



Universidad de Valladolid
Facultad de Derecho
Grado en Derecho
La Guarda de hecho

Presentado por:

Javier Sáez García

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín Calero

Valladolid, 17 de septiembre de 2020

ÍNDICE:

Resumen	4.
Introducción	5.
1. Concepto, características y naturaleza jurídica	8.
A. Definición legal.	
B. Notas características.	
C. Las instituciones tutelares y otras instituciones.	
2. Historia y su consiguiente reforma	19.
2.1 Orígenes de la guarda de hecho: El Derecho Romano.	
2.2 La Guarda de hecho en el Código Civil de 1983.	
2.3 Reformas de la Ley 26/2015 de 28 de julio y la Ley 15/2015 de 2 de julio en materia de guarda de hecho.	
3. Fases de la Guarda de hecho	26.
4. Sujetos intervinientes en la Guarda de hecho. Derechos y Deberes	29.
A. La figura del guardado.	
B. La figura del guardador.	
b.1. Deberes y actos realizados por el guardador de hecho.	
b.2. Acreditación de la guarda de hecho.	
b.3. Derechos: La cuestión de la retribución.	
b.4. Responsabilidades civiles del guardador de hecho.	
- Responsabilidad de daños causados por el guardador.	
- Responsabilidad de daños causados a terceros.	
- Responsabilidad por el guardador de hecho referente al art 1903 CC.	
- Responsabilidad de padres y tutores en la guarda de hecho.	
b.5. Responsabilidad penal del guardador de hecho.	

5. La guarda de hecho de los menores de edad	46.
A. Protección jurídica del menor de edad	
B. Supuestos de guarda de hecho e intervención administrativa	
- Abandono voluntario y traspaso potestativo	
- Fallecimiento de los progenitores	
- Incapacidad de los progenitores	
6. La guarda de hecho de las personas mayores	54.
A. Discapacidad e incapacidad	
a.1. Regulación normativa de la protección de las personas con discapacidad	
a.2. La guarda de hecho como apoyo a personas con discapacidad	
7. Extinción de la guarda de hecho	61.
8. Conclusiones	63.
Bibliografía	65.
Legislación	67.
Anexo Jurisprudencia	68.

RESUMEN DEL TRABAJO:

La guarda de hecho, es una institución encargada de la protección tanto de menores, incapacitados e incapaces incapacitados. Aparece regulada por primera vez, propiamente en el Ordenamiento Jurídico español, con la Ley 13/1983, a pesar de ser una figura histórica de la que se tenía constancia en el Derecho Romano. Recientemente ha surgido un mayor interés en torno a esta figura, gracias a la reciente reforma efectuada en el Código Civil en el año 2015, ampliándose el fondo del asunto, pese a seguir teniendo una regulación bastante escasa, de la que actualmente se desprenden problemas que la ley no ha sabido atajar. Conforme al trabajo que se expone en las sucesivas líneas, tiene el interés de destacar la funcionalidad de la guarda de hecho junto a sus respectivos caracteres, el marco jurídico de regulación en el que se encuadra, su evolución histórico-legislativa hasta llegar a la regulación actual.

PALABRAS CLAVE:

Guarda de hecho, guardador de hecho, menor, discapacidad, desamparo

ABSTRACT:

The guard of fact, is an institution in charge of the protection of both minors, incapable not incapacitated and incapacitated. Appears for the first time properly regulated, in the Spanish Legal System with Law 13/1983, despite being a historical figure that was recorded in Roman Law. Recently, a greater interest has arisen around this figure thanks to the recent reform of the Civil Code in 2015, expanding the merits of the matter, despite continuing to have rather little regulation, which currently gives rise to problems from which the law has not known how to stop. According to the work that is exposed in the successive lines, it has the interest of highlighting the functionality of the guard in fact together with its respective characters, the regulatory framework in which it is framed, its historical-legislative evolution until reaching the regulation today.

KEY WORDS:

De facto guardianship, guardian in fact, minor, disability, abandon

INTRODUCCIÓN:

La guarda de hecho, es una figura que se manifiesta en la práctica en el momento en que una persona, sin la existencia de ningún tipo resolución judicial, decide de forma espontánea y voluntaria, hacerse cargo de la protección y cuidado de menores, incapacitados o de personas que son incapaces e incapacitadas. El sujeto que se responsabiliza de ello se denomina guardador de hecho, y el hecho de que ejercite este cargo puede deberse a factores donde exista un elemento familiar o de amistad hacia alguien que sea vulnerable.

Sea así, la existencia de dos grupos con cierta indefensión, en los que se enfoca en mayor grado su protección, el de los menores de edad y las personas mayores que no disponen plenamente de su capacidad de obrar.

La guarda de hecho, pese a no ser una institución que abarque una gran extensión de preceptos dentro del CC, como existe en otras instituciones tutelares con un arraigado proceso histórico que les haya fomentando su primacía dentro de esta esfera. Pero la guarda presenta sin ninguna duda, un significativo valor necesario en la legislación social actual. Son numerosos los casos en los que aparece ese carácter relevante en la cotidianidad y su peso en la sociedad.

La tendencia por la que pueda surgir su elección, al igual que el guardador de hecho a ejercitarla, puede deberse a varios factores, ya sea desde un cierto recelo a la legislación tutelar que se encuentra determinada en el Ordenamiento Jurídico, hasta un tema económico en que no exista la información necesaria acerca de otras posibles vías para gestionar el asunto concreto y se decide la guarda de hecho como forma subsidiaria a otras entidades tuitivas, o quizás también por el estrecho lazo dentro del entorno familiar que el guardador posee con la persona guardada, y por tanto esa posibilidad de mostrar una idea negativa a las intervenciones legales.

La presencia del la guarda de hecho se muestra en un reducido número de artículos, dentro del Libro I correspondiente a las personas, apreciándose así en los arts 303, 304 y 306.

Su incompleto y carente contenido, en el cual aparecen imprecisiones e inexactitudes que llevan a confusiones, siendo un problema añadido para resolver la causa suscitada.

Existiendo desconfianza en un sector de la doctrina para emplearla como institución jurídica de protección y apoyo a las personas con una capacidad de obrar reducida, sin negar de su existencia, pero remarcando su temporalidad en un breve plazo temporal, a continuación de su termino se procede a una protección tutelar, que ha consideración de este sector de la doctrina, resulta más apropiado.

Durante el desarrollo de este trabajo de investigación, se ofrece una perspectiva que intenta favorecer con argumentos, ponderar la relevancia de dicha institución, en contraposición con los detractores que intentan rebajar su nivel, como procedimiento con valor de protección y cuidado tanto de personas menores como mayores.

Una precisión antes de realizar el desarrollo oportuno, es la distinción entre los conceptos de guarda de hecho y la guarda de derecho. Muy erróneamente confundidas entre sí.

La guarda de hecho se regula en el Ordenamiento Jurídico español en los art 303, 305 y 306, el hecho de su regulación esta implicando por consiguiente la guarda de derecho. Como afirmaba JOSE MANUEL LETE *“De entre variadas clasificaciones que se pueden hacer de la tutela o guarda, una de ellas es la de tutela de hecho y de derecho. La guarda es de derecho cuando la persona que la ejerce actúa en virtud de un nombramiento legal de tutor. La guarda es de hecho cuando la desempeña una persona que carece de la cualidad legal de tutor”*¹. De todos modos, como es sabido la guarda de hecho es una institución, una situación jurídica informal, pero aun siendo inusual, no es un acto jurídico sin importancia, y por tanto no se encuentra enfrentada a la naturaleza jurídica, todo lo contrario, es guarda admitida de hecho, aparte de las exigencias legales.

Es necesario que se empiece a tomar conciencia y se superen las barreras doctrinales, que las autoridades jurídicas y legales siguen manteniendo acerca de esta figura, y empezar a entender la guarda de hecho como institución perfectamente válida, para su constitución como medio de seguridad, de defensa y de amparo para todas aquellas personas citadas con anterioridad, por el hecho de tener además un mayor auge y trascendía en la sociedad actual que nos acontece.

¹ Cfr CARLOS ROGEL VIDEL, *“La guarda de hecho”*. Madrid. Tecnos. 1986. pp 81

Durante el desarrollo sobrevenido del presente trabajo, se intentará expresar las ideas definitorias de una gran parte de los conceptos que conectan con el tema principal de la guarda de hecho, afrontar tanto los problemas como las soluciones pertinentes, apoyado en el estudio y análisis en las bases doctrinales y jurisprudenciales como fuente primordial para su continuo desarrollo.

Aun siendo un tema bastante poco profundizado, encontrándose en los márgenes procesales y situándose por encima de ella otras soluciones de protección, y teniendo en cuenta que la guarda existe desde hace siglos en el mundo legal, por consecuente, se debe seguir demostrando su rendimiento y útil aplicación.

1. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA JURÍDICA.

A. Definición legal.

La guarda de hecho, apareció reconocida legalmente por primera vez en España, por medio de la reforma de 1983 del CC con la Ley 13/1983 de 24 de octubre, su objetivo se dirigía al reconocimiento jurídico de personas que ejercían actividades tutelares sin que existiera un previo nombramiento sobre el que se decidió un cargo tanto de tutor como de curador. La institución de la Guarda de hecho aparece regulada en el Código Civil español, más en concreto en su Libro I, Título X en el capítulo V bajo la rubrica de “la guarda de hecho”. En el artículo 303 el cual enuncia textualmente “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.”²

En este primer párrafo del precepto, no está especificando ni si quiera aludiendo a lo que debe entenderse por el concepto de guarda de hecho, no ofrece un concepto claro de la materia en concreto. Ello obliga a redirigirse a otras fuentes legales para conocer su definición, como es el caso de las leyes autonómicas, sin embargo, tampoco en ellas se está profundizando en su verdadero significado.

Por ejemplo el Código Civil catalán, en su Libro II, Título I, Capítulo V, en el artículo 225.1 detalla “Es guardadora de hecho la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen.”³

Otro ejemplo a destacar es el ofrecido por el Código de derecho foral de Aragón en su artículo 156; “Guardador de hecho es la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada.”⁴

² BOE. Libro I. Título X. Capítulo V. De la guarda de hecho, recogida en el artículo 303 del Código Civil

³ BOE. Libro I. Título I. Capítulo V. De la guarda de hecho, recogida en el artículo 225-1 del Código Civil de Cataluña

⁴ BOE. Libro I. Título V. Capítulo VII. De la guarda de hecho, recogida en el artículo 156 del Código de derecho foral de Aragón

En ambos casos resalta la figura del guardador, describiendo resumidamente su finalidad y ejercicio, pero sin llegar a matizar en que consiste la guarda de hecho.

Esta ausencia, ha provocado que la doctrina tenga que buscar una definición de guarda de hecho, no sin haber de por medio óbices en su función, dado que no existe unanimidad doctrinal.

En una parte de la doctrina, se encuentra la definición que otorga la figura de JIMENEZ MUÑOZ, el cual la expresa como *“Aquella situación en que una persona se ocupa voluntariamente y sin formalidades legales de los asuntos de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que por sus circunstancias personales puede ser sometida a incapacitación”*.⁵

No solo versa la discusión sobre que definición es la más acertada, también la doctrina se encuentra reñida en base a si la guarda de hecho es una institución jurídica o se trata de una situación no pretendida legalmente.

El fiscal FRANCISCO FÁBREGA determina en una de sus obras, como es interpretada por una parte de la doctrina reconociendo que *“A pesar de la falta de una definición legal de la misma, la doctrina científica viene definiendo la guarda de hecho en función de dos rasgos básicos, uno de ellos positivo, cual es la asunción de algún deber de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz; y el otro negativo, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento jurídico. Se indica que debido a esa falta de definición legal, todo modo de guarda continuada, personal o patrimonial, que no se constituya como patria potestad, tutela o curatela se engloba en la guarda de hecho que, por su carácter fáctico, admite todas las posibilidades, pudiendo el guardador asumir funciones de tutor o de curador.”*⁶.

Por consiguiente, FÁBREGA, entiende la guarda de hecho pero en dos situaciones distintas que deben complementarse para poder desarrollarla. En una primera fase, la guarda de hecho carece de legislación, en la que se disponga de una cierta estructura definitoria en atención a las acordes actuaciones a efectuar, únicamente en este primer periodo aparecerán los efectos jurídicos al servicio del guardado.

⁵ Cfr. JIMENEZ MUÑOZ, “Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés” tituló encontrado en el manual “Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad”.(Coord) SOFÍA DÉ SALAS MURILLO, El Justicia de Aragón. Aragón. 2010. pp. 624

⁶ Cfr. CRISTOBAL FRANCISCO FÁBREGA RUIZ “La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad”. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2006. pp.7

En la segunda fase, existiendo ya un conocimiento de la guarda por la autoridad judicial cualificada. Ya no posee ese carácter total de hecho, apareciendo como una situación más próxima a las que corresponden en los cometidos tutelares, caracterizados por un control frecuente del órgano judicial ⁷.

Continuando en palabras de FRANCISCO FÁBREGA, hace alusión de la explicación estipulada por ALFONSO RODRÍGUEZ “*Esta figura es compleja, dado que refleja situaciones en que las funciones de guarda y custodia no se realizan por el titular de la patria potestad o tutela, sino por un tercero, que satisface las necesidades mas apremiantes del necesitado de protección, de forma completamente voluntaria y sin ningún régimen legal, y de forma superpuesta con la guarda legal.*”⁸.

En palabras de ROGEL VIDE “*La guarda de hecho es una institución, una situación, una relación jurídica informal, todo lo irregular que se quiera, mas nunca un hecho jurídicamente irrelevante, como parecen pensar algunos, dejándose confundir por el “de hecho” aparejado a la guarda, que bien visto, no quiere decir guarda fáctica como contrapuesta a jurídica. sino guarda efectivamente ejercida, asumida de hecho y al margen de las formalidades legales. La guarda de hecho no es un hecho y es derecho, en cuanto contemplada y regulada por este.*”⁹.

En contraposición a este, LETE DEL RÍO opina, que “*la guarda de hecho no es una institución, sino una situación, un hecho e incluso una actividad legal.*”¹⁰.

Quizá, una descripción bastante acertada y adecuada de lo que se debe conocer por guarda de hecho, completa y con algún que otro matiz sin entrar en generalidades, sería la que ofrecen ALBÁCAR LÓPEZ y MARIANO GRANIZO, desde su perspectiva completan la realidad plasmada en la legislación civilista y la definen como “*El ejercicio, con respeto a menores o incapaces, de funciones propias de instituciones tutelares, con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia o protección, o de administración de su patrimonio o gestión de sus intereses por personas que no son tutores, curadores ni defensores judiciales.*”

⁷ “*Cuando hablamos de guarda de hecho es preciso diferenciar entre dos posibles fases: Por un lado, la guarda de hecho stricto sensu, verdadera situación de hecho, que no puede tener una regulación que indique como ha de desarrollarse, sino, tan solo, producir ciertas consecuencias jurídicas a favor del guardado. Por otro, la misma una vez que se comunica a la autoridad judicial, ya que, a partir de ese momento la situación no sólo es de hecho, sino que adquiere otras características que la acercan a las de los cargos tutelares, en los que es esencial el control judicial, y nos creara la duda de si le son aplicables las normas establecidas para dichos cargos.*”
Cfr. CRISTOBAL FRANCISCO FÁBREGA RUIZ “*La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*”. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2006. pp.7

⁸ Cfr. CRISTOBAL FRANCISCO FÁBREGA RUIZ “*La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*”. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2006. pp.7

⁹ Cfr. CARLOS ROGEL VIDEL, “*La guarda de hecho*” PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, Díez PICAZO, LUIS y otros. “*Comentario a los artículos 303 a 306 Comentarios del Código Civil*”. Tecnos. Madrid. 1986. pp 93

¹⁰ Cfr. MANUEL ALBADALEJO GARCÍA. Comentarios a los artículos 199-332 “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*”. Madrid. Edersa. 1985. pp 489-493.

El guardador de hecho será aquella persona que sin nombramiento alguno, ni judicial ni administrativo, se encarga del cuidado de un menor de un incapacitado o de una persona que, sin estar incapacitada, no puede valerse por sí misma.”¹¹

No sólo ha sido definida y conceptuada por autores doctrinales y juristas, sino que en la Jurisprudencia, existen resoluciones judiciales, que dotan de una interpretación propia, reflexionando sobre la existencia de una persona que no goza de una autorización judicial como antecedente sobre cargos tutelares, pero con todo ello, las asume y las profesa en razón de un menor de edad o personas incapacitadas o incapaces incapacitados, como es el caso por ejemplo del Auto Civil nº305/20198 de la Audiencia Provincial de Barcelona, el 18 de mayo de 2018¹², o la Sentencia Civil nº52/2016 de la Audiencia Provincial de Castellón, el 25 de abril de 2016¹³, también la Sentencia Civil nº147/2012 de la Audiencia Provincial de Toledo, el 25 de mayo de 2012¹⁴.

Todas estas resoluciones son algunos de los muchos ejemplos que se desprenden de la jurisprudencia nacional española, cuyo tema principal es la protección y guarda de hecho y en una gran mayoría por su parte, siendo la familiaridad una característica recurrente que aparece entre el guardador y la persona guardada.

Pese a no existir un concepto unánime, parece indudable destacar dos características fundamentales de la guarda de hecho:

El primero a destacar, es como la figura del guardador de hecho asume los deberes de custodia y protección de forma totalmente voluntaria. En cambio el segundo, hace referencia a la inexistencia de una habilitación legal para llevar a cabo ese deber.

Podría llegar a entenderse, que la exigua reglamentación de la materia, es el motivo por el cual el Derecho la rechaza e intenta su mayor brevedad posible para su consiguiente finalización, pero no se debe de entender así.

¹¹ Cfr. CRISTOBAL FRANCISCO FÁBREGA RUIZ. “*La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*”. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2006. pp.8

¹² Cfr. Auto civil nº305/20198, Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de mayo de 2018

¹³ Cfr. Sentencia Civil nº52/2016, Audiencia Provincial de Castellón, de 25 de abril de 2016

¹⁴ Cfr. Sentencia Civil nº147/2012, Audiencia Provincial de Toledo, de 25 de mayo de 2012

Su comprensión en el articulado civil, hace entender su predisposición al conocimiento de esta disciplina como posible vía, ciertamente diferente y acaso atípica, en relación con las otras formas de protección y custodia legalmente previstas, y sin embargo con el suficiente carácter resolutivo frente a los problemas, que se plantean con personas que carecen o tienen modificada su capacidad de autogobierno, y que en la vida cotidiana aparece de forma constante.

De forma resumida, la definición que se puede entender, respecto a lo enunciado con anterioridad de la guarda de hecho es que, supone una situación en donde un sujeto, denominado guardador de hecho, voluntariamente ejerce de facto, responsabilizándose de una forma continuada y permanente, sin haber acontecido y celebrado un nombramiento judicial y sin existir un deber legal de protección, asumiendo unas funciones tutelares de custodia hacia menores, personas incapacitadas o personas incapaces incapacitadas, que precisan necesariamente de protección.

B. Notas: fáctica, sobrevenida y transitoria.

A la hora de resaltar los elementos representativos de los que se compone la guarda de hecho, hay que hablar específicamente de tres; En primer lugar, una de las principales a resaltar es la situación fáctica, ello aborda la cuestión de la carencia que ostenta el guardador de hecho respecto a otras figuras como la del tutor o curador, en donde si existe una situación legal impuesta.

El motivo de que sea fáctica, la diferencia con la guarda de derecho, porque el guardador de hecho, al que le falta la aptitud de tutor o curador que son constituidos legalmente. Pero a pesar de esto, no se la está calificando como una situación ilegal, sino que la guarda se realiza en un plano real donde produce efectos jurídicos.¹⁵

El elemento fáctico que acompaña a la guarda, hace que esta última se pueda diferenciar en comparación con la guarda jurídica, mejor conocida como guarda de derecho, deduciéndose así la guarda de hecho contraída fuera de las formas legales establecidas, debiéndose entender precisamente la tutela y la guarda de hecho como la cara de una misma moneda.

¹⁵ Cfr. ROGEL VIDE, “*La guarda de hecho*”. Tecnos. Madrid: 1986. pp 863

El criterio que defiende PATRICIA LESCANO al respecto sobre lo dicho “*Hablar de situación de hecho y situaciones de derecho es insuficiente si no se alcanza el verdadero significado que aporta la especial normativa a la figura. La autentica guarda de hecho responde a la atención de unos intereses que se encuentran desde siempre arraigados en la sociedad. La figura nace extramuros de la ley, pero ésta le confiere unos determinados efectos jurídicos de manera retrospectiva para que el sujeto sometido a guarda no quede perjudicado o desprotegido.*”¹⁶.

La segunda nota destacable, supone que el régimen de la guarda de hecho, se somete a circunstancias existentes. En estas líneas, el legislador de forma retrospectiva, considera lícitos los hechos de relevancia patrimonial y personal en el caso de haberse producido en interés y beneficio del guardado, todo ello en base a lo dispuestos en el precepto 304 Código Civil, además de reconocerse el deber de comunicar sobre la personas y bienes del protegido, hecho reconocido en el art 303 Código Civil y en el caso de que el guardador de hecho sufriera daños y perjuicios a consecuencia de su labor, puede solicitar una reclamación, como así estipula el art 306 Código Civil.

En muchas ocasiones, el guardador de hecho actúa sin conocimiento de que su ejercicio supone una ocupación tutelar sometida como un caso particular.

Por último, la tercera nota característica de la guarda de hecho, es la nota de transitoriedad. La guarda de hecho sigue ejecutándose hasta el momento en que se establezca el régimen tutelar adecuado, si es que se llega a establecer.

La característica de transitoriedad, viene reconocida legalmente por algunas Comunidades Autónomas como son Cataluña y Aragón, no solo estas, sino también un grupo minoritario de la jurisprudencia reconoce la característica de transitoriedad.

Una sentencia dictada por el Tribunal Supremo, estableció el 4 de marzo 2003 que “*Conforme a lo previsto en el artículo 299 del Código Civil, el defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores, no lo hacen; se trata de un cargo judicial porque es necesaria una resolución judicial que acuerde su nombramiento; cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así.*”¹⁷.

¹⁶ Cfr. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”. Madrid. Dykinson. 2017. pp 35

¹⁷ Cfr. STS 1472/2003 de 4 de marzo de 2003

En base a esta última características existen controversias respecto a su defensa, algunos defienden esta nota de transitoriedad porque la guarda de hecho va actuar en el momento que no se apliquen las funciones tutelares como se desprende del contenido del art 303 CC.

Para otros la transitoriedad no es más que un periodo de tiempo por el que se ejerce la guarda, pero que debe ser sustituida en el menor tiempo posible cuando alguna de las figuras que se determinan legalmente. Y una vez constituida una tutela o curatela, el órgano judicial pertinente, procederá a llevar un control sobre el sujeto que recae la institución.

Estas notas características que se desprenden del Código Civil, tienen la posibilidad de ampliarse, ya que en la legislación de Aragón, en su artículo 156 del Código del Derecho Foral se expresan las ideas de iniciativa propia y desamparo¹⁸. La primera viene a entender que expresando el planteamiento de que la guarda de hecho no es exigida por ley o simplemente este régimen tutelar no requiere de un nombramiento judicial o administrativo patente. En la mayoría de situaciones se dará un carácter de naturalidad, aunque no siempre la institución ostenta este carácter.

La segunda característica hace referencia al abandono, entendiéndolo como la circunstancia en la que existe una carencia de los cuidados imprescindibles y no una sentencia administrativa que manifieste la situación existente.

A pesar de que no se prevea de una forma expresa en el Código Civil, algunos autores han comprendido que quien ostenta la patria potestad o la tutela y que ejercen sus funciones correctamente, se puede apreciar que no hay lugar para las actividades de un guardador de hecho.¹⁹

¹⁸ Cfr. Libro I. Título V. Capítulo VII. recogido en el artículo 156 del Código de derecho foral de Aragón

¹⁹ Cfr. FRANCISCO JAVIER JIMENEZ MUÑOZ, “*Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés*”, título encontrado en el manual “Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad” (Coord) SOFÍA DE SALAS MURILLO. Zaragoza. El justicia de Aragón. 2010. pp. 628

C. Las instituciones tutelares y otras instituciones.

La actual regulación de las instituciones tutelares, proviene de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, ley que modificó en su momento a la anterior Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma de del Código Civil en materia de tutela.

Dentro del art 215 CC, aparecen recogidas algunas de las instituciones tutelares“*La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1. La tutela. 2. La curatela. 3. El defensor judicial.*”²⁰.

Siguiendo esta línea legislativa, el art 216, muestra la razón de ser de las instituciones tutelares, siendo así que “*Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.*”²¹.

Como es apreciable, el artículo rechaza la guarda de hecho, al no incluirla junto al resto de instituciones. La aclaración ha dicha consecuencia, se debe en gran parte por el momento en que fue redactado el art 215.

En el momento de su redacción, ni si quiera se legislaba la guarda de hecho, a pesar de ser una institución con una larga tradición práctica. Dándose a conocer en el año 1983, con la reforma del CC. Parece lógico advertir, que se hubiera incluido como una institución tutelar más junto al resto en el art 215, algo que la doctrina paso desapercibido.

Aclarado lo anterior, es necesario un estudio puntualizado en lo que se refiere al resto de instituciones tutelares, su regulación y correspondientes características.

c.1. La tutela.

Regulada en todo el Capítulo II, del Título X del Código Civil (art 222- 285CC).

La tutela nace en el momento en que no existe patria potestad, haciéndose imprescindible la protección y cuidado de los hijos menores de edad o persona incapacitada, tanto sus bienes patrimoniales como su integridad.

²⁰ Cfr. BOE. Libro I. Título X. Capítulo I . Disposiciones generales recogidas en el artículo 215 del Código Civil

²¹ BOE. Libro I. Título X. Capítulo I . Disposiciones generales recogidas en el artículo 216 del Código Civil

El tutor se encargará de adquirir derechos y deberes en interés del menor o incapacitado que tenga bajo su régimen tutelar y siempre en beneficio del sujeto tutelado.

Puede ser una o varias las personas físicas que ejerzan de tutor, al igual que también las personas jurídicas o entidades públicas (como tipifica el art 236 CC en algunos supuestos y el art 237 CC). Las personas susceptibles de ser tuteladas, vienen listadas en el art 222 CC “Estarán sujetos a tutela: 1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.

2.º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.

3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.

4.º Los menores que se hallen en situación de desamparo.”²².

La constitución de la tutela se representa en el art 229 CC “Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.”²³.

Además de estos casos, estarán obligados a promover la tutela tanto el Juez como el Ministerio Fiscal (228CC).

Una vez que el Juez constituya la tutela y asigne a un tutor, este último ostentará bajo su cargo, una serie de requisitos que tendrá que cumplir en su persona para ser tutor, art 241 “Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concorra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes.”²⁴ y 242 “Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados.”²⁵.

Pero no podrán ejercer el cargo de tutores las personas sobre las que recaiga alguna de las condiciones que indica el art 243 CC “No pueden ser tutores: 1.º Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial.

2.º Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior.

3.º Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena.

4.º Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.”²⁶.

²² BOE. Libro I. Título X. Capítulo I . Disposiciones generales recogidas en el artículo 222 del Código Civil

²³ BOE. Libro I. Título X. Capítulo I . Disposiciones generales recogidas en el artículo 219 del Código Civil

²⁴ BOE. Libro I. Título X. Capítulo I . Disposiciones generales recogidas en el artículo 241 del Código Civil

²⁵ BOE. Libro I. Título X. Capítulo I . Disposiciones generales recogidas en el artículo 242 del Código Civil

²⁶ BOE. Libro I. Título X. Capítulo I . Disposiciones generales recogidas en el artículo 243 del Código Civil

Sumando a este precepto hay que observar su contiguo art 244; *“Tampoco pueden ser tutores:*

1. *Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.*
2. *Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.*
3. *Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.*
4. *Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.*
5. *Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.”*²⁷.

Otro de los motivos por los que un tutor puede dejar de serlo, aparece en el art 251 CC, siempre que se exponga una excusa válida y razonable, que responda a la pregunta de por qué no se puede seguir con el cargo tutelar.

Existen dos tutelas, por un lado la que ofrece el art 268 y 269, encargada de la relación personal entre el tutor y tutelado, exponiendo una serie de mandatos y deberes a los que esta obligado el tutor en correspondencia con la protección debida que debe llevar para su tutelado. Y por otro lado, aparece la tutela patrimonial, dirigida a la representación del tutor en los actos patrimoniales, sometidos a una autorización judicial, formulado entre el 270CC y el art 275 CC.

Para finalizar con la exposición de la tutela, se deben ver las causas por las cuales se extingue. Son dos las conclusiones a tener en cuenta.

La primera que se contempla es la remoción del tutor contemplada en el art 247 CC, por hechos como las causas de inhabilitación o que el tutor incumpla sus funciones y haga mal uso de la tutela; *“Serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados.”*²⁸.

La segunda razón, es la propia extinción de la tutela, vista en los arts 276 y 277 CC.

art 276 CC *“La tutela se extingue: 1. Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado. 2. Por la adopción del tutelado menor de edad.3. Por fallecimiento de la persona sometida a tutela. 4. Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad.”*²⁹

²⁷ BOE. Libro I. Título X. Capítulo I . Disposiciones generales recogidas en el artículo 244 del Código Civil

²⁸ BOE. Libro I. Título X. Capítulo I . Disposiciones generales recogidas en el artículo 247 del Código Civil

²⁹ BOE. Libro I. Título X. Capítulo I . Disposiciones generales recogidas en el artículo 276 del Código Civil

Art 277 CC *“También se extingue la tutela:*

1. *Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere.*
2. *Al dictarse la resolución judicial que pongan fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela.”*³⁰.

c.2. La curatela.

Se regula en el Capítulo III, del Título X del Código Civil (art 286 - 298 CC).

Semejante a la tutela, ampara y protege a aquellas personas, que se han visto afectadas por una sentencia de incapacitación o modificación de su capacidad de obrar. Pero a diferencia de la primera, el curador no sustituye la voluntad del incapacitado, solamente le acompaña y le asiste, siendo el sujeto que está sometido a curatela, competente para actuar por sí sólo, pero únicamente en los casos que la ley así lo indique, intervendrá el curador para ejercer sus funciones. (arts 288, 289 y 290 CC). La curatela va dirigida a una serie de personas que se manifiestan en el art 286 CC *“Están sujetos a curatela:*

1. *Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley.*
2. *Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad.*
3. *Los declarados pródigos.”*³¹.

Otra característica que acerca la curatela a la tutela, es lo referente al nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de tutores, tipificado en el art 291 CC, con la matización de quien no podrá ser curador, *“Son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores.*

*No podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados.”*³².

c. 3. El defensor judicial.

Figura regulada en el Capítulo IV, del Título X del Código Civil (art 299 - 302 CC).

El defensor judicial se determina por su carácter puntual y esporádico, en comparación a las anteriores instituciones, las cuales están dotadas de una mayor temporalidad y existencia en los casos prácticos.

Compartiría con la guarda de hecho esa característica, ya que ambas constituyen un régimen de protección con una duración temporal marcada por ser bastante limitada.

³⁰ BOE Libro I. Título X. Capítulo I . Disposiciones generales recogidas en el artículo 277 del Código Civil

³¹ BOE. Libro I. Título X. Capítulo III . Disposiciones generales recogidas en el artículo 286 del Código Civil

³² BOE. Libro I. Título X. Capítulo III . Disposiciones generales recogidas en el artículo 291 del Código Civil

Su nombramiento procederá en las situaciones que describe el art 299 CC “*Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:*

*1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado. 2. En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo. 3. En todos los demás casos previstos en este Código.”³³. Al igual que en los casos anteriores, el art 301 dispone sobre el cese de el defensor judicial que “*Serán aplicables al defensor judicial las causa de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores.*”³⁴.*

2. HISTORIA Y SU CONSIGUIENTE REFORMA.

2.1. Orígenes de la guarda de hecho. El Derecho Romano.

En tiempos de la la Antigua Roma, ya se contemplaba la figura de la guarda de hecho, sin embargo parece más apropiado en este contexto definirla como tutela de hecho. Las acciones que comprendían en la figura del guardador era muy similares o incluso idénticas a las que se contemplaban en la figura del tutor. Se concebía esta institución como una situación en donde se establecen resultados y objetivos por causa del Derecho.

La tutela de hecho pasó a ser no solamente una realidad jurídica, sino que se dio en el esfera cotidiana. Había tres modos de definir a la tutela: tutela testamentaria, tutela legítima y tutela oficial. Cada una de ellas podía ocasionar que se llegaran a dar situaciones que las convirtieran en tutela de hecho.³⁵

Unido a las situaciones de tutela y curatela, se debe mencionar las figuras de Derecho romano, protutela y procuratela. que son consideradas como un claro antecedente próximo a lo que actualmente se conoce como la guarda de hecho. Las personas encargadas de realizar actos, que le serían propios a un tutor sin serlo, se denominaban de diversa forma: *qui pro tutore negotia gessit, falsus tutor, qui tutor non fuerit.*

³³ BOE. Libro I. Título X. Capítulo IV . Disposiciones generales recogidas en el artículo 299 del Código Civil

³⁴ BOE. Libro I. Título X. Capítulo IV . Disposiciones generales recogidas en el artículo 301 del Código Civil

³⁵ Cfr. CARLOS ROGEL VIDEL, “*La guarda de hecho*”. Tecnos. Madrid. 1986. pp 93

Por consiguiente, la idea que se extrae es la existencia de situaciones de hecho, en donde concurren sujetos que se responsabilizan ante funciones, que le son pertenecientes y concernientes a la figura de los tutores o curadores, caracterizándose estas de llevar a cabo funciones como la asistencia a personas que lo precisan en sus tareas habituales o la administración de sus bienes cuando no exista un expreso nombramiento legal para ello.

La persona que actúa como protutore, no se está refiriendo a que ejerce por cuenta del tutor, como negotiorum gestor del mismo, tampoco del pupilo, salvo como loco tutoris. Sobre esta última definición, algunos autores la han considerado equiparable a la de procurator, por entender que realizan mismas funciones como es la administración del patrimonio del menor, salvo con algunas diferencias. El protutore se definía en la situación en la que un sujeto ejercía como un tutor y poseía una relación con el pupilo, mientras que el falso tutor, poseía una relación con los terceros que a su vez habían contratado con el pupilo.

La persona que actúa como pro tutore, comprende que, sin existir en su persona la situación de tutor, efectúa la gestión de los asuntos del impúber de buena o mala fe.

Concretamente en esta situación, el pretor romano estableció la actio protutelae ³⁶.

La acción citada, aparece recogida en el Título VI, del Libro XXVII del Digesto, en cuya rubrica aparece “*Sobre la gestión de negocios del protutor o del procurador*”.

La actio protutelae (acción de protutela) se establecía, en los casos donde aparece un dudosa y eventual inseguridad acerca de si la persona que se responsabilizó de la administración, ostenta el cargo de tutor o por el contrario de protutor y así dado el caso, poder demandarle responsabilidad por sus acciones ejecutadas³⁷. Quien realiza la función de tutor en el patrimonio de un impúber, bien sea que se crea tutor, bien sea que se conozca que no lo es, pero se finge, se entiende que gestiona los negocios como protutor.³⁸ Además, deberá realizarlo con la misma buena fe y diligencia que un tutor.³⁹

³⁶ Cfr CARLOS ROGEL VIDEL, “*La guarda de hecho*”. Tecnos. Madrid. 1986. pp 67

³⁷ “*Digesto*”.27.5.1 Ulpianus libro trigesimo sexto ad edictum: “*Protutelae actionem necessario praetor proposuit, nam quia plerumque incertum est, utrum quis tutor an uero quasi tutor pro tutore administraverit tutela, idcirco in utrumque casum actionem scripsit, ut sive tutor est sive non sit qui gessit, actione tamen teneretur. Solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit, utrum quis tutor fuerit et sic gesserit, an uero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit*”.

³⁸ “*Digesto*”.27.5.1.1 Ulpianus libro trigesimo sexto ad edictum: “*Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, siue se putet tutorem, siue scit non esse, finget tamen esse*”.

³⁹ “*Digesto*”.27.5.4 Ulpianus libro trigesimo sexto ad edictum: “*Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret*”.

2.2. La Guarda de hecho en el Código Civil de 1983.

Continuando en la línea histórica sobre la evolución de la figura de la guarda de hecho, particularmente en el ámbito español, cabe destacar como se contemplaba esta figura en el período anterior a las reformas que han ido surgiendo en los diferentes momentos de la historia legislativa española, cuyas modificaciones han afectado notablemente al Código Civil en materia de protección de menores e incapacitados.

Un antecedente a mencionar, es la Ley de protección a la infancia, de 12 de agosto de 1904. Por primera vez se proyectó la protección del menor, una materia que hasta el momento no se le atribuía la suficiente relevancia que le merece. Esta Ley se completó junto al Reglamento de protección a la infancia, de 24 de enero de 1908.

En opinión del Profesor DE PABLO CONTRERAS, dichas normativas “*Surgieron por la necesidad de dar un desarrollo a las intervenciones de los poderes públicos en la atención personal que requerían los menores no emancipados, y también, para paliar las deficiencias que había presentado en la práctica el sistema que regulaba el código civil originario, que se creía completo, se dictó, de manera paralela y manteniendo lo anterior, una normativa de protección de menores que se terminó conteniendo en lo fundamental en dos textos legales: el Texto Refundido de la Legislación sobre Protección de Menores, aprobado por Decreto de 12 de julio de 1948 y el Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por decreto de 11 de junio de 1948.*”⁴⁰

Por consiguiente, el contenido que puede extraerse de estas legislaciones es perseguir la protección de unos sujetos determinados, como son los menores de hasta 16 años e inclusive a los mayores de 16 años de edad, siempre y cuando estos últimos sean menores de 21 años, en caso de que se hallaran sometidos a la acción tutelar permanente de los Tribunales de Menores. La acción tutelar se encontraba comprendida en el texto Refundido de la Legislaciones sobre Tribunales Tutelares de Menores.

En el año 1977, se elaboró la redacción de un estudio, de suma importancia para entender adecuadamente lo que suponía la guarda de hecho y que más tarde influiría en trabajos posteriores.

⁴⁰ Cfr. DE PABLO CONTRERAS “*Curso de derecho civil IV*”. Edisofer. Madrid. 2016. pp 537

Este trabajo de redacción, se produjo bajo la dirección DÍEZ-PICAZO, y en el trabajaron profesores como BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS y CAFFARENA, todos ellos elaboraron la investigación que se conoce como “Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela”. Estudio que fue patrocinado por la Dirección General de Servicios Sociales y la Fundación General Mediterránea, en la ciudad de Madrid.

El mencionado Estudio, ofrecía una visión de la guarda de hecho dentro de su capítulo IV y último del Título X, relativo a las instituciones tutelares. Aparecía regulada, dentro de las Disposiciones Generales del Capítulo X, la guarda de hecho junto a una serie de materias semejantes como la forma de ejercer las funciones tutelares. También las prohibiciones dirigidas a quienes las realizaran y el derecho de reembolso de los dispendios ejecutados y las oportunas indemnizaciones de los daños y perjuicios soportados durante el cumplimiento de un cargo tutelar.⁴¹

Con el transcurso del tiempo, y entrando en la década de los 80’s, el CC sufre una notable reforma con la publicación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre de Reforma del Código Civil en materia de tutela. Es entonces, cuando de verdad aparece la guarda de hecho reconocida por el legislador español. Introduciendo tres preceptos que la contemplan de forma muy reducida, como son el art 303, 304 y 306.

El art 303, introduce la figura de la guardador de hecho y alguno de sus deberes implícitos, por mandato del órgano jurisdiccional.

Art 303 “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 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 del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.”.

El siguiente artículo 304 comenta “*Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.*”. Sino se cumpliera con estos requisitos, entonces está la posibilidad de que sean impugnables en política de anulabilidad. Por último, se remite el contenido del art 306, al art 220 del CC, para así quede complementado. “*Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor.*”⁴²

⁴¹ Cfr CARLOS ROGEL VIDEL, “*La guarda de hecho*”. Tecnos. Madrid. 1986. pp 18

⁴² Cfr. BOE. Libro I. Título X. Capítulo V. La guarda de hecho recogida en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil, de la Ley 13/1983 de 24 de octubre (legislación actualmente modificada por la reforma del CC en el año 2015).

Dice así el art 220 “*La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento.*”⁴³.

En todos estos artículos, su contenido se centra en la protección y cuidado que efectúan individuos que no son los tutores legales de menores, incapacitados e incapaces no incapacitados.

Esta reforma de 1983, fue bastante relevante en este sector concretamente, gracias a ella nació y se dio nombre a la figura de la guarda de hecho. Sin embargo, la brevedad del articulado que presenta la reforma que se practicó, sigue mostrando una imprecisa actuación de dicha figura en la práctica.

Más adelante, apareció la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Su razón de ser, radica en los Principios rectores de la política social y económica, haciendo mención, la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y en especial, la protección de los menores.⁴⁴

2.3. Reformas de la Ley 26/2015 de 28 de julio y la Ley 15/2015 de 2 de julio, en materia de guarda de hecho.

Finalmente, hay que destacar la reciente y última reforma practicada en el CC en el año 2015. Como consecuencia de la promulgación de la Ley 15/2015, de 2 de julio sobre la Jurisdicción Voluntaria, y la Ley 26/2015 de 28 de julio, sobre la modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

La primera ley, nace con la intención de modificar el sistema de protección a la infancia y adolescencia, dotando de una nueva regulación que profundiza en los aspectos del acogimiento y adopción de menores.

⁴³ Cfr. BOE. Libro I. Título X. Capítulo II. De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados, artículo 220 del Código Civil. Introducido por la Ley 13/1983

⁴⁴ Exposición de Motivos de la LO 1/1996 de 15 de enero. “*Esta preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos Tratados Internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.*”

Por otro lado otra función a resaltar de esta Ley, es la adaptación del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que tuvo como consecuencia el cambio etimológico de las expresiones incapaz e incapacitación, por personas con capacidad modificada judicialmente.

Dentro del Título II, en el Capítulo IV de la Ley 15/2015, recoge el requerimiento y las medidas de control, relativo al proceso de control judicial del guardador de hecho.

*“A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez 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, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos.”*⁴⁵.

La segunda, la Ley 26/2015 de 28 julio, persigue el establecimiento de transformaciones necesarias en la reglamentación española en materia de protección a la infancia y a la adolescencia, posibilitando asegurar esa protección en todo el territorio español, e inclusive influyendo al resto de Comunidades Autónomas para la redacción de su legislación⁴⁶.

La reforma del CC, viene ampliando el art 303 en su apartado primero introduciendo una matización respecto a la figura del guardador de hecho, dándole competencia sobre una serie de funciones que le otorga el órgano judicial; *“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.”*⁴⁷; e introduce un segundo apartado, ampliando su contenido en relación con los presupuestos que se contemplan en posteriores artículos del Código Civil.

⁴⁵ Cfr. BOE. Título II. Capítulo IV. Sección 3ª De la guarda de hecho, art 52 de la Ley 15/2015

⁴⁶ En palabras de PATRICIA LESCANO, se refiere que; *“El art. 148.1.20 CE, posibilita a las Comunidades Autónomas a asumir competencia exclusiva en materia de asistencia social. Asimismo, la cláusula residual del artículo 149.1.3 les ha permitido asumir competencias sobre instituciones públicas de protección y tutela de menores, al disponer que «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos». Establece igualmente la competencia subsidiaria del Estado de aquellas materias no asumidas por los Estatutos de Autonomía «cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas»”.*
Cfr PATRICIA LESCANO FERÍA *“La guarda de hecho”*. Dykinson. Madrid. 2017. pp 158

⁴⁷Cfr. BOE. Libro I. Título X. Capítulo V. La guarda de hecho recogida en el artículo 303 del Código Civil

El 303.2 “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.”⁴⁸.

Pero a pesar de estas dos leyes que suponen un paso evolutivo en temas de protección a la infancia y a la adolescencia, específicamente en la esfera que interesa sobre la guarda, en el mismo año 2015, se promulgó la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Principalmente busca añadir cambios procesales y fundamentales, con carácter imprescindible en el espacio que tiene exclusiva y reservadamente competencia la Ley Orgánica, en la práctica jurídica de protección a la infancia y la adolescencia. En el mismo texto legal se aborda en su Exposición de motivos su principal fin; “*Se busca con ello la mejora de los citados instrumentos de protección, a los efectos de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, que sirva de marco a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección de menores, con independencia de su situación administrativa, en caso de extranjeros. Para ello, mediante dos artículos y tres disposiciones finales, se procede a la modificación de las principales leyes que regulan las instituciones para la protección de los menores.*”⁴⁹.

3. FASES DE LA GUARDA DE HECHO.

Pueden identificarse, dentro de la misma guarda de hecho, dos aspectos en los que se divide. En un lado, aparece la guarda de hecho stricto sensu y por otro, una guarda fáctica con cierta tendencia a la estabilidad. En una primera etapa, la guarda de hecho stricto sensu, esta expuesta a una terminación relativamente temprana, dado que su reglamentación no se encuadra dentro de lo estipulado en el Ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el hecho de que sea de facto, no le impide que no se le reconozca una notoriedad jurídica, sencillamente se localiza ajena a las exigencias legales.⁵⁰

⁴⁸ Cfr. BOE. Libro I. Título X. Capítulo V. La guarda de hecho recogida en el artículo 303 del Código Civil

⁴⁹ Cfr. BOE. Exposición de Motivos de la Ley 08/2015 de 22 de junio

⁵⁰ “*La primera, no tiene aptitud de permanencia, su regulación no es una verdadera ordenación jurídica, si fuera así su nombre quedaría vacante de contenido. Sin embargo, que sea de hecho no quiere decir jurídicamente irrelevante, sino que está al margen de las formalidades legales, sin normas que dirijan su ejercicio, pero que producen ciertas consecuencias jurídicas. El artículo 304 del Código Civil reconoce la validez de los actos del guardador de hecho cuando aquellos en los que se exige poder o mandato*”
Cfr. PATRICIA LESCANO FERIA

Es decir, en la primera fase se da lugar a una situación donde no existe una regulación que establezca como tiene que ejercitarse y solamente provoca resultados a favor de la persona guardada.

Aunque por otra parte, es cierto que si se le comunica al órgano judicial competente, provoca que se asemeje a la tutela y significando ello una guarda de hecho donde se desarrolla un control por parte de la autoridad judicial, como así consta en el primer apartado in fine del art 303 del CC. En esta segunda fase, conocida por el juez y ejecutadas las comprobaciones oportunas, el guardador de hecho puede desarrollar más extensamente, sus facultades y es competente en la ejecución de distintas acciones.

Hay retractores en la doctrina que opinan de forma contraria a lo previamente comentado, ofreciendo una opinión antagonista, argumentando que por el hecho de establecerse unos mecanismos de control y atención, no va a transformar la guarda de hecho a una guarda de derecho. Por ese motivo, el juez tampoco se convierte en el guardador de hecho y altera a la guarda de hecho en el momento que apruebe las medidas de control de la esta.⁵¹

La guarda de hecho no se contraponen ante las responsabilidades y cometidos, que puedan tener el Ministerio Fiscal, en referencia al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar que no lleven a cabo los familiares de la persona a la que se modifica su capacidad de autogobierno, expresado todo ello en el art 757.2 LEC *“El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado.”*⁵²; o bien puede darse la situación del art 753 *“Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.”*⁵³.

⁵¹ Cfr. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA *“Revista del Poder Judicial. N°60”* Madrid. 2008. pp 270

⁵² Cfr. BOE. Libro IV. Título I. Capítulo II De los procesos sobre la capacidad de las personas, art 757.2 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

⁵³ Cfr. BOE. Libro IV. Título I. Capítulo II De los procesos sobre la capacidad de las personas, art 757.3 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Cabe añadir un precepto más para completar con lo dicho hasta ahora, el art 762.1 LEC, consiente al órgano judicial tomar las decisiones, que a su juicio son en beneficio a la persona incapaz no incapacitada, posibilitando la continuación de la guarda de hecho como una de estas decisiones judiciales⁵⁴, “*Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.*”⁵⁵.

Tras la reforma de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, de las muchas derogaciones y modificaciones que efectuó, se encuentra la derogación del art 203 CC. En este precepto se recogía un plazo de quince días que tenía el Ministerio Fiscal, ante el cual se denunciaba los supuestos motivos de incapacidad, seguidamente se encargaría de instar a la autoridad judicial lo que correspondiera.

EUSEBIO APARICIO AUÑÓN a su juicio, entiende el porque de la eliminación del correspondiente plazo de quince días que se previa con anterioridad a la reforma “*Tal supresión no significa desde luego relajación del deber de diligencia del Ministerio Fiscal, que en todos caso responde por negligencia en los términos previstos en su Estatuto Orgánico. Pero la denuncia de que hay alguien que presenta signos externos de demencia o de imposibilidad física o psíquica para desenvolverse por sí misma, no puede disparar la reacción automática del Fiscal pidiendo modificación de la capacidad de obrar. Éste debe comprobar y valorar antes los hechos denunciados, instruyendo unas diligencias informativas.*”⁵⁶.

Un ejemplo patente de las palabras enunciadas por AUÑÓN, se daría en una situaciones en la que, a instancias de un proceso, no se contribuyera a la protección de la persona guardada, debido a que ya se encuentra en una condición suficientemente beneficiosa y cuidada, sin que se pueda advertir una cuestión perjudicial.

⁵⁴ “*La guarda de hecho <<juridificada>> no se opone a la obligación del Ministerio Fiscal de promover el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar cuando no lo hagan los familiares incluidos en el numeral 1 (cfr, art 757.2 de la LEC), ni al deber del juez de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de una persona en la que concurra una posible causa de incapacitación (CFR ART 757.3 LEC). Desde el artículo 762. 1 de esta ley, se permite a la autoridad judicial adoptar las medidas que considere oportunas para salvaguardar el interés del incapaz no incapacitado y, una de ellas puede ser la permanencia de la guarda. Asimismo, este precepto indica que cuando se comunique al Ministerio Fiscal la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, aquél solo debe promover el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, si lo estima procedente.*”

Cfr. PATRICIA LESCANO “*La guarda de hecho*” Dykinson. Madrid: 2017. pp 56

⁵⁵ Cfr. BOE. Libro IV. Título I. Capítulo II. De los procesos sobre la capacidad de las personas, art 762.1 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

⁵⁶ Cfr EUSEBIO APARICIO AUÑÓN “*Comentarios a la nueva ley de Enjuiciamiento Civil*”, de ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE. Lex Nova. Valladolid: 2000. pp 3986

En la práctica, se corrobora con la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de modificación de la Ley del Registro Civil y de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad⁵⁷.

Los cambios acontecidos por esta nueva Ley evidencian un progreso necesario desde un tiempo atrás, en concreto en materia de protección de personas discapacitadas e incapacitadas. Entre sus mejoras se encuentra: la unión, dentro del Registro Civil Central, de la totalidad de los datos e informaciones en referencia a eventualidades de incapacitación, con su consiguiente publicidad, para posibilitar a los órganos de tener un conocimiento de los mismos y su consecuente administración, además del avance en la intensificación de los cometidos del Ministerio Fiscal.

4. SUJETOS INTERVINIENTES EN LA GUARDA DE HECHO. DERECHOS Y DEBERES.

A. La figura del guardado.

Como ya se presentó en la introducción expuesta al comienzo de este trabajo, la guarda de hecho va dirigida a la protección y cuidado de menores, personas susceptibles de incapacitación y personas incapacitadas, que normalmente suelen compartir la característica de vulnerabilidad.

Anterior a la reforma ocasionada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre en el CC, existió el art 307 que entendía “*Quien careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la ley impone a los tutores.*”⁵⁸.

Aunque para determinar quién es el guardado habrá que atender a cada supuesto concreto que incorpora la guarda de hecho.

⁵⁷ Cfr. BOE. Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administraciones de patrimonios protegido, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

⁵⁸ Art 307, actualmente derogado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. Cfr. ROGEL VIDE “*La guarda de hecho*”, Tecnos. Madrid. 1986. pp 67

Volviendo a la situación previa al año 1983, DÍEZ-PICAZO bajo la dirección en el “Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela” concretamente en el Capítulo VI y último del Título X, relativo a las instituciones tutelares, se ocupaba de la guarda de hecho, estableciéndose cuatro supuestos concretos “1. Cuando alguien, careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera, respecto de ellas, alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares, o se hubiese encargado de su custodia y protección, o de la administración de su patrimonio y gestión de intereses. 2. Cuando estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por causa de inhabilidad legal. 3. Cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales. 4. Cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él.”⁵⁹.

Años posteriores a la reforma del CC de 1983, han variado los supuestos de la guarda de hecho, sin dejar claro cuales podrían ser estos haciendo que la doctrina se encuentre dividida en diversas opiniones y oposiciones.

Una parte de la doctrina con una actitud abierta, defienden que la guarda de hecho abarca la totalidad de realidades de guarda con una naturaleza permanente y prolongada, y con la matización de que no se instaura como otra institución tutelar, ya sea tutela, curatela o patria potestad. Son numerosos los casos en los que se tolera, como por ejemplo, el guardador que se hace responsable sin existir por ello un nombramiento o incluso el tutor que imagina serlo, es incompetente o no posee en su persona las formalidades legales que se necesitan. La principal finalidad, es la protección de la persona vulnerable.

Diferente al anterior grupo, es la parte de la doctrina que se puede caracterizar por una postura restringida. En esta parte doctrinal, solo aceptan la guarda de hecho que va dirigida a las personas incapaces y a su vez incapacitadas, esta postura se indica en la referencia que hace el art 228 que a su vez aparece en el art 303 CC⁶⁰. Según el art 228 CC “Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.”⁶¹.

⁵⁹ “Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela”. Estudio llevado a cabo por profesores BERCOVITZ, JORGE CAFFARENA, CABANILLAS Y ROGEL bajo la dirección de DÍEZ-PICAZO. Cfr. ROGEL VIDE “La guarda de hecho”, Tecnos. Madrid: 1986. pp 18

⁶⁰ Cfr. PATRICIA LESCANO FERIA, “La guarda de hecho”, Dykinson. Madrid: 2017. pp 49

⁶¹ Cfr. BOE. Libro I. Título X. Capítulo II. De la tutela, recogida en el artículo 228 del Código Civil

Igualmente el art 303 hace referencia a este tipo de personas que se encuentran bajo esa circunstancia “*A la persona que pudiera precisar de una institución de protección apoyo.*”⁶²

Finalmente, se encuentra la última sección de la doctrina que admiten casos puntuales, diferenciando cuando sea un caso de tutela de hecho o se trate de una guarda de hecho.

En lo referente a la guarda de hecho solo conciben al guardador de hecho como un individuo que carece de un título tutelar para encargarse de funciones de protección y cuidado, sin embargo para la tutela de hecho, la entienden en casos donde halla ausencia de algún requisito legal o reconocerla como una tutela legítima sin llegar a serlo.

En respuesta de CRISTÓBAL RUÍZ FÁBREGA “*Creo que en el ejercicio de la guarda de hecho, sino un auxilio en el ejercicio del cargo tutelar, el tutor puede contar con la ayuda de alguna persona, sin embargo, este apoyo no debe ser de tal grado que desvirtúe la institución, porque el cargo tutelar es personalísimo y su titulación no puede ser delegada.*”⁶³.

Además, el art 303 del Código Civil empieza hablando genéricamente de la figura “*Cuando la autoridad tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho*”. En consecuencia, parece aludir a que en cualquier situación, cuando exista este tipo de guarda, el juez podrá requerir para que se informe sobre el estado del guardado. Solo en la segunda parte de la norma se utilizaba la palabra presunto, que viene a reducir el texto más amplio con que se inició la redacción del precepto; sin ánimo de excluir a los incapacitados.”⁶⁴.

Continuando con la cuestión, el proceso de modificación de la capacidad de autogobierno, que persigue el establecimiento de una institución que ampare y ayude al incapacitado. Si bien, en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, precisamente en su art 52 reconoce que “*A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez 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, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos.*”⁶⁵.

⁶² Cfr. BOE. Libro I. Título X. Capítulo V. De la guarda de hecho, recogida en el artículo 303 del Código Civil

⁶³ Cfr. CRISTÓBAL RUÍZ FÁBREGA “*Aproximación a la guarda de hecho como mecanismo de cierre del sistema de protección de las personas con discapacidad*” >> Jornadas sobre protección jurídica en la incapacidad los días 26 y 27 de abril en la ciudad de Logroño. pp 198

⁶⁴ Cfr. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”, Dykinson. Madrid: 2017. pp 51

⁶⁵ Cfr. BOE. Título II. Capítulo IV de la tutela, curatela y la guarda de hecho, recogida en el artículo 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria

Por consecuencia, en relación a los supuestos de la guarda de hecho, se debe atender a cada caso concreto para estimar cuál de ellos puede ser guarda de hecho y cuales no.

A las personas que se les modifica judicialmente su capacidad e obrar y esperan a que se les nombre un tutor. En ese lapso de tiempo, el juez puede mantener la guarda de hecho hasta encontrar otra medida más duradera.

En los casos en que halla delegación de funciones por parte del tutor y un tercero, sin nombramiento judicial o administrativo, y las lleve a cabo. Un tutor voluntariamente no puede transferir su ejercicio, por el hecho de que su cargo es intransmisible, y si lo hiciera sería ilegal. En esos casos, la autoridad judicial tendría que destituir al tutor, como así contemplan los arts 247 y 248 CC.⁶⁶

B. La figura del guardador de hecho.

Representa junto al guardado, el núcleo esencial de la guarda de hecho. Su primera referencia se hace expresa en el art 303 CC. Sin embargo, queda constancia de la practica inexistencia de una definición sobre esta figura en el Código Civil, no especificando si ha de ser persona física o persona jurídica la que se ha de hacer cargo de la guarda, ni tampoco se concretan el número de guardadores al igual que sus funciones, los únicos atisbos a mayores que ofrece el articulado del Código, son el art 304 en lo referente a la impugnabilidad de sus actos y que en el art 306 se dispone la aplicación del art 220, concerniente a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos en la función ejercida por el guardador de hecho.

b.1. Deberes y actos realizados por el guardador de hecho.

La ocupación principal en la que se centra el guardador de hecho, son el deber de información y el de ejecutar y respetar las medidas de control y vigilancia de la persona a su cargo.

Ambos deberes, a pesar de no ofrecer el propio Código Civil ningún tipo de referencia en el capítulo dedicado a la Guarda de hecho, existe sin embargo, en el Capítulo de la Tutela, un precepto que recoge en líneas similares dichas funciones, se trata del art 233 CC “*El juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela, o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado.*”

⁶⁶ Cfr. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”, Dykinson. Madrid: 2017. pp 52

Asimismo podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración.”⁶⁷.

De este artículo se viene a explicar básicamente, que la información que otorgará sea referente al tema personal o patrimonial del guardado, pudiendo recabar información de diversa naturaleza, facilitando una visión íntegra al Juez.

Dicha información y más en concreto el deber de recabarla, aparece recogido en la Ley 1/2009 de 25 marzo, en su Disposición adicional única, que lleva por título; Legitimación del Ministerio Fiscal y de los tutores o guardadores de hecho para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho. En su apartado tercero se contempla lo siguiente *“La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones.”⁶⁸.*

La Circular 8/2011, de 16 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, ofrece un tratamiento a la persona del guardador de hecho, *“La guarda de hecho es una institución que es contemplada por el ordenamiento jurídico partiendo de su provisionalidad y transitoriedad, pero sin desconocer su valor intrínseco como mecanismo de protección de los menores, lo que ha llevado incluso a que el Tribunal Constitucional reconozca la legitimación de los guardadores de hecho para recurrir en amparo una resolución judicial que consideren lesiva de los derechos fundamentales de la menor que tienen a su cargo (STC nº 221/2002, de 25 de noviembre)”⁶⁹.*

En lo que respecta a las funciones de control y vigilancia, intentan evitar el riesgo, y demostrar que en ocasiones, la guarda de hecho constituye un ámbito idóneo tanto moral como material para el guardado.

⁶⁷ Cfr. BOE. Libro I. Título X. Capítulo II. De la tutela, recogida en el artículo 233 del Código Civil

⁶⁸ Cfr. BOE. Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

⁶⁹ Cfr. BOE Circular 8/2011, de 16 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores

En una Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de octubre de 2014, se hace constar en el epígrafe décimo que *“Ha de ponderarse en esta materia las singularidades de cada caso, pues la situación de desamparo es casuística y, de ahí que para legalizar la situación del menor sometido a guarda de hecho debe acudir a plurales soluciones jurídicas en atención a las circunstancias concurrentes, para que la respuesta sea la más adecuada al interés del menor. Será necesario un análisis objetivo de la situación en cada caso concreto, ya que todos los supuestos de guarda de hecho no merecen la misma interpretación e idéntica intervención administrativa”*⁷⁰.

En atención a los actos, el art 304 destaca una presunción simple. Se presumirá que los actos realizados por el guardador se han llevado a cabo siempre en interés y beneficio del protegido, pero cambiando la posibilidad de impugnados o anulados por quién entienda que no existe ese beneficio.⁷¹

La finalidad última que pretende el precepto, es conceder validez a la totalidad de los actos que llevan a cabo los guardadores de hecho, con el propósito de favorecer a sus guardados. Algunos ejemplos prácticos que pueden observarse en la vida cotidiana, son algunos como que el guardador se preocupe de la asistencia medica, la formación educativa o atienda la manutención alimentaria.

Dentro del tema patrimonial, se deberá encargar de actos que puedan ejecutarse sin previa autorización escrita de la autoridad superior, es decir, con límites.

En la práctica, no se le plantean por regla general problemas al guardador, aunque estos sí pueden llegar a manifestarse en actos que se revisten de una relevancia destacable, ejemplo de ello, son la disposición de la cuenta bancaria perteneciente a un anciano que se encuentra enfermo, o efectuar la matriculación de una persona con discapacidad en un curso educativo, interposición de una demanda, renunciar a una herencia, entre otras varias actuaciones.⁷²

Sí se atiende a lo estipulado en el precepto 304 CC, parece entenderse, que ninguno de estos actos pueda suponer una situación problemática para realizarlos por parte del guardador de hecho. El foco del dilema reside en la justificación y comprobación de la situación de guarda de hecho, sumado a ello, que la realización del acto este encaminado a favorecer a la persona que se halla como guardado.

⁷⁰ STS 4243/2014 de 27 de octubre de 2014

⁷¹ Cfr. FERNANDO SANTOS URBANEJA estudio sobre *“La Guarda de Hecho: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad”*.2004. pp 5

⁷² Cfr FERNANDO SANTOS URBANEJA estudio sobre *“La Guarda de Hecho”*. pp 5; https://www.faisem.es/wp-content/uploads/2013/11/50_LA_GUARDA_DE_HECHO.pdf

Uno de los modos más propicios de la demostración de ser guardador de hecho, sería por medio de la interposición de una demanda de incapacitación, resultando consecuentemente una sentencia que declare la incapacidad de la persona guardada y finalmente quede determinada la situación de guarda de hecho.

FERNANDO SANTOS URBANEJA, critica esta última modalidad al entender que *“Esta es la solución a la que generalmente se acude pero considero que la mayor parte de las veces es una solución inadecuada, excesiva e innecesaria. Es inadecuada, porque la declaración de incapacidad y la autorización correspondiente se obtendrá generalmente no antes de un año, mientras que lo que se necesita quizá no pueda esperar tanto. Es excesiva e innecesaria porque no debe acudir a un remedio extremo cuando se puede obtener la protección por medios más livianos”*⁷³.

Una vez que existe un auto autorizado por el juez competente, en donde se declara una realidad de guarda de hecho y por ende se capacita al guardador en las tareas que le competen, por apreciarse que su ejercicio siempre resultará en beneficio del guardado.

b.2. Acreditación de la guarda de hecho.

La acreditación se compone de dos requisitos:

- La condición de guardador de hecho: Cuando existe un vínculo familiar, entre la persona que ejerce la guarda y el que la recibe, resultar ser más sencilla esta condición. *“Cuanto más cercano es el parentesco, más fácil resulta el reconocimiento”*⁷⁴. Una prueba de demostrar ese vínculo familiar y su consiguiente acreditación, será mostrando el Libro de familia.

La convivencia con la persona guardada tiene una gran trascendencia. Gracias a esa convivencia, será taxativa la concesión de la condición de la guarda de hecho.

En los casos en que no haya ninguna relación familiar, que le atañe al guardador con su guardado, complicará esa acreditación, debido a que no existe ninguna justificación en el Registro Civil para manifestar esa relación. Solo se podrá manifestar con documento acreditativo observándose la posición de ser guardador de hecho.

⁷³ https://drive.google.com/file/d/0Bx4G_XI7EcKqY1dCYVBWEWEJQZ1E/view

⁷⁴ Cfr FERNANDO SANTOS URBANEJA estudio sobre *“La Guarda de hecho: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad”*. 2017. pp 30
https://drive.google.com/file/d/0Bx4G_XI7EcKqY1dCYVBWEWEJQZ1E/view

- La condición de presunto incapaz del guardado: En este requisito, se hace necesario la presentación de documentos sanitarios, que constaten la existencia de enfermedades o trastornos psíquicos y como afectan por ello a la capacidad de obrar, viéndose disminuida e inhabilitada por tales padecimientos.

b.3. Derechos: La cuestión de la retribución.

Como se ha expuesto en líneas superiores, la institución de la guarda de hecho, es por lo general voluntaria y de carácter desinteresado, aunque en algunas ocasiones se confía en que de algún modo sean retribuidos esos servicios. En este caso, la regulación en el CC sigue siendo nula, pero si aparece regulado este derecho para la institución de la tutela.

El art 274 CC manifiesta *“El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes.”*⁷⁵.

No siempre fue así, con anterioridad a la reforma efectuada en el Código por la Ley 13/83, el profesor Díez-Pícazo en el Estudio que dirigió, se preveía consecutivamente en el art 313 *“El guardador tendrá derecho al reembolso de los gastos que hubiera realizado y a una adecuada retribución por la gestión que hubiese desarrollado, en el caso de que ésta le hubiera sido útil al pupilo.”*⁷⁶.

Existen varias posturas contrapuestas en la doctrina sobre este derecho a la retribución del guardador de hecho. Algunos piensan que el legislador atendiendo a las intenciones del guardador de hecho, sobre el beneficio hacia la persona guardada, se tiene que aplicar el art 220 para el resarcimiento de los daños y perjuicios; sin embargo no se concede la retribución por entenderse como un premio a un ejercicio ilegal.⁷⁷

⁷⁵ Cfr. BOE. Libro I. Título X. Capítulo II. De la tutela, recogida en el artículo 274 del Código Civil

⁷⁶ Cfr CARLOS ROGEL VIDEL, *“La guarda de hecho”*. Tecnos. Madrid. 1986. pp 143

⁷⁷ Cfr CARLOS ROGEL VIDEL, *“La guarda de hecho”*. Tecnos. Madrid. 1986. pp 143

Hay otros que afirman que la remisión del art 306 no es posible, y ninguna retribución de cualquier clase no podrá hacerse valer por no estar amparada bajo el precepto enunciado. Pero dejan una opción libre a que pueda ser retribuido el guardador de hecho por otras vías externas a las del art 3906 CC.⁷⁸

Como se puede observar, en esta idea, se mantiene una dubitativa afirmación. En un primer momento se niega el derecho al realizar la remisión del art 306, pero posteriormente se ofrece una segunda opinión que se extrae tras alejarse de la esfera del art 306. La retribución parece ser posible en los casos en los que la función del guardador hubiera sido un ejercicio eficiente y favorable para el menor o incapaz. Y por tanto, si la figura del guardador se la equipara a la de un tutor o guardador legal, tendrá que atribuírsele los mismos derechos y deberes.⁷⁹

La discusión finaliza con los argumentos que aportan otro parte de la doctrina. Afirman que tanto la retribución del tutor como la del guardador de hecho se admite, perdiendo importancia si el guardador no tiene el patrimonio necesario para ocuparse de la misma, sabiendo que el Estado no cubre esa insuficiencia.⁸⁰

En cambio la guarda de hecho que se realice alejada de las formalidades legales, no se tendrá ese derecho a retribución, porque se contrapone a la razón de ser es el buen ejercicio y labor de la guarda.⁸¹

Recientemente el nuevo Proyecto de Ley 121/000027 de 17 de julio de 2020, en su art 266 sí se contempla la idea de que el guardador de hecho tenga el derecho de ser retribuido, “*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*”⁸².

⁷⁸ Cfr CARLOS ROGEL VIDEL, “*La guarda de hecho*”. Tecnos. Madrid. 1986. pp 143

⁷⁹ Cfr CARLOS ROGEL VIDEL, “*La guarda de hecho*”. Tecnos. Madrid. 1986. pp 144

⁸⁰ Cfr CARLOS ROGEL VIDEL, “*La guarda de hecho*”. Tecnos. Madrid. 1986. pp 145

⁸¹ Cfr. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”. Dykinson. Madrid. 2017. pp 68

⁸² Cfr. BOE Proyecto de Ley 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, de 17 de julio de 2020, en su artículo 266

b.4. Responsabilidades civiles del guardador de hecho.

En este apartado, caracterizado igualmente como los anteriores, no se encuentran reguladas las responsabilidades civiles del guardador ante los daños y perjuicios que pueda ocasionar al guardado durante su ejercicio. A pesar de esta contingencia, para encontrar alguna solución, se debe contemplar dentro de la larga lista de preceptos del CC, aquellos que aborden una institución tutelar.

1º) Responsabilidad de daños causados por el guardador.

En circunstancias en las que un guardador provoque daños o perjuicios a su guardado, y optando por la solución de ser remitido hacia otros preceptos, como el art 1902 “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado.*”⁸³.

Siguiendo con la lectura del Código, el art 1903 especifica contra quien va dirigido la obligación de resarcir los daños causados “*La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder...; Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.*”⁸⁴.

Como se puede extraer de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1998, los centros médicos y hospitalarios, en el momento de recibir a un paciente que presente una afección concreta y que además posea un riesgo por ello o existiendo antecedentes, y los empleados del centro actúen sin tomar las medidas de actuación correctas para evitar el estado de riesgo, causado por la patología, tendrán responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al paciente, fundándose en la culpa in vigilando (culpando al empleado de ser responsable de los actos ocasionados en su deber de vigilancia) o la culpa in eligiendo (culpando al empleado de ser responsable de los actos ocasionados en la esfera de su actividad laboral)⁸⁵.

⁸³ Cfr. BOE. Libro III. Título XVI. Capítulo II. De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, recogido en el artículo 1902 del Código Civil

⁸⁴ Cfr. BOE. Libro III. Título XVI. Capítulo II. De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, recogido en el artículo 1903 del Código Civil

⁸⁵ “Si bien comparto la postura de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, creo conveniente la necesidad de demostrar el daño causado, el nexo causal con el comportamiento del centro y la existencia de la culpa in vigilando (si la vigilancia era adecuada, según las circunstancias y estado del enfermo, no habrá responsabilidad”. Cfr. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”, Dykinson. Madrid: 2017. pp 321

2º) Responsabilidad de daños causados a terceros.

Durante la labor que realiza el guardador de hecho, es posible que puedan surgir momentos en donde este último, ocasione daños tanto a personas como a cosas. Y de ello cabe plantearse, ¿Cómo puede la persona o personas perjudicadas reclamar que se les repare del daño causado?.

En base a lo argumentado por el art 1902 CC, se extrae que a consecuencia de causar un daño o perjuicio, ya sea por una acción u omisión, el que causa el daño tiene el deber de repararlo y por consiguiente el causante del perjuicio es quien debe indemnizarlo. Sin embargo, ante esta regla general, se encuentra una excepción, cuando el causante del daño no coincide con el que está obligado a resarcirlo.

El art 1903 CC, aporta el dato subjetivo sobre quienes son los que deben hacer frente a la compensación ante el daño causado “*Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda; Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que estan bajo su autoridad y habitan en su compañía; Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones; Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.*”⁸⁶.

Todas las personas enunciadas, y que se encuentren declaradas como responsables, deberán probar y demostrar que tuvieron la suficiente diligencia de un buen padre de familia, como se demuestra en el ultimo párrafo del art 1903 “*La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que empezaron toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.*”⁸⁷.

Una parte de la doctrina, opina al respecto sobre las suposiciones de existir culpa o negligencia, que aparecen en las últimas palabras del art 1903, en el que el Código Civil establece un sistema de responsabilidad subjetiva o culposa. Según la opinión de estos autores, el hecho de que exista una probabilidad de exoneración, hace efectiva la demostración del grado de subjetividad que tiene esta responsabilidad.

⁸⁶ Cfr. BOE. Libro III. Título XVI. Capítulo II. De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, recogido en el artículo 1903 del Código Civil

⁸⁷ Cfr. BOE. Libro III. Título XVI. Capítulo II. De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, recogido en el artículo 1903 del Código Civil

La responsabilidad por hecho ajeno significaría, que aun inexistiendo un fundamento de culpabilidad, que aun no encontrándose directamente en el causante del perjuicio, si se encuentra en el deber de vigilancia, educación y cuidado, que sostiene la persona encargada de tal fin sobre la persona a la que guarda⁸⁸.

Otra parte de la doctrina infiere, que la culpa no es un elemento de detrimento y por ende no puede ser causa de responsabilidad por hecho ajeno, comprendiendo que la culpa es algo habitual, como puramente imaginaria.

Entonces, para estos autores de la doctrina, si el fundamento fuera la culpa, todas las personas que incurrir en una responsabilidad civil por daños y perjuicios, en el momento de que se demostrara que han obrado con la diligencia de un buen padre de familia, quedarían exoneradas de responsabilidad, pero, quedando justificada la culpa. Los Tribunales descartan la misma para declarar la responsabilidad, concluyendo que la presunción de culpa se convierte, por tanto en una mera apariencia.⁸⁹

3º) Responsabilidad por el guardador de hecho referente al art 1903 CC.

Analizando de forma minuciosa el art 1903 del Código, puede observarse que el guardador de hecho no se halla entre ninguna de las personas que enumera. Acarreando una importante indecisión sobre si debe o no aplicar dicho artículo a la figura del guardador, cuando su guardado ocasione daños y perjuicios.

Existe un debate jurisprudencial dividido en sendas opiniones. Por un lado, aparecen aquellos que defienden su postura sobre que el art 1903, no debería ser el precepto propicio para reclamar la responsabilidad del guardador, y en consecuencia, reflejan su inclinación por otras vías, como la que aporta el art 1902 CC.

Si bien algunos acreditan que el guardador de una persona diferente a las que se mencionan en el art 1903, puede incurrir en responsabilidad, cuando el daño se deba a una falta grave de diligencia que debió evitar mientras se producía la custodia. La responsabilidad recaería sobre el guardador por propia culpa frente al tercero acorde al art 1902 CC.⁹⁰

⁸⁸ Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”. Dykinson. Madrid. 2017. pp 331

⁸⁹ Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”. Dykinson. Madrid. 2017. pp 331

⁹⁰ Cfr. JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO “*Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*”. Dykinson. Madrid. 2013. pp 564

No obstante otros justifican que la relación de dependencia que existe entre el guardador y el guardado de hecho, no es equiparable a la que se da en supuestos de patria potestad o tutela. La responsabilidad modularía por razones de igualdad, la responsabilidad de padres y tutores del art 1903 CC, aunque es cierto que esta puede ser atribuida a los mismos por culpa in vigilando⁹¹.

De forma antagónica, algunos entienden que la definición de tutor comprendida artículo 1903 CC, es en verdad un concepto donde pueden incluirse todas las figuras tuitivas de protección que constituyen relaciones de vigilancia y control entre aquellos sujetos y sus protectores.⁹² Estos otros autores de la doctrina, aceptan el art 1903, porque realizan un estudio interpretativo extendido del mismo, en el párrafo donde se concentran las responsabilidades del tutor por los actos llevados a cabo por los menores de edad, encuentran en el la palabra tutor, una definición con la que se pueden abarcar numerosas instituciones tutelares, como en este caso la guarda de hecho.

La finalidad que se pretende, es observar hasta que punto es capaz de presentarse la norma. En un caso en el cual, un guardador de hecho no se pronuncie sobre la guarda de hecho que ejerce ante el Ministerio Fiscal, tendrá que asumir esa responsabilidad y relativos resultados, aprobándose la exoneración de su responsabilidad en los supuestos de diligencia en la guarda⁹³.

En la realidad judicial, el tema está bastante limitado por los escasos fallos judiciales que se encuentran, uno de ellos por ejemplo es la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 10 de septiembre de 2001, donde se refiere *“En el art 1903.3 CC se pueden entender incluidos supuestos distintos a los que el precepto contempla y si bien es cierto que en este caso el Sr. M. no estaba sujeto a la tutela de su esposa no lo es menos que esta actuaba como guardadora de hecho sin que promoviera, como lo exige el art 202 del CC, la incapacitación del mismo por lo que adoptaba una posición de vigilancia respecto del comportamiento de su esposo que debe llevarnos a atribuirle responsabilidad por estos hechos*

⁹¹ Cfr. *“La Guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad”* Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2006. pp 68

⁹² Cfr. JOSE MANUEL RUIZ-RICO RUIZ *“La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores”*. Actualidad Civil. N°2. 1988. pp 63

⁹³ *“Esta postura ha sido fuertemente criticada, porque hace decir a la norma lo que que expresamente no dice, creyendo que esa fue voluntad del legislador. Asimismo, la falta de previsión de una norma de responsabilidad para el guardador de hecho conduce a un supuesto de laguna legal, donde más que interpretar el artículo 1903 del Código Civil (desentrañar el sentido que encierra), se debe someter a una integración jurídica.”* Cfr PATRICIA LESCANO, *“La guarda de hecho”*. Dykinson. Madrid. 2017. pp 353

(por su propia conducta) tanto por la vía del art 1903 como, incluso, por la omisión de sus deberes en relación con el posible incapaz; por la vía del art 1902 al haber dejado a una persona con sus facultades mentales afectadas viviendo sola en una casa de su propiedad y con una cocina de gas en perfecto estado de funcionamiento, como ha resultado acreditado en esta causa”⁹⁴.

4º) Responsabilidad de padres y tutores en la guarda de hecho.

Como fundamentación en el art 1903 CC, es preceptivo que se examinen los requisitos que se hallan en el mismo, el presupuesto de que los progenitores tengan a sus hijos bajo su guarda y el tutor deba tener a su tutelado bajo su autoridad y habitar en su compañía.

Con respecto al presupuesto de los progenitores, en el precepto se especifica claramente “*Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren **bajo su guarda***” Con anterioridad a la ley 11/1981 de 13 de mayo, por la que se modificó la redacción del art 1903 que es objeto de estudio en este apartado, se determinaba como factor añadido que los menores vivieran en su compañía “*El padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía.*”⁹⁵.

Existen numerosas opiniones al respecto. Algunos autores critican la redacción que ofrece la Ley de 1981. Ellos entienden que los padres que responden de las actuaciones de sus hijos menores de edad con los que conviven y los tutores que responden de los menores e incapacitados, no parece quedar claro que la redacción exprese claramente estas ideas, al no expresar la minoría de edad ni el matiz de la convivencia.⁹⁶

Otros autores a diferencia de los anteriores, conciben que no es necesario el elemento de convivencia para que exista la guarda de hecho, pudiéndose dar lugar a una situación en la que haya convivencia con menores y ello supondría un cumplimiento más sencillo de la guarda de hecho, pero también que no exista ese elemento de convivencia para darse la guarda. Concibiendo que el hecho de que los padres no convivan con el menor no les exime de su responsabilidad.⁹⁷

⁹⁴ Cfr. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”. Dykinson. Madrid. 2017. pp 355

⁹⁵ Cfr. BOE. Libro III. Título XVI. Capítulo II. De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, artículo 1903 del Código Civil de 1889

⁹⁶ Cfr. SILVIA DIAZ ALABART, Estudios monográficos “*La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela*”. pp 820

⁹⁷ Cfr. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”. Dykinson. Madrid. 2017. pp 357

También aparecen opiniones con respecto a demostrar otro tipo de explicación sobre este requisito, siendo la patria potestad la base de su esencia, como ocurre en casos de crisis matrimonial o parejas de hecho, en las que por resolución judicial se otorgue la custodia del menor a uno de los padres, el progenitor asignado por ella, lo mantendrá bajo su guarda, aunque el otro progenitor siga poseyendo la patria potestad.⁹⁸

Un último argumento a tratar, completando con el párrafo anterior, podría ser en las circunstancias de un progenitor no guardador, es decir, donde exista un deber intermedio entre el cuidado de los hijos y el deber de convivencia, por tanto, no goza de la custodia y guarda plena de sus hijos. Cuando en una situación así, el menor provoque un daño y simultáneamente exista un ejercicio del derecho de visitas, comunicación o estancia del progenitor conviviente no habitual, es necesario pensar, que este último es quien se encargará de la guarda de sus hijos.⁹⁹ De esta conclusión se extrae, que la responsabilidad recae sobre el progenitor, en el ejercicio de su derecho de visitas, porque posee la guarda del menor y será responsable en el momento que se cometa el acto dañoso aun no siendo el titular de la guarda.¹⁰⁰

La responsabilidad de los tutores aparece en el párrafo tercero del art 1903 CC “*Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que **están bajo su autoridad y habitan en su compañía***”. El presupuesto que se desprende, a diferencia del anterior, es que el tutelado conviva con su tutor para que pueda exigírsele responsabilidad, por el contrario, sino existiera dicha convivencia quedará exonerado de cualquier responsabilidad por los perjuicios que el tutelado ocasione.

Dirigiéndose al Capítulo del Código Civil, dedicado a la Tutela, no parece reflejarse escrito nada de lo previamente comentado, específicamente en el art 269 CC que hace referencia a las obligaciones que tiene el tutor con su tutelado.¹⁰¹

⁹⁸ Cfr. PANTEÓN PRIETO “Artículos 1903 y 1904” “Comentarios al Código Civil” BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO (Coord.). Aranzadi. Pamplona. 2006. pp 2183 - 2184

⁹⁹ Vid. FERNANDO PEÑA LOPEZ “Artículos 1902 a 1910. Comentarios al Código Civil” BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO (Coord.). Aranzadi. Pamplona. 2006. pp 2183 - 2184

¹⁰⁰ Vid. ESTHER GÓMEZ CALLE “La responsabilidad civil de los padres”. Editorial Montecorvo. 1992. pp 309

¹⁰¹ Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, “La guarda de hecho”. Dykinson. Madrid. 2017. pp 359

En las ocasiones donde exista pluralidad de tutores, todos deberán responder sin existir diferencia entre ellos, por los perjuicios causados por la persona que se encuentra bajo el régimen tutelar, a excepción de que exista un reparto de funciones entre los tutores permitiendo individualizar su ejercicio tutelar.¹⁰²

b.5. Responsabilidad penal del guardador de hecho.

La jurisdicción española, también abarca situaciones de responsabilidad civil dentro de la institución de la guarda de hecho, como son el Código Penal o la Ley Orgánica 5/2000.

En ellas los supuestos reflejados atañan las responsabilidades tanto de padres, tutores o incluso de los dueño de establecimientos o empresas, aunque hay que hacer especial hincapié en la responsabilidad de los guardadores legales o de hecho.

En el contexto histórico español de 1977, la guarda de hecho no se visualizaba en la reglamentación tutelar del Código Civil, únicamente una mínima referencia en su art 173 “*La persona que estuviera ejerciendo la guarda del adoptando*”¹⁰³, sin indicar sobre que se debía de entender por esta guarda o sus características. Pero por contra, el Código Penal si que atribuye una definición concreta de la guarda o figuras similares a la misma.¹⁰⁴

La legislación recogida por el Código Penal difiere mucho de la que estipula el Código Civil, en atención a los supuestos de guarda de hecho. El motivo más claro en sus diferencias, se puede deber al resultado histórico de su creación en distintos momentos temporales. El Código Penal se promulgo en el año 1822, mientras que para el Código Civil al existir complicaciones en el transcurso de su redacción, se tardaría en promulgar hasta 1889.

Esa diferencia temporal, causó que el legislador tuviera la idea de regular la responsabilidad civil que surgía a consecuencia de un delito o falta, mientras se esperaba a que el Código Civil fuera decretado, hecho que no ocurrió y llevo a la inconsecuencia que actualmente perdura hoy en día.¹⁰⁵

¹⁰² Vid. SILVIA DIAZ ALABART, Estudios monográficos “*La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela*”. pp 828

¹⁰³ Cfr CARLOS ROGEL VIDEL, “*La guarda de hecho*”, Tecnos. Madrid. 1986. pp 14

¹⁰⁴ Cfr CARLOS ROGEL VIDEL, “*La guarda de hecho*”, Tecnos. Madrid. 1986. pp 14

¹⁰⁵ Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”. Dykinson. Madrid. 2017. pp 369

El hecho de que exista una regulación en ambos lados, crea una importante situación de incertidumbre jurídica que supone sus consecuencias. YAÑEZ VIVERO mantiene que *“Realizar una labor integradora entre las normas civiles y penales, para evitar que tal dualidad desemboque, en la práctica, en situaciones diferentes ante pretensiones idénticas”*¹⁰⁶.

Continuando con los preceptos de la legislación penal, se debe observar los presupuestos existentes para determinar la responsabilidad civil del guardador de hecho.

El art 118.1.1º CP conviene que *“En los casos de los números 1º y 3º (de alteración o anomalía psíquica) son también responsables por los hechos que ejecuten los decorados exentos de responsabilidad penal quien no tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya meditado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables. Los jueces o Tribunales guardarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos”*¹⁰⁷.

Unido a él se encuentra el art 120.1º CP *“Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 1º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia”*.¹⁰⁸

Por un parte, este artículo muestra diferencias notables con respecto a los artículos del Código Civil, donde en este último, la responsabilidad de padres y tutores es directa, esto es así, porque la víctima tiene posibilidad de interponer una demanda contra el responsable civil, siendo innecesario demandar al causante material del daño.

Por otra parte, en el ámbito del Código Penal, el art 118.1º la responsabilidad se percibe que es directa y en el art 120.1 la responsabilidad es subsidiaria. Un hecho práctico que demuestra la responsabilidad directa del art 118, es una sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 14 de diciembre de 1998.

Los hechos relatan, que en la ciudad de Santander, un hombre fue detenido por la policía, por localizársele rompiendo las barandillas de una vaya que delimitaba la cale con la acera y el autor de los hechos las guardaba en un cajón.

¹⁰⁶ Cfr. MARÍA FATIMA YAÑEZ VIVERO *“Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penadés”* Tirant lo Blanch. 2011. pp 2947

¹⁰⁷ Cfr. BOE. Libro I. Título V. Capítulo II. De las personas civilmente responsables, art 118.1 del Código Penal

¹⁰⁸ Cfr. BOE. Libro I. Título V. Capítulo II. De las personas civilmente responsables, art 120.1 del Código Penal

De todos los hechos probados, se debe destacar que “*consta informe facultativo del médico forense con el diagnóstico de esquizofrenia residual con efectos de disminución notable de sus facultades mentales sobre re todo conciencia y voluntad, bases psicopatológicas de la imputabilidad*”.¹⁰⁹

Incluso teniendo el carácter de inimputable por la eximente de anomalía psíquica, la Audiencia Provincial determina que su responsabilidad es directa (como se desprende del art 118.1º), al igual que las personas que tengan al enajenado bajo su guarda y custodia, tendrán una responsabilidad directa siempre y cuando se de el requisito de la culpa.¹¹⁰

Otra diferencia predominante, son los sujetos entre ambos ordenes legales, mientras que en el orden penal, el art 118.1 CP y art 61.3 LO 5/2000, manifiestan claramente al guardador de hecho como responsable, en el orden civil, el art 1903 CC se mantiene ausente de esa catalogación. Proporcionando que el guardador de hecho sea responsable en el orden penal y sea eximido en el civil de las acciones dañosas del guardado.

Además, en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su art 61.3, matiza por orden de preferencia quien es el responsable de los actos cometidos por el menor de edad, “*Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos*”¹¹¹.

El art 63.1, acarrea un asunto problemático, origen de ello, que no es razonable que se le pueda imponer un orden a la solidaridad y de su enunciado se extrae un catálogo de personas responsables, haciendo pensar que es una responsabilidad escalonada, en donde los primeros serán los que deban responder de los daños, y si estos no pudieran pasarían a los segundos y así sucesivamente. Apareciendo el guardador de hecho en el último puesto.¹¹²

¹⁰⁹ Cfr. Sentencia nº 2148/1998, Audiencia Provincial de Cantabria, de 14 de diciembre de 1998

¹¹⁰ Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”. Dykinson. Madrid. 2017. pp 372

¹¹¹ Cfr. BOE. Título VIII. De la responsabilidad civil, recogido en el artículo 63 de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

¹¹² Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”, Dykinson. Madrid: 2017. pp 374

Una opinión oportuna a destacar es la de YAÑEZ VIVERO *“Hoy carece de sentido... partir de una presunción de responsabilidad de los tutores y acogedores y de la consiguiente exención de responsabilidad de los sometidos a tutela o guarda de hecho. Lo lógico sería partir, justamente, de lo contrario: los incapaces son responsables salvo que se pruebe que carecían del mínimo grado de discernimiento y, por ende, los tutores y guardadores no responden salvo, obviamente, que se pruebe su falta de diligencia y atención de los incapaces. Habrá que pensar, pues, en extender la aplicación de las normas del Código Penal (sobre la responsabilidad de los incapaces y de sus guardares) a la responsabilidad por hechos dañosos que no sean constitutivos de delitos”*¹¹³.

5. LA GUARDA DE HECHO DE LOS MENORES DE EDAD.

A. Protección jurídica del menor de edad.

A día de hoy, es considerable la gran regulación existente, en materia de protección de los menores de edad se refiere en la legislación española.

En primer orden, la norma suprema del Ordenamiento Jurídico español, La Constitución de 6 de diciembre de 1978, dispone en su marco jurídico en el art 39 *“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a os hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

*4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”*¹¹⁴.

Más tarde aparecieron leyes como la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, introduciendo novedades como la igualdad de la patria potestad entre padre y madre, eliminar la distinción de la filiación e ilegítima, o incluir la investigación de la paternidad. Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

¹¹³ Cfr. MARÍA FATIMA YAÑEZ VIVERO *“Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penadés”* Tirant lo Blanch. 2011. pp 2938 y 2939

¹¹⁴ Cfr. BOE. Título I. Capítulo III De los principios rectores de la política social y económica, art 39 de la Constitución española de 1978

Posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Después apareció la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

Aunque la reforma más importante a destacar sobre la protección jurídica de los menores, es la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹¹⁵.

Como se demuestra en su Exposición de Motivos “*La presente ley tiene como objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Además, y de modo recíproco, ésta ley incorpora algunas novedades que ya han sido introducidos por algunas normas autonómicas estos años atrás.*”¹¹⁶

A mayores de la legislación española, cabe mencionar otras normas de naturaleza internacional como la Declaración de los Derechos del Niño, publicada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

Entrando en el fondo de la cuestión, el deber de protección de los poderes públicos del Estado acerca de la protección jurídica del menor, se divide en dos protecciones:

- La protección ejercida en la esfera administrativa y asistencial, ejerciéndose en situaciones donde se prevean riesgos, problemas en el ámbito familiar que dificulten el ejercicio de la custodia sobre los menores y situaciones de desamparo.
- Por otro lado, existe el deber de protección judicial, que aparece en momentos de discusiones familiares donde se implica a menores o el propio menor ha cometido un delito.¹¹⁷

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, tuvo como innovaciones la sustitución de la expresión de abandono por desamparo, término empleado por vez primera por el CC y otra novedad fue la que la protección del menor se dejudicializó, pasando a ser asumida esta por Administración.

¹¹⁵ Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”. Dykinson. Madrid. 2017. pp 158

¹¹⁶ Cfr. BOE. Ley 26/2015 de 28 de julio. Exposición de Motivos

¹¹⁷ Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”. Dykinson. Madrid. 2017. pp 164

PABLO CONTRERAS en atención a esta Ley expone que *“En realidad, puede y debe decirse que aquella contiene, más que una reforma de dichos textos legales, una reforma de la indicada Ley de 1987, cuyas prescripciones trata de aclarar, llenando varias de sus lagunas y decidiendo algunas de las más importantes dudas interpretativas que ésta había provocado en la doctrina y en la práctica. Tales dudas y vacíos normativos, provocados por la Ley 11 de noviembre de 1987, afectaba significativamente a una nueva figura réglala, desde entonces en el artículo 172 del Código Civil: La tutela de las entidades públicas sobre los menores que se encuentren en situación de desamparo.”*¹¹⁸.

Fue una ley que aportaba grandes dudas doctrinales, como quien debía ser el responsable del deber de protección del menor, el Juez o la Administración.

Más tarde llegó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ayudó con creces, a resolver las lagunas legales que había dejado la anterior regulación confirmando la tendencia hacia la desjudicialización de las actuaciones encaminadas a la protección del menor¹¹⁹. Ejemplo de la evolución de esta cuestión es el art 172.6 CC, previo a la reforma efectuada por la Ley 26/2015, de 28 de julio. En él se disponía *“Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurriables ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa”*¹²⁰. La Ley 26 de junio de 2015, elimina el apartado sexto del art 172 y redireccionando esa norma procedimental hacia la LEC.

Otros ejemplos son el art 18 de la Ley 1/1996 *“1. Cuando la Entidad Pública constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria.”*¹²¹, y el art 172.1 CC *“1. Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria..”*¹²².

¹¹⁸ Cfr. PABLO CONTRERAS, *“<<Situaciones de desamparo>> y <<situaciones de riesgo>> de protección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”*, Jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi. MIGUEL PÉREZ ALVAREZ (coord.). pp 49

¹¹⁹ Cfr. PATRICIA LESCANO FERIA, *“La guarda de hecho”*. Dykinson. Madrid. 2017. pp 167

¹²⁰ Cfr. BOE. Libro I. Título VII .Capítulo V. De la adopción y otras formas de protección de menores, art 172 previo a la reforma de 2015 del CC

¹²¹ Cfr. BOE. Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art 18

¹²² Cfr. BOE. Libro I. Título VII .Capítulo V. De la adopción y otras formas de protección de menores, art 172.1 del Código Civil

Muy recientemente, se ha abordado una redacción provisional que afecta a la guarda de hecho, se trata del Proyecto de Ley 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, de 17 de julio de 2020. En concreto su art 237, que contempla las previsiones ya enunciadas en otras leyes y añade que las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad también serán de aplicación a la guarda de hecho del menor.

La legislación ha tenido un proceso evolutivo decisivo en la intervención de la Administración para las cuestiones que rodean a la protección del menor. Siendo así, el control competencial sobre las decisiones de protección son propias y exclusivas de la Administración, aunque los jueces en ocasiones pueden establecer medidas provisionales, ya sea por un procedimiento civil, penal o de jurisdicción voluntaria, y además tanto jueces como fiscales podrán supervisar el ejercicio que lleve a cabo la Administración.

En el ámbito de cada Comunidad Autónoma, se ha creado un órgano ad hoc con competencia de realizar funciones de protección.

Su ocupación principalmente se debe gracias a la colaboración ciudadana y a la labor de la policía o los servicios sociales municipales, en el momento en que se dé una situación de desprotección del menor.¹²³

La situación de desamparo, supone la base en la que se asienta la protección jurídica del menor. Previamente a la situación de desamparo se utilizaba el concepto de situación de abandono. En el Código Civil, en virtud de la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del Capítulo V del Título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, se reguló la dirección del menor abandonado, concretamente en su art 174 *“Se considerara abandonado al menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias.*

La entrega del menor en una casa o establecimiento benéficos se considerará también como abandono en los siguientes casos:

- a) Cuando el menor hubiere sido entregado sin datos que revelen su filiación.*
- b) Cuando, aun siendo conocida la filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores.”¹²⁴.*

¹²³ Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, *“La guarda de hecho”*, Dykinson. Madrid: 2017. pp 168 y169

¹²⁴ Cfr. BOE. Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del Capítulo V del Título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción

Fue con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre cuando se empieza a utilizar propiamente el concepto de desamparo. El legislador con este cambio pretendió englobar un número amplio de supuestos, como los de carencia de personas que puedan hacerse cargo y a mayores, aun habiendo que dichas personas se hallen en circunstancias que les impidan realizar el ejercicio de de proteger y velar por los menores, también se puede dar los casos, que el deber de protección sea inapropiado.¹²⁵

La Ley de Protección Jurídica del Menor, mantiene en su art 18.2 lo que se considera situación de desamparo añadiéndole ciertos matices *“De acuerdo con lo establecido en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.*

La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tomada en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.”¹²⁶ .

Existen dos elementos que constituyen el desamparo. En un lado está el elemento subjetivo, referido a la conducta manifestada en del deber de protección siendo indebida por descuidar a los mentores, ya sea por omisión, una actitud con la intención de actuar de esa manera o por imposibilidad, por no poderse hacer cargo.

En otro orden, se encuentra el elemento objetivo, en el que surge un hecho donde se impide una asistencia material o integral hacia el menor. Se refiere al estado en el que se encuentra el menor y que duración ha tenido ese estado. Si se dan ambas formalidades, podrá dicitse la situación de desamparo.¹²⁷

En la esfera de la guarda de hecho, pueden encontrarse situaciones de desamparo.

Si los padres del menor, no ejecutan sus deberes correctamente, pero existe un familiar o tercero que se hace cargo del deber de cuidar al menor, el hecho fáctico supone que no existe desamparo, dado que alguien ha asumido la responsabilidad.

¹²⁵ Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, *“La guarda de hecho”*, Dykinson. Madrid. 2017. pp 171

¹²⁶ Cfr. BOE. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

¹²⁷ Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, *“La guarda de hecho”*. Dykinson. Madrid. 2017. pp 174

En la práctica, la Administración, en contadas veces la ha declarado, pero muchas sentencias a pesar de confirmar esta idea, también han sido otras varias, las que opinan distinto, creando inestabilidad jurídica en el asunto.

No existe una solución clara de como debe resolverse el problema en ninguna de las legislaciones que se encuadran dentro del Ordenamiento Jurídico español. Debiendo añadir que la institución de la guarda de hecho, es totalmente de carácter voluntaria, siendo por tanto voluntario el momento en que se ponga fin a sus actividades.

No todos consideran la guarda de hecho como la institución más efectiva como elección en casos de desamparo, por entender que no resulta eficiente para suprimir esta situación.

“Las consecuencias de que nuestro derecho no haya regulado un concepto subjetivo de desamparo son mayores de lo que en principio podría parecer. Son muchos los problemas que en la práctica acarrea el hecho de que no se suspenda la patria potestad (judicial o administrativa) en situaciones de guarda de hecho, o una vez constituida la guarda judicial conforme al artículo 159 o bien formalizando el acogimiento, cuando se realiza judicialmente, sin la ausencia de los padres; dado que éstos siguen ostentando la patria potestad, sin suspensión ni privación alguna en su ejercicio, los roles de los acogedores, cuando aquéllos les perturban en su ejercicio, o cuando toman decisiones sobre los menores, no están definidos.”¹²⁸.

Hay un debate abierto, bastante complejo con respecto a si la guarda y protección de un menor por parte de un tercero y no por los obligados legales, se debe entender en situación de desamparo o por el contrario el hecho de que ese menor este atendido y custodiado, haga desaparecer dicha idea.

B. Supuestos de guarda de hecho e intervención administrativa.

Es importante determinar las circunstancias que hacen que se emplee la guarda de hecho como mecanismo de protección, para finalmente conocer si se encuentra en consonancia con las preferencias del menor. Existen cuatro objetivos determinantes:

- 1- Que la persona elegida, sea competente para cuidar y atender al menor del que se hace responsable garantizando el derecho a la estabilidad familiar.
- 2- Conservar la unión afectiva que pudiere haber surgido entre el guardador y su guardado.
- 3- Prevenir, que por medio de la guarda se generen enlaces con los menores en condición de desamparo, eludiendo todo tipo de exigencias legales previas.

¹²⁸ Cfr. JULIETA MORENO TORRES SANCHEZ, “El desamparo de menores”. Aranzadi Thompson. Reuters. 2005. pp 88

4- Fomentar e impulsar la seguridad jurídica, para no caer en estados de confusión ocasionados por la concurrencia de un pluralidad de personas por los intereses opuestos.¹²⁹

Atendiendo a esta realidad, hay que destacar algunos supuestos concretos que se pueden ocasionarse mientras se lleva a cabo la guarda de hecho, junto a una variedad de soluciones existentes para ello. Son el caso del abandono voluntario y traspaso potestad, el fallecimiento de los progenitores y la incapacidad de los progenitores.

b.1 Abandono voluntario y traspaso potestativo.

El abandono voluntario trae consigo la declaración de situación de desamparo, cumpliendo con las formalidades que aparecen reguladas en el art 172.1 “*Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.*”¹³⁰

No es que solo se desatienda las funciones del deber de protección, sino que se agrava el hecho siendo por voluntad propia, tanto de los padres que ejercen la patria potestad como de los propios tutores, abandonándolo voluntariamente o que sea entregado a un tercero. Si ello ocurriera, la Entidad Pública competente se hará cargo de la responsabilidad, trayendo como consecuencias el cesamiento inmediato de la patria potestad de los progenitores y se procederá a la instauración de una tutela que se hará efectiva por el acogimiento familiar o si procede oportuno, la asunción de acogimiento por un guardador de hecho.

Así lo atestigua este último escenario el art 239.2 CC “*No obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste. En estos supuestos, previamente a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o remoción del tutor, en su caso.*”¹³¹

¹²⁹ Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”. Dykinson. Madrid. 2017. pp 188

¹³⁰ Cfr. BOE Libro I. Título VII .Capitulo V. De la adopción y otras formas de protección de menores, art 172.1 del Código Civil

¹³¹ Cfr. BOE Libro I. Título X .Capitulo II. De la tutela en general, art 239.2 del Código Civil

b.2 Fallecimiento de los progenitores.

Como parece ser obvio de lo que se desprende del mismo título, los progenitores no pueden ni podrán ejercer más su patria potestad, entrando en juego el art 222.1 “Estarán sujetos a tutela: 1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad”.

Existen numerosas ocasiones, en las que el menor encuentra acogimiento por parte de un familiar directo, tutelándose esta situación, ejemplo de ellos pueden ser, hermanos mayores, el cónyuge de uno de los progenitores, hermanos de los progenitores, entre un largo etcétera de ejemplos.

No existe la imposibilidad de que la Administración notifique al Juez o Ministerio Fiscal, acerca de la situación por la que se solicitan unas medidas de control previstas en el art 303 CC, y para que se produzca, en su caso, en los límites del art 228 a la constitución de la tutela, siendo posible también la adopción de medidas más generales de protección acordes al art 158 CC.¹³²

A diferencia del párrafo anterior, existen opiniones contrarias que aseguran que estos hechos deben dirigirse hacia la tutela porque no cabe patria potestad. Este argumento, se sustenta en la legislación civil, respaldando en el art 172.4 CC “En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.”¹³³ y el art 239.2 CC.¹³⁴

b.3 Incapacidad de los progenitores.

Puede suceder, que los menores aparezcan amparados por personas que no sean sus propios progenitores, generalmente estas personas son familiares de los menores, dado que los padres han dejado de poseer las aptitudes idóneas para su crianza.

¹³² Cfr. BARTOLOMÉ VARGAS CABRERA “La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores: doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional: Ley 21/87 de 11 de noviembre”. Comares. 1994. pp 32 y33

¹³³ Cfr. BOE Libro. I. Título VII .Capítulo V. De la adopción y otras formas de protección de menores, art 172.4 del Código Civil

¹³⁴ Cfr. PATRICIA LESCANO FERIA, “La guarda de hecho”. Dykinson. Madrid. 2017. pp 191

Si bajo el sustento de los familiares, que han cumplido el deber de protección adecuadamente garantizando al menor un sustento y un cuidado provechoso, cabría entender por tanto, que no es necesario la determinación de una situación de desamparo.

El guardador de hecho, en este asunto un pariente familiar, podría estar legitimado para asumir la tutela del menor. En el Código Civil Catalán se materializa esta idea, en su artículo 225-3.2 correspondiente a las funciones del guardador de hecho *“En la guarda de hecho de personas que estén en potestad parental o en tutela, la autoridad judicial puede conferir al guardador, si lo solicitan aquellas personas, las funciones tutelares, siempre y cuando concurran circunstancias que lo hagan aconsejable.*

*Las funciones tutelares se atribuyen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la potestad o tutela si es posible. Esta atribución comporta la suspensión de la potestad parental o tutela.”*¹³⁵.

A nivel nacional esta posibilidad se desarrolla en el Código Civil por disposición de la Ley 26/2015, de 28 de julio, que amplió en un nuevo párrafo el desarrollo del art 303.1 *“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.”*¹³⁶

6. LA GUARDA DE HECHO DE LAS PERSONAS MAYORES.

A. Discapacidad e incapacidad.

Una muy interesante diferenciación que debe delimitarse claramente, por su asidua equivocación en el mundo extrajurídico, es la referente a los conceptos de discapacidad e incapacidad. Por el contrario, jurídicamente sus definiciones se encuentran bastante esclarecidas.

Se conoce por discapacidad, la circunstancia que siempre acarrea una deficiencia, ya sea física, psíquica o sensorial, que en ocasiones puede acontecer la probabilidad de afectar al autogobierno o no de la persona que las padece. Existiendo en la realidad en numerosas ocasiones, varias personas con un grado de discapacidad, pero a pesar de ello son perfectamente autosuficientes y por tanto no necesitan de ningún tipo de protección.

¹³⁵ Cfr. BOE. Libro I. Título X. Capítulo V. De la guarda de hecho, art 303 del Código Civil

¹³⁶ Cfr. BOE. Libro I. Título I. Capítulo V. De la guarda de hecho, art 225-3.2 del Código Civil de Cataluña

La discapacidad se reconoce por una resolución administrativa de la Comunidad Autónoma en que acontezca, previamente tras el estudio realizado y el análisis oportuno, a la persona que adolece de esta circunstancia, asignando así un porcentaje acorde a la discapacidad del sujeto. De forma opuesta, la incapacidad solo se otorga y constituye por sentencia judicial, a través de un proceso de incapacitación donde se modifica la capacidad de autogobierno de la persona.

En este último caso la autoridad judicial que conozca del procedimiento, lo que procura es proteger a esa persona incapacitada por habersele modificado total o parcialmente o se le haya producido la retirada de su capacidad de obrar, para actuar por sí misma y en consecuencia nombrar y constituir una institución que tutele a esa persona, un mecanismo de representación legal como la tutela, la curatela, la patria potestad, el defensor civil y por último la guarda de hecho. Por ello es necesario observar detalladamente cada situación de hecho en vista de las variadas soluciones.

a.1. Regulación normativa de la protección de las personas con discapacidad.

Cierto es, que los avances tecnológicos han desarrollado considerables innovaciones en el mundo de la medicina moderna, pero aún, hoy en día, un gran sector de la población pertenece a un grupo social anciano. Por el hecho de ser un grupo con considerable número de ciudadanos, es inevitable que se refuercen las medidas de protección.

No siempre van unidos el término vejez con discapacidad, pero sí es cierto, que los padecimientos físicos y psíquicos se hacen latentes a una edad más avanzada.

La Constitución española, en su art 49 pretende otorgar a este sector social con alguna discapacidad, un apoyo y seguridad por medio de un régimen acorde a las necesidades de cada ciudadano discapacitado “*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*”¹³⁷

¹³⁷ Cfr. BOE. Título I De los derechos y deberes fundamentales. Capítulo III. art 49 de la Constitución Española de 1978

La Organización de las Naciones Unidas, ha dedicado una especial atención a la regulación internacional a lo que discapacidad se refiere. Uno de los grandes textos legislativos internacionales adoptados por dicho Organismo, fue la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptado el 13 de diciembre de 2006 en la sede de las Naciones Unidas, considerando a la discapacidad como tema de los derechos humanos¹³⁸.

En su preámbulo cabe destacar la información referida a la definición que se aporta de discapacidad “e) *Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones.*”¹³⁹

Sin embargo, ante lo que se expone en la Convención, aparece una controversia, sobre si la promoción del sistema de apoyos que promueve la convención excluye, o no, el método de sustitución de la voluntad.

Por un lado se entiende que se ha producido un cambio de consentimiento y representación legal a un apoyo para la capacidad disminuida o anulada, dependiendo del caso, aunque estimándose el reconocimiento de los derechos humanos inherentes a todas las personas por el hecho de serlo. Admitiendo esta nueva perspectiva de la discapacidad al igual que la de los derechos humanos fundamentales, todo ello supone una modernización del régimen de protección actual por el hecho de existir varios grados de discapacidad que van a provocar el establecimiento de apoyos intensos.¹⁴⁰ Este argumento de carácter positivo, interfiere con otra argumentación en la que debido a esta situación, se tendrán que plantear nuevas medidas legales de protección, con menor grado drástico y de efectos menos dañinos para la persona que se protege.¹⁴¹

¹³⁸ Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”. Dykinson. Madrid. 2017. pp 269

¹³⁹ Cfr. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptado el 13 de diciembre de 2006 en la sede de las Naciones Unidas. Preámbulo

¹⁴⁰ Cfr. BENIGNO VARELA AUTRÁN “*La tutela ante la Convención*”. Revista Escritura Pública. N°60, noviembre-diciembre de 2009. pp 68

¹⁴¹ Cfr. MARIA DEL MAR HERAS HERNANDEZ “*Nuevos instrumentos jurídicos en la protección de las personas incapaces en el ordenamiento jurídico español: hacia una mayor flexibilización de las instituciones tradicionales*”. Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla A.C. Vol IV. N°26. 2010. pp 99

En cualquier caso, tendrá que atenderse a las circunstancias del caso concreto de la persona que se debe proteger. En caso de que se practique la modificación de la capacidad de obrar, deberá la resolución judicial ser adaptativa, por lo que la incapacidad solicitada y la que es concedida, tendrá que ajustarse a las necesidades personales de cada sujeto.¹⁴² *“Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley”*.¹⁴³

Así viene definido el art 199 CC. El proceso que conlleva la modificación de la capacidad de obrar, persigue como finalidad ayudar y amparar a una persona con discapacidad, siempre que sus circunstancias personales, reflejen esa necesidad de modificación.

La incapacidad que advierte la legislación, se percibe en cierto modo como un sistema progresivo y abierto. De los arts 199 y 200 CC se debe de entender que la incapacitación no puede ser uniforme. La incapacidad jamás puede suponer el sustraer total de la capacidad de obrar de una persona, ni tampoco se concibe como una institución en la que haya unos modelos exclusivos para todas personas sujetas a ella, por fundamentarse in fine en falta de autogestión, que diferente en cada caso.¹⁴⁴

Las instituciones de protección y asistencia, instauradas con el principal objetivo de la guarda de personas de edad avanzada, paralelamente, deben ser igual de provechosas para aquellas personas mayores de edad, que presenten un cierto grado de discapacidad física o psíquica, que limite su aptitud para desarrollarse adecuadamente en la sociedad habitual. En consecuencia se hace necesaria la figura de un protector que les asista mientras dure su condición.

De igual manera, se hace indispensable que dentro del proceso de incapacitación, coexistan figuras de apoyo jurídicas o medios de ayuda que completen la capacidad de autogestión y no la cambien. No hay más propósito en estos mecanismos que el de proteger y garantizar el desarrollo pleno de los derechos tanto personales como patrimoniales de las personas discapacitadas.

¹⁴² Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, *“La guarda de hecho”*. Dykinson. Madrid. 2017. pp 277

¹⁴³ Cfr. BOE. Libro I. Capítulo III. Título IX. De la incapacitación. art 199 del Código Civil

¹⁴⁴ Cfr. NATALIA ÁLVAREZ LATA y JOSÉ ANTONIO SEOANE *“El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad”*. Nº24: 2010, pp 29 y 30

Se trata de extender el máximo ejercicio de sus derechos con la mínima limitación de su capacidad de obrar. En atención al art 49 CE, el legislador español debe buscar soluciones jurídicas variables que sean más humanas, y que proporcionen una adaptación a todas las situaciones de fragilidad en las que se vea inmersa una persona, y que estas mismas faciliten una defensa y ayuda apropiada para la necesidad que reclame, dando siempre espacio al sujeto.¹⁴⁵

a.2. La guarda de hecho como apoyo a personas con discapacidad.

Actualmente, son muchos los sujetos que sufren dolencias y enfermedades graves, que les hacen susceptibles de poner en marcha un proceso de incapacitación frente a ellos, pero a pesar de eso no se produce.

Sujetos con un acotada capacidad de autogobierno de sus propios bienes, que lejos de ser incapacitados, tampoco poseen un agente tutelar que les guíe, sino que en muchos casos, son los familiares o personas cercanas que conscientes de su estado, deciden hacerse responsables. Y como se demuestra, la atención a sus seres queridos, origina que no se precise emprender la apertura de un proceso de modificación de la capacidad de obrar.

Es indiscutible la inviabilidad de conservar la idea de que, la discapacidad es un mero trámite enfocado a evitar los diferentes problemas de representación, contra las imposiciones administrativas o los obstáculos surgidos en relación con el patrimonio, que posee como titular o cotitular, la persona que presenta una discapacidad.

Relativamente en escasos años, solamente se concebía como método de protección, la declaración judicial de incapacidad. A día de hoy, esa opción no es la única a elegir, habiendo un gran abanico de posibilidades legales.¹⁴⁶

La necesidad de enfrentar la vulnerabilidad que representa la pérdida eventual o total de la capacidad de obrar es algo indudable. Por ello, justifica que, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros adoptada el 23 de febrero de 1999 relativa a los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados, es la que mejor expresa esta propuesta novedosa.

¹⁴⁵ Cfr. INMACULADA VIVAS TESÓN “*Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despartimoniaización de la discapacidad*” Revista derecho UNED. Nº 7. 2010. pp 573

¹⁴⁶ “*El principio de dignidad de la persona con discapacidad y de proporcionalidad en la respuesta, hace que haya que considerar y acudir primero a medidas menos restrictivas de derechos*”.

Cfr FERNANDO SANTOS URBANEJA estudio sobre “*La Guarda de hecho: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad*”. 2017. pp 5
https://drive.google.com/file/d/0Bx4G_Xl7EcKqY1dCYVBeweJQZ1E/view

Años posteriores sería la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad, en diciembre de 2006, la que complementa y reafirma dicho modelo, integrándose en los principios de mínima intromisión en el ejercicio de los derechos de las personas discapacitadas, protección de su autogestión y la prestación de apoyos precisos para sobreponerse a los obstáculos.¹⁴⁷

Las personas que muestran un cierto grado de discapacidad, pero a pesar de ello, se encuentran bajo el sustento de un familiar o tercero, que se hacen cargo de cubrir las atenciones que precisa, parece ser suficiente razón para que no se inste a la apertura de un proceso para modificarle su capacidad de obrar.

Siendo ello así, el Ministerio Fiscal podrá entender que a pesar de ser un incapaz no incapacitado, pero recibe la idónea atención, por lo que, no debería comenzarse un proceso de incapacitación contra ella.

Por ello, la guarda de hecho, funciona válidamente como sistema tutelar, sin perjudicar ni alterar el estado anímico de las personas. Una persona discapacitada no precisa que una autoridad judicial modifique su capacidad, sino lo que más necesita es asistencia social, sanitaria, educativa, cultural, que se le preste mayor afecto y que la participación judicial este enfocada a su protección, con el menor entrometimiento posible a sus derechos y dignidad.¹⁴⁸

Una guarda de hecho puede originarse en este asunto concreto, cuando halla constancia de una incapacidad que no ha sido determinada, no debiendo limitar su validez a que en un momento posterior se decida la incapacitación de la persona y a su vez se le imponga un régimen de tutela o curatela.

Si se condicionara, se estaría privando de la efectividad de la figura, requiriendo exactamente análogas formalidades que la guarda formal, todo ello sería una incoherencia que provocaría desterrar situaciones necesitadas de protección como exige la norma.

¹⁴⁷ Vid FERNANDO SANTOS URBANEJA estudio sobre “*La Guarda de hecho: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad*”. 2017. pp 6

¹⁴⁸ Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”, Dykinson. Madrid. 2017. pp 315

Si solamente se contemplara como única y exclusivamente, el inicio de un procedimiento de incapacitación, como medio de resolución para la totalidad de los casos en los que existe falta de capacidad, se estaría impidiendo la labor de la Convención y dificultaría el ejercicio de los principios que en ella se consagran.¹⁴⁹

La guarda de hecho, es un medio válido y correcto, para asistir a dichas personas, que por sus circunstancias personales, no poseen un pleno uso de sus facultades, tratándose de una vía diversa y totalmente diferente a la incoación de un proceso de modificación de capacidad de obrar.

Pero aun teniendo un lado optimista y alternativo al procedimiento general, existen posturas más realistas. Es el caso de la crítica contundentemente dura, acerca de lo que ocurre en la vida práctica, de las personas que padecen una discapacidad, que aporta MARIA ISABEL MONDÉJAR PEÑA *“Sin embargo a pesar de todo lo positivo, soy consciente que la propia configuración de la guarda de hecho, permite realizar actos perjudiciales al guardado, que no se denuncian por temor a represalias, o al confinamiento en instituciones, o simplemente porque no quieren conocerse como víctimas y prefieren negar una realidad que les resulta insoportable”*.¹⁵⁰

Desde mi parecer, ante la mínima desprotección y comportamiento doloso, dirigido contra la persona que se localiza en un nivel de indefensión característico, se tiene que tomar las medidas legales oportunas en la mayor brevedad posible. Solo por el hecho, de llevar una conducta totalmente, ya no solo que pueda incurrir en delito por el comportamiento de las personas que con intención y dolo lo efectúan, sino porque es totalmente contrario a la moral, y debe ser recriminado duramente por la gravedad que supone.

Es quizá, uno de los problemas a los que se enfrenta la guarda de hecho, su carácter voluntario, pero más aun sin control judicial ni administrativo, facilita que estas conductas se vean favorecidas y más todavía cuando coexiste con el silencio de las víctimas.

¹⁴⁹ Vid FEDERICO CABELLO DE ALBA JURADO *“La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención. Alternativas al procedimiento de incapacitación”*. L Jornadas aequitas/centro de estudios jurídicos del Ministerio de Justicia. Madrid, en fecha 25 de abril de 2013

¹⁵⁰ Vid. MARIA ISABEL MONDÉJAR PEÑA *“Derecho de familia. Capítulo VIII. Las instituciones tutelares”* Coord GEMA DíEZ PICAZO y LUIS DíEZ PICAZO. Thomson Reuters: 2020. pp 2060

Parte de la doctrina ante ello, desaprueba a la guarda de hecho como institución tutelar, recalcando más que nunca su característica de transitoriedad, como una situación que debe tener una breve limitación temporal.

Una forma de solucionar esta problemática, podría ser una regulación más extensiva y profunda de la guarda, que la autoridad judicial tuviera conocimiento de la situación.

No obstante, pareciendo un interesante arreglo, el Ordenamiento Jurídico español no está de acuerdo con esta solución, por la simple razón de que significaría el desarrollo de las facultades tutelares en ausencia de un proceso contradictorio.¹⁵¹

Esta solución, sería beneficiosa por la idea de una regulación legal de la guarda con una cooperación en el ámbito jurídico. Se trataría de un modelo que permitiese a las personas con discapacidad una protección en la que no fuese necesario modificar su capacidad de obrar, respetuoso con los principios derivados de la Convención de Nueva York de 2006. Ubicando a la persona discapacitada en un modelo de personalidad jurídica completo.

Pero ello no será posible si no se origina la reforma del Ordenamiento Jurídico, la única institución tutelar, que seguramente se acomode mejor a lo estipulado por la Convención de 2006, sea la curatela.¹⁵²

7. EXTINCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO.

Sin existir una reglamentación concreta, en la legislación civil general, para el caso de la finalización de la guarda de hecho. Sin embargo en legislaciones autonómicas, como es el supuesto del Código Civil de Cataluña, recoge en su art 225-5 “1. *La guarda de hecho se extingue por desaparición de las causas que la motivaron, por la declaración desamparo del menor, por el nombramiento de defensor judicial o por la constitución del pertinente régimen de protección.*

2. *Al finalizar la guarda de hecho la autoridad judicial puede disponer que el guardador le rinda cuentas de su gestión si lo justifica la duración de la guarda.*”¹⁵³.

A mayores del art 225-5 CCC, pueden extraerse con el análisis expuesto en párrafos anteriores, algunos supuestos de extinción de la guarda.

¹⁵¹ Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”, Dykinson. Madrid. 2017. pp 317

¹⁵² Vid. PATRICIA LESCANO FERIA, “*La guarda de hecho*”, Dykinson. Madrid. 2017. pp 317 y 318

¹⁵³ Cfr. BOE. Libro I. Título I. Capítulo V. De la guarda de hecho. art 225-5 del Código Civil de Cataluña

En primer lugar, una causa evidente, se demuestra en el art 228 CC “*Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existen en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.*”¹⁵⁴.

Quedando reemplazada la guarda, por la institución de la tutela o en su caso de la curatela, esta última siempre que medie una resolución de incapacitación previa.

Parece lógico pensar, como en casos anteriores, que se aplique por remisión los artículos que configuran la tutela y más específicamente, los que conciernen a la extinción de la misma.

Según el artículo 276 CC “*La tutela se extingue:*

- 1.º *Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.*
- 2.º *Por la adopción de tutelado menor de edad.*
- 3.º *Por fallecimiento de la persona sometida a tutela.*
- 4.º *Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad*”¹⁵⁵.

Siguiendo en el mismo espacio argumental, existe a mayores otra causa de extinción, como la que desprende el art 277 CC “*También se extingue la tutela:*

- 1.º *Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere.*
- 2.º *Al dictarse la resolución judicial que ponga¹⁵⁶ fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela*”¹⁵⁷.

El Proyecto de Ley adoptado el 17 de julio de 2020, contempla en su art 267 la posibilidad de extinción de la guarda de hecho, “*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.”*

¹⁵⁴ Cfr. BOE. Libro I. Título X. Capítulo II . De la tutela. art 228 del Código Civil

¹⁵⁵ Cfr. BOE. Libro I. Título X. Capítulo II . De la tutela. art 276 del Código Civil

¹⁵⁶ Cfr. BOE Proyecto de Ley 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, de 17 de julio de 2020

¹⁵⁷ Cfr. BOE. Libro I. Título X. Capítulo II . De la tutela. art 277 del Código Civil

8. CONCLUSIONES.

1º Actualmente, la guarda de hecho ha ido obteniendo progresivamente un mayor reconocimiento en la legislación civil española. Sin embargo son muchos los problemas que aún quedan por resolver, debido mayoritariamente a la escasa regulación que existe sobre esta institución. La guarda de hecho es una de las instituciones tutelares que quizás más se ejercita en la vida diaria, posiblemente por el carácter económico que conlleva y también posiblemente, en algunos casos, por los vínculos familiares que existen entre la persona custodiada y el guardador, pero sobre todo por el recelo de la sociedad hacia las exigencias jurídicas.

2º Algo que se debe cambiar, es el hecho de que siempre queda relegada a un último lugar de elección. Parece ser que existe una jerarquía entre las instituciones tutelares, donde priman algunas sobre el resto de otras, como es el caso de la tutela, institución por excelencia como el medio más eficaz en lo que a protección comprende. Sin embargo, el hecho de no ser perceptiva la autorización por el juez de instaurar la guarda de hecho, la posiciona siempre en el último puesto.

La guarda de hecho es un fenómeno que como en su propia etimología, se reconoce una palabra con un fuerte sentido de la protección, como es la de guardián. Pocas son las instituciones jurídicas, como representa la guarda de hecho, que alberga en sí misma un fenómeno con un gran carácter humano alejado de los numerosas cuestiones jurídicas, muy distinta del resto de instituciones que buscan más el desarrollo y ganancia patrimonial que la función núcleo de su propósito.

3º La legislación actual en temas de guarda de hecho, sufrió una importante reforma en el año 2015 y ello ha ayudado a visibilizar las funciones que tiene un guardador de hecho. Esa reforma supuso introducir actuaciones como la posibilidad que tiene el guardador de hecho de promover la privación o cese de la patria potestad, la retirada de la tutela o incluso la competencia de nombrar un tutor.

Sin embargo, se hace latente la necesidad sobreentendida, de una reforma completa, que indague más en el contenido de los preceptos en cuanto a guarda se refieren, para así lograr una plena disposición y conocimiento de lo que significa esta institución tutelar para todos los ciudadanos.

4º A lo que respecta en las personas que intervienen, el hecho de tener ese carácter voluntario y una sutil supervisión judicial y administrativa, provoca en numerosas ocasiones, que se sobrepasen los límites por parte de la persona encargada del cuidado, el guardador de hecho. Su deber de protección tiene que ser su núcleo de trabajo y no debe eclipsarse por conductas lascivas y prejuiciosas para el guardado.

Unido al tercer punto de conclusiones, si se llevara a cabo una reforma, debería contemplarse que la autoridad judicial participe de una forma mucho más intensa y que otorgue medidas y mecanismos de protección, que aseguren un correcta e idónea labor para con el guardado y evitar situaciones que puedan ocasionar no solo un detrimento hacia quien se guarda, sino eludir una publicidad negativa de la guarda de hecho, de la mirada social.

BIBLIOGRAFÍA.

- LESCANO FERIA, PATRICIA. “*La guarda de hecho*”, Madrid: Dykinson, 2017.
- ROGEL VIDE, CARLOS. “*La guarda de hecho*”, Madrid: Tecnos, 1986.
- FÁBREGA RUIZ, CRISTOBAL. “*La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*”, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.
Disponibile en: <https://books.google.es/books?id=DjNyDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=la+guarda+de+hecho&hl=es&sa=X&ved=2ahUKewiNnfakuqf4AhVoxYUKHXQsDvAQ6AEwAHoECAAQAq#v=onepage&q=la%20guarda%20de%20hecho&f=false>
- FÁBREGA RUIZ, CRISTOBAL. “*La guarda de hecho*”
Disponibile en: https://www.faisem.es/wp-content/uploads/2013/11/50_LA_GUARDA_DE_HECHO.pdf
- DE SALAS MURILLO, SOFÍA. “*Hacia una visión global de los mecanismos jurídicos-privados de protección en materia de discapacidad*”, Zaragoza: Justicia de Aragón, 2010.
Disponibile en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=420553>
- PÉREZ ÁLVAREZ ,MIGUEL ÁNGEL. “*Desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la ley orgánica de protección jurídica del menor: jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzad?*”, Universidade da Coruña, Servicio de Publicacións, 1997.
Disponibile en: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10734/CC%2046%20art%204.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- ÁLVAREZ LATA, NATALIA y SEOANE, JOSÉ ANTONIO. “*Derecho Privado y Constitución*”, Madrid, N° 24: 2010
Disponibile en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=7&IDN=1264&IDA=35625>

- VIVAS TESÓN, INMACULADA, “*Libertad y protección de la persona vulnerables en el ordenamientos jurados europeos: Hacia la despatrimonialización de la discapacidad*”, Revista de Derecho UNED, N°7: 2010
Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11037/10565>
- HERAS HERNÁNDEZ, MARÍA DEL MAR, “*Nuevos instrumentos jurídicos en la protección de las personas incapaces en el ordenamiento jurídico español: Hacia una mayor flexibilización de las instituciones tradicionales*”, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C, México, N°26: 2010
Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222980006.pdf>
- CABELLO DE ALBA JURADO, FEDERICO “*La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención. Alternativas al procedimiento de incapacitación*”, L Jornadas Aequitas/Centro de estudios jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid: 2013
Disponible en: http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=609aaadc-27f7-4054-8acf-c24d370662b5&groupId=10228
- DIAZ ALABART. SILVIA “*La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela*”, Anuario de Derecho Civil, Madrid, Vol.40, N°3: 1987
Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1987-30079500894
- VARELA AUTRÁN, BENIGNO “*La tutela ante la Convención*”, Revista Escritura Pública, N°60, Madrid: 2009.
Disponible en: https://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-10493.pdf
- Derecho UNED “*Guarda y acogimiento de menores*”, Disponible en: <https://derechouned.com/libro/familia/4991-guarda-y-acogimiento-de-menores>

LEGISLACIÓN.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil:
Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763>
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- Decreto de 2 julio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores: Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1948/206/A03438-03445.pdf>
- Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores: Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1948/201/A03306-03318.pdf>
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela: Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-28123>
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-1069-consolidado.pdf>
- Ley 5/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7391>
- Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuaciones especializada del ministerio Fiscal en materia de protección de menores.
Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00008>
- Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad: Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de us capacidad jurídica: Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF

ANEXO: JURISPRUDENCIA.

- STS 1472/2003 de 4 de marzo de 2003.
- Auto Civil 305/2018. Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de mayo de 2018.
- Sentencia Civil 52/2016. Audiencia Provincial de Castellón de 25 de abril de 2016.
- Sentencia Civil 147/2012. Audiencia Provincial de Toledo de 25 de mayo de 2012.
- STS 4243/2014 de 27 de octubre de 2014.
- Sentencia 2148/1998. Audiencia Provincial de Cantabria de 14 de diciembre de 1998.