este auxilio, bien por parte de la persona con discapacidad, el MF u otros interesados, según lo establecido en el artículo 42 bis.b.5 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: *“La oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del*

⁵⁶ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI *“De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”*, art. 255.

Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso.

No se considerará oposición a los efectos señalados en el párrafo anterior la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta.”⁵⁷

Y en este caso el procedimiento se dará por finalizado, aun cuando la autoridad judicial puede tomar medidas provisionales de apoyo para la persona o su patrimonio, las cuales se pueden conservar máximo 30 días, a no ser que se presente una demanda para aprobar medidas de apoyo en un juicio contencioso.

El artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el interesado, su cónyuge no separado legalmente o cualquier persona en situación similar pueden iniciar un juicio contencioso: “1. *El proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano.*

2. El Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa.

3. Cuando con la demanda se solicite el inicio del procedimiento de provisión de apoyos, las medidas de apoyo correspondientes y un curador determinado, se le dará a este traslado de aquella a fin de que pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión.

4. Las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo o que acrediten un interés legítimo podrán intervenir a su costa en el ya iniciado, con los efectos previstos en el artículo 13.⁵⁸

Pero este artículo no se sabe cómo encaja exactamente en el nuevo sistema ya que el legislador establece la relevancia de respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y por ello es que en la doctrina no hay un consenso.

-Cuando desaparecen las causas o circunstancias que dieron lugar a la guarda de hecho.

⁵⁷ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, art. 42 bis.

⁵⁸ Ley de Enjuiciamiento Civil, Libro IV, Título I, Capítulo II, art. 757.

-Cuando el guardador decide renunciar a su función. Es la voluntad de la persona guardadora lo que pone fin a la guarda de hecho, y solo se necesita que informe a la entidad pública, y esta informará al MF.

-A solicitud del MF o de cualquier persona interesada en ejercer el apoyo a la persona bajo guarda, el juez considera conveniente la extinción de la guarda de hecho.

11. ANÁLISIS INTERPREATIVO DE LA STS 1291/2023.

Considero que es bastante importante añadir a este trabajo una sentencia en la que se observe con gran claridad el antes y el después de la reforma de la Ley 8/2021. Con este análisis pretendo aclarar todos los conceptos vistos y, además, dar mi punto de vista.

Este caso trata sobre D.^a Blanca, es una mujer que padece una enfermedad que incide negativamente en alguna de sus habilidades. Con lo cual, D.^a Blanca fue declarada "incapaz para regir su persona y bienes" y sometida a tutela por sentencia judicial a instancias del Ministerio Fiscal antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma la legislación civil y procesal "para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica".

Lo que sucedió fue que la sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Blanca y la resolución de este recurso le correspondió a la Audiencia Provincial de Madrid, quien desestimó el recurso de apelación interpuesto por D.^a Blanca, basándose en el informe médico-forense practicado en primera instancia el cual decía: "parcialmente tiene capacidad para tomar decisiones de contenido económico" "no tiene capacidad para el manejo de medicamentos" "parcialmente tiene conocimiento sobre las consecuencias del procedimiento" "no tiene conocimiento y comprensión suficiente de determinados actos, como préstamos, donaciones, cualesquiera actos de disposición patrimonial" y, por lo tanto, se afirma lo siguiente: "por sus antecedentes clínicos carece parcialmente de las habilidades necesarias para la administración económica más allá de los gastos diarios y precisaría supervisión en el seguimiento psiquiátrico. Asimismo, en el primer informe se señala el carácter crónico y persistente del trastorno de la mencionada. Este informe, igual que el posterior, reúne todas las garantías de objetividad e imparcialidad dada su autoría y tiene una metodología que se describe al principio del mismo. Por ello no es incorrecto que fuera la base de la decisión de incapacitación parcial de la antedicha

acordada en la sentencia recurrida. En base a lo expuesto, la extensión de la incapacitación parcial establecida en esta resolución es conforme a Derecho".

A lo cual reaccionó D. Blanca interponiendo recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4 LEC por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y errónea interpretación de la prueba en la sentencia con infracción de los artículos 217, 355 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y recurso de casación, al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por interés casacional por oposición a la jurisprudencia del TS, con infracción de los arts. 200 y ss CC, y de la doctrina contenida en SSTs de 1 de julio de 2014, 24 de junio de 2013, 14 de octubre de 2015, 11 de junio de 2004.

Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y la sala acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por doña Blanca contra la sentencia dictada con fecha de 15 de febrero de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.^a) y se dio traslado al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

Posteriormente, la sala dio respuesta conjunta a ambos recursos (extraordinario por infracción procesal y casación), por lo que, de acuerdo con el art. 250 CC redactado por la Ley 8/2021: "*Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. (...) La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente*".⁵⁹

La Ley 8/2021 ya no contempla la guarda de hecho como una situación transitoria y provisional, avocada a desaparecer, tal como se introdujo en la Ley 13/1983. Y por esto ya independientemente del grado de discapacidad que se tenga, las medidas de apoyo judiciales son subsidiarias tanto respecto de las medidas voluntarias como respecto de la guarda de hecho. Y en este sentido, el art. 255 CC establece: "*Solo en defecto o por insuficiencia*

⁵⁹ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica", art.250.

*de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias".*⁶⁰

Y, además, según el art. 263 CC *"Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente"*.⁶¹

Debido a esto, la sentencia recurrida debe ser casada porque se ha confirmado que la sentencia del Juzgado limitó la capacidad de la Sra. Blanca y la sometió a tutela, y esto no solo es contrario a la regulación vigente en el momento en que se dictó y a la jurisprudencia de la sala, sino que además tampoco se ajusta al sistema de apoyos establecido por la Ley 8/2021.

Por lo cual se estimaron los recursos por infracción procesal y de casación, y el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Blanca y se desestimó la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal.

Se puede observar que la demanda del Ministerio Fiscal, las dos sentencias de instancia y el recurso por infracción procesal y casación se han basado en el régimen derogado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma la legislación civil y procesal "para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica" y esta Ley 8/2021 pretende adecuar el ordenamiento jurídico español a las exigencias de la CDPD, y tiene que ajustarse también a la disposición transitoria 6ª de dicha ley, la cual establece que *"Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento."*⁶²

Se puede concluir que el apoyo representativo que se estableció en las sentencias de instancia es totalmente innecesario y desproporcionado ya que la Sra. Blanca puede solicitar un apoyo asistencial para determinados actos, y además, el apoyo solicitado se está prestando de manera real y efectiva por su hijo Carlos.

⁶⁰ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI *"De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica"*, art.255.

⁶¹ BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. TÍTULO XI *"De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica"*, art.263.

⁶² Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, disposición transitoria 6ª.

Por todo esto yo también estoy de acuerdo con el fallo del TS y considero que, ahora sí, se respeta la reforma de la Ley 8/2021 y la CDPD.

12. CONCLUSIONES.

Después de realizar este trabajo he de finalizarlo con las conclusiones que he sacado acerca de la guarda de hecho y su reforma.

1. Con la entrada en vigor de la reforma de la Ley 8/2021 han cobrado mayor protagonismo las medidas de apoyo voluntarias, se han eliminado figuras como la tutela o la patria potestad en favor de otras, como lo es la guarda de hecho.

2. También con la entrada en vigor de esta reforma se produce un giro de 360° en la percepción que se tenía acerca de la discapacidad, se ha suprimido la incapacitación judicial. Esto significa que anteriormente lo que había era una sustitución de la voluntad en el tráfico jurídico de la persona con discapacidad y, hoy día, la propia persona con discapacidad es la que toma sus decisiones, hay un apoyo y se persigue que se respeten su voluntad, deseos, preferencias. Por lo que ya no hay una sustitución de su voluntad.

3. Además de esto se modifica también la terminología jurídica utilizada, se han suprimido los términos “incapaz” e “incapacitado” y esto conlleva que también haya desaparecido la incapacitación. Tampoco se recoge el término “discapacitado”, sino que la nueva Ley habla de “personas con discapacidad”.

4. La guarda de hecho pasa a ser la medida de apoyo a las personas con discapacidad por excelencia, ya que se trata de una medida que se basa en una relación de confianza. Además, la figura de la guarda de hecho ha ido paulatinamente aumentando su reconocimiento en el ordenamiento jurídico español gracias a esta reforma.

5. A día de hoy se ha conseguido que la persona con discapacidad tenga autonomía a la hora de tomar sus propias decisiones y actuar en el tráfico jurídico en condiciones de igualdad con el resto de personas, se intenta velar en todo caso por la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

13. BIBLIOGRAFÍA.

- BOE. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH).
- GUILARTE MARTÍN CALERO, C., *“Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”*, Aranzadi (2021).
- LECIÑENA IBARRA, ASCENSIÓN *“Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”*, Aranzadi (2021).
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley de Enjuiciamiento Civil.
- NIETO ALONSO A. Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, Thomson Reuters Civitas.