



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La Guarda de Hecho

Presentado por:

Beatriz Diez Hernández

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 6 de Julio de 2022

ÍNDICE

1. RESUMEN	4
1.1. Palabras clave	4
2. ABSTRACT	4
2.1. Key words	5
3. INTRODUCCIÓN	5
4. GUARDA DE HECHO	7
4.1. Popularidad de la guarda de hecho	8
4.2. Tipos de guarda de hecho	9
4.3. Actos frecuentes del guardador de hecho	10
4.4. Prueba de la guarda de hecho	11
4.5. Análisis artículo por artículo	12
4.5.1. Art. 263 CC	12
4.5.2. Art. 264 CC	14
4.5.2.1. <i>Art. 287 CC</i>	16
4.5.3. Art. 265 CC	21
4.5.4. Art. 266 CC	24

4.5.5. Art. 267 CC	27
5. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA	31
5.1. Sentencia 589/2021 de 8 de septiembre de 2021	31
5.2. Sentencia 989/2021 de 25 de octubre de 2021	34
5.3. Sentencia 317/2021 de 23 de septiembre de 2021	35
5.4. Sentencia 139/2021 de 21 de septiembre 2021	35
5.5. Sentencia 324/2021 de 4 de octubre de 2021	37
5.6. Sentencia 85/2022 de 14 de febrero de 2022	38
5.7. Sentencia 14/2022 de 3 de febrero de 2022	39
5.8. Medios de prueba aplicables	40
5.9. Intervención del Ministerio Fiscal	41
6. CONCLUSIONES	42
7. BIBLIOGRAFÍA	43

1. RESUMEN

La Ley 8/2021 de 2 de junio no ha dejado indiferente a nadie ya que ha supuesto y va a suponer un gran cambio tanto a nivel legislativo como a nivel social.

Gracias a esta nueva legislación, mejor adaptada a La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, a las personas con discapacidad se las va a dotar de mayor independencia a la hora de tomar sus propias decisiones, en tanto que se va a promulgar el máximo respeto posible a su voluntad, deseos y preferencias.

Además, esta ley ha supuesto también un cambio sustancial en la desconocida figura de la guarda de hecho.

Esta medida de apoyo anteriormente ya se regulaba, aunque de forma escueta, y era vista con cierto recelo por parte del legislador.

Al contrario que anteriormente, ahora va a cobrar una gran importancia ya que va a ser la medida de apoyo de preferencia, gozando de cierta primacía frente a otras figuras, ya que gracias a la informalidad de ésta se podrán conseguir esos objetivos de mayor independencia de las personas con discapacidad.

Esta figura viene regulada en los arts. 263 a 267 del Código Civil aunque también se le hace referencia tanto en el preámbulo de la ley 8/2021 de 2 de junio reforzando su importancia como en otros artículos del Código Civil como el 250.1 o el 255.5, pudiendo observarse en estos también su trascendencia.

La guarda de hecho es una medida de apoyo que poco a poco va a ir cobrando protagonismo debido a su más frecuente uso en las últimas resoluciones correspondientes a la revisión de medidas de apoyo tras la entrada de esta Ley 8/2021 gracias a su carácter más informal.

1.1. PALABRAS CLAVE

Ley 8/2021, discapacidad, medida de apoyo, guarda de hecho.

2. ABSTRACT

The Law 8/2021 on June the 2nd has not left anyone indifferent due to the great change it is going to involve both social and legislative level.

Thanks to this new law which is better adapted to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities done in New York on December 13th of 2006, disabled people will endow a bigger independence when making their own decisions, in so far as the maximum respect on their will, wishes and preferences will be promulgated.

In addition, this law has also supposed a huge change on the unknown figure of guardianship. This action of support has been previously regulated but in a plain way due to the mistrust from the legislator.

Contrary to previous time, nowadays this figure will be embraced because it will be the action of support chosen enjoying certain primacy versus others, since this figure is quite more informal than others, the goals of more independence in the life of disabled people can be achieved.

Guardianship is contemplated in the Spanish Civil Code, specifically from the article 263 to the article 267 although this figure is also mentioned in the preamble of the Law 8/2021 on June the 2nd and in other articles in the same code such as the article 250.1 or 255.5, being able to observe in there its importance.

Guardianship is the action of support that more importance will receive due to its common use in the review of the last resolutions about actions of support after the Law 8/2021 on June the 2nd thanks to its informal character.

2.1. KEY WORDS

Law 8/2021, disability, action of support, guardianship.

3. INTRODUCCIÓN

Para elaborar el presente TFG he utilizado los comentarios de Aranzadi dirigidos por GUILARTE MARTÍN-CALERO C., CALAZA LÓPEZ S., PILLADO GONZÁLEZ E. y los comentarios de Civitas dirigidos por GARCÍA RUBIO M^ªP., MORO ALMARAZ M^ªJ. Ellos constituyen la base del presente análisis. Las notas a pie de página las he limitado a los casos en los que recojo la opinión textual de autores que han intervenido en los comentarios citados anteriormente.

La aprobación y posterior entrada en vigor de la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el

ejercicio de su capacidad jurídica, y en concreto la figura de la guarda de hecho, será el tema de estudio de este trabajo.

Dicha ley va a suponer la creación de un nuevo modelo ya que es más que una reforma, de forma que la capacidad no puede ser tratada del mismo modo que se venía haciendo con la anterior legislación.

Como comentaba, va llevar consigo un gran cambio en la visión y concepción que se tenía de las personas discapacitadas en tanto que va a haber un mayor respeto hacia la voluntad y decisiones de este colectivo tal y como se desprende del preámbulo de esta ley 8/2021.

Al contrario que la antigua ley en la que se sustituía la voluntad de la persona discapacitada por la de su tutor o cuidador, en la que ellos se encargaban de tomar sus decisiones, este nuevo sistema va a tratar de que los principios y reglas en los que se basa esta ley permitan a las personas más vulnerables ejercer de una manera plena su capacidad jurídica contando con los apoyos que sean precisos; existiendo a su vez salvaguardias necesarias para que no se dé ninguna situación de indefensión, abusos o influencias indebidas para respetar así la voluntad de estas personas.

Uno de los puntos por los que aboga esta novedosa ley, es la llamada a realizar un profundo cambio en la mentalidad de la sociedad y de los profesionales del derecho.

Con ello, se trata así de superar el antiguo modelo de exclusión de la voluntad de las personas discapacitadas, de manera que puedan desarrollar su autonomía en el mayor grado posible. Debido a la nueva regla general de presunción de la capacidad y participación en el tráfico jurídico de las personas con discapacidad, se da una mayor adaptación y adecuación a las exigencias de La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

En concreto, su artículo 12 expone que: *“1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

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

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

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no

haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

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

Cabe destacar también cómo en esta ley cobran mayor protagonismo las medidas de apoyo voluntarias provocando así una mayor desjudicialización; concretamente tomando la figura de la guarda de hecho, tema de estudio de este trabajo.

4. GUARDA DE HECHO

Pasando a examinar la guarda de hecho, se puede afirmar que con esta ley se produce un gran cambio en la perspectiva que se tenía hacia esta figura, vista con recelo por parte del legislador.

Dicha medida de apoyo ya se encontraba recogida en nuestro ordenamiento desde el año 1983, pero se tenía como una figura de carácter provisional ya que se daba para aquellos casos de personas que no se encontraban incapacitadas judicialmente y que carecían de representante.

En el caso de esta figura, ha sido muy común que hayan actuado como guardadores de hecho los familiares de la persona discapacitada ya que tal como se desprende de la Exposición de motivos de la ley 8/2021, *“la realidad muestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad esta adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho -generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables-, que no precisa de una investidura jurídica formal que la persona con discapacidad tampoco desea”*.

4.1. POPULARIDAD DE LA GUARDA DE HECHO

Podemos destacar también su reforzamiento en el Preámbulo de la mencionada ley: *“ conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho como que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad.*

Para los casos en los que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias.”

Podemos encontrar esta figura enumerada tanto en las Disposiciones Generales como en el art. 250 CC, que contiene una enumeración y definición a grandes rasgos de las medidas de apoyo, en concreto de la guarda de hecho.

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

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

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

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

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

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

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

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

Se puede observar esta importancia de la guarda de hecho de manera que ahora se va a tomar como figura preferente frente a la curatela y el defensor judicial.

Así se puede desprender del art. 250.1: *“Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.”*

Como podemos observar, se menciona la guarda de hecho antes que la curatela y que el defensor judicial, lo que nos lleva a creer en la preferencia de esta.

Cabe destacar también, el art. 255.5 del Código Civil, que expone que *“solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras complementarias”*. Este artículo nos conduce también al pensamiento de ese reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo. La figura del guardador de hecho va a resultar de más fácil reconocimiento en los casos en los que este sea familiar del guardado.

De hecho, va a resultar bastante relevante a la hora de obtener dicha condición de guardador que esta persona sea conviviente del guardado ya que de la convivencia se deriva la presunción de guarda.

Se puede destacar las actas de notoriedad, estos documentos gozan de prestigio a la hora de que el guardador pueda reconocer su condición y pueda afianzar esta institución de la guarda de hecho generando así un principio de prueba.

4.2. TIPOS DE GUARDA DE HECHO

Podemos distinguir varios tipos de guardas de hecho: la guarda de hecho personal, la institucional, las permanentes y las temporales.

En el primer caso, la guarda de hecho personal es la que se da con mayor frecuencia y es la que vienen ejerciendo familiares cercanos como padres o hermanos; aunque también se puede dar el caso que sea ejercida por allegados como por ejemplo algún amigo o incluso vecinos.

Dentro de esta podemos distinguir entre la unipersonal que es ejercida por una sola persona o la conjunta, que es llevada a cabo por varias. En este último caso de que exista una guarda de hecho conjunta entre varias personas, en el caso de que exista alguna discrepancia, lo normal es acudir al juzgado o a la Fiscalía para su solución.

En el segundo supuesto, es decir, la guarda de hecho institucional, va a darse en los casos en que la persona discapacitada se encuentre ingresada en un centro con independencia de que

sea público o privado, como es el caso de las residencias ya sean para personas con discapacidad o para mayores.

Aquí, va a ser la dirección de estos centros los que asumen automáticamente la guarda de la persona necesitada.

Cuando se de el caso de que la persona necesitada sea visitada con frecuencia por familiares o alegados, va a surgir el caso de una guarda de hecho conjunta personal e institucional en la que en caso de discrepancias entre los guardadores personales e institucionales tendrán que acudir al Fiscal o Juez para la solución de cualquier posible conflicto.

En cuanto a las guardas temporales son las que van a darse para un periodo de tiempo determinado, a diferencia de las permanentes que surgen con vocación de continuidad en el tiempo.

De la guarda de hecho se pueden derivar combinaciones debido a su flexibilidad, es lo que se conoce como concurrencia de guardas; pudiendo existir varios guardadores privados concurrentes (familiares), guardadores familiares y de afecto (amigos), guardadores personales y entidades (como el caso de un familiar y el director de una residencia), guardadores personales e institucionales (si se da entre un familiar y una fundación), etc.

4.3. ACTOS FRECUENTES DEL GUARDADOR DE HECHO

Estos actos podemos dividirlos entre actos dentro del ámbito público y en el ámbito privado. Dentro del ámbito público podemos encontrar las peticiones de intervenciones sanitarias, aquí puede plantearse el problema de que la persona con discapacidad pongan resistencia a los tratamientos, teniendo así que solicitar los guardadores intervención sanitaria, dicha intervención es denegada de manera habitual justificándose sobre la base de que dicha persona discapacitada es mayor de edad. Sin embargo, a pesar de la mayoría de edad, el hecho de esa enfermedad grave lleva a una obligación ética por parte de los familiares que deberán prestar asistencia médica en su condición de guardadores.

Además de esto, estos familiares vana ostentar el derecho de recibir información y de ser consultados en caso de urgencia.

Podemos encontrar también peticiones ante organismos oficiales tales como matrículas en centros de educación o licencias. Aquí cobra importancia a la guarda de hecho ya que los organismos receptores de estas peticiones o solicitudes elaboraban modelos de declaración de guarda de hecho ya que es evidente que lo solicitado por el guardador supondría un beneficio para la persona con discapacidad.

Otro tipo de actos dentro del ámbito público son las peticiones a las fuerzas de seguridad como la petición de búsqueda en caso de fuga o petición de auxilio en caso de altercados familiares. Esto puede consistir en localizar a la persona discapacitada o en realizar una contención para la posterior actuación del dispositivo sanitario.

Por último dentro del ámbito público cabe mencionar también las peticiones al Ministerio Fiscal y las demandas judiciales.

Para finalizar este epígrafe y pasando a los actos correspondientes al ámbito privado podemos encontrar las peticiones a los bancos, peticiones de servicios asistenciales tales como la solicitud de plazas en centros residenciales o de día y peticiones de otros servicios como por ejemplo la solicitud de una ambulancia para el traslado de la persona con discapacidad.

4.4. PRUEBA DE LA GUARDA DE HECHO

Como bien sabemos, con la nueva ley 8/2021 se pretende además de garantizar una mayor independencia para la persona con discapacidad y el respeto de su voluntad y deseos, una mayor desjudicialización.

Así mismo, la guarda de hecho cobra un mayor protagonismo ya que como se ha expuesto anteriormente, va a ser la preferida en tanto que va a dotarse de preferencia tanto en la ley como en la práctica, pasando la curatela a un segundo plano.

Gracias a la guarda de hecho, se va a conseguir una mayor desjudicialización, para que pueda funcionar correctamente esta medida de apoyo, se va a precisar una prueba de dicha condición de guardador ya que si esta no existe o no se acredita, a esté le resultará imposible actuar en representación de la persona discapacitada en cualquier tipo de actos inclusive los de escasa trascendencia económica.

Lo más adecuado para probar la guarda de hecho sería un acta de notoriedad ya que esta medida de apoyo se establece normalmente con carácter estable a pesar de tratarse de una situación de hecho informal.

En este acta además habrá de constar y prestarse atención a la fecha ya que cobra importancia a la hora de realizar cualquier acto debido a que el cambio del guardador es posible.

Además, esta prueba de guarda de hecho puede acreditarse a través del libro de familia, certificado de empadronamiento, documentación que acredite convivencia y aquellos documentos de los que se desprenda esta condición, tal y como se ha declarado en la Consulta del Instituto Nacional de Seguridad Social de 30 de noviembre del 2011 acerca de

la competencia de solicitar y percibir pensiones de la seguridad social para aquellas personas mayores de edad con discapacidad.

También cabría la acreditación para aquellos casos en los que se niegue el acta de notoriedad, a través de un auto de declaración de la condición de guardador de hecho.

Cabría cuestionarse si la guarda de hecho se trata en realidad de una medida de apoyo informal ya que en una sentencia dictada en Córdoba el 7 de febrero de 2022, la hermana de una persona con discapacidad que ostenta la condición de guardadora de hecho se ve en la necesidad de recabar auxilio judicial para que los entes públicos y privados reconozcan tal condición.

4.5. ANÁLISIS ARTÍCULO POR ARTÍCULO

La guarda de hecho aparece regulada en el Código Civil comprendiendo del artículo 263 al 267.

Además de los mencionados artículos, y tal y como se ha mencionado anteriormente, también podemos encontrar referencias de la guarda de hecho tanto en el preámbulo de la ley 8/2021 de 2 de junio como en su exposición de motivos, y en los artículos 250 y 287 del Código Civil.

4.5.1. Artículo 263 CC

En primer lugar comenzando por el art. 263 CC, este dispone que: *“quien viniere ejerciendo la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuara en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente”*.

Se va a apostar por fin por dar un mayor protagonismo a esta figura no formal que va a ser el apoyo más frecuente y una medida más estable.

Hasta hacía relativamente poco se trataba de una figura provisional, pero una vez superado esto va a conseguirse por fin el protagonismo y la importancia que se merece ya que, no hay *“Nadie mejor que el familiar o allegado de la persona con discapacidad, que por la relación de confianza que*

les une conoce cuál es su voluntad, deseos y preferencias, para cumplir con eficiencia el cometido de asistirle en el ejercicio de su capacidad jurídica.”¹

Además, antes de esta reforma era muy común mantener la guarda de hecho pero otorgando al guardador facultades tutelares hasta que se encontrara una medida de protección más “adecuada”.

Cabe mencionar también que el guardador de hecho va a poder acreditar su situación mediante el acta notarial de notoriedad, valorando el notario las pruebas y solo cuando este tenga formado un juicio indudable, podrá otorgar dicha acta o en caso contrario denegarla.

De este art. 263 CC podemos deducir que no es compatible la guarda de hecho con otras medidas que en ese momento se estén aplicando eficazmente, sin embargo, “*Nada impide que, en atención a la voluntad de la persona con discapacidad, esta pueda confiar el cuidado de su persona a quien viene actuando como guardador de hecho, probablemente un familiar o alguna persona de su entorno social y que, sin embargo, considere que los asuntos que exceden del ámbito personal sean gestionados por un curador o incluso por otra persona en funciones de guardador de hecho.*”²

De esta manera, en atención a las necesidades de la persona con discapacidad podría ser posible la actuación de hecho de dos personas diferentes, una persona como guardador de los bienes y otra como guardador de la persona.

La guarda de hecho a partir de la reforma va a gozar de preferencia sobre la curatela priorizándose esta medida tal y como puede desprenderse del art. 255.5 CC “*Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.*”

Por tanto no va a ser necesaria una curatela en tanto que el guardador de hecho sea un apoyo suficiente evitando así el mecanismo del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo y la intervención de la entidad pública encargada de la asistencia de personas discapacitadas, así dispone el art. 253 CC: “*Cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada*

¹ LECICEÑA IBARRA A. *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi.

² NIETO ALONSO A. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Civitas.

esta función. la entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas.”

El guardador de hecho también suele ser el prestador de cuidados afectivos tal y como mencionaba anteriormente debido a que esta figura es habitualmente un familiar de la persona con discapacidad.

Este guardador no va a necesitar de investidura judicial formal y su función va a ser la de asistir a la persona necesitada de manera estable y permanente, ya que una actuación puntual va a suponer una simple gestión de negocios ajenos sin mandato quedando fuera de la guarda de hecho.

Continuando con la figura del guardador, van a estar excluidos de tal condición las personas que actúan como apoderadas, las personas designadas en escritura pública por la persona discapacitada para prestar apoyos, las personas que actúan por encargo ni los sujetos que están vinculados a la persona discapacitada por un vínculo contractual.

Con la nueva ley, va a establecerse una conexión entre la figura de la guarda de hecho y la familia, ya que parece lógico que la persona discapacitada elija a un familiar como guardador de hecho.

4.5.2. Artículo 264 CC

En cuanto al art. 264 CC, establece: *“Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, éste habrá de obtener autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La Autorización podrá comprender 1 o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.*

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

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

la autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.”

Tal y como apuntaba anteriormente, con esta nueva ley la persona discapacitada va a gozar de una mayor independencia en la toma de sus decisiones, así podemos observarlo en el citado artículo ya que solamente de manera excepcional precisara de las medidas de apoyo mencionadas en el art. 250 CC.

Más en concreto, el guardador de hecho deberá atender a los deseos de la persona a la que asiste ayudándola en su toma de decisiones para que esta pueda expresarse todo ello sin que suponga un reemplazo en la voluntad de la persona discapacitada.

Simplemente va a limitarse a promover la formación de la voluntad del guardado tomando este la decisión final aunque no siga las directrices de su guardador ya que siempre va a prevalecer su voluntad y deseos.

En caso de encontrarnos en un entorno notarial, van a comparecer tanto el guardador como el guardado, siendo este último el otorgante del negocio una vez hay formado su voluntad de manera libre.

Aquí entra en juego el notario, que va a emitir un juicio sobre la aptitud de la persona discapacitada en el ejercicio de su capacidad jurídica indagando si el guardado ha entendido el acto y las consecuencias que de este pueden derivarse. Una vez superado, el negocio va a devenirse firme.

Una de las grandes novedades de esta ley, es la necesidad de una autorización judicial ad hoc. Cuando sea imposible para el guardado formar su voluntad libre, entrará en acción este apoyo representativo debiendo el guardador contar con la mencionada autorización judicial previa en el marco de un expediente de jurisdicción voluntaria.

Para ello el juez deberá oír a la persona con discapacidad debiendo cerciorarse de que va a ser inevitable la aplicación de la medida de apoyo.

El trabajo del juez no va a ser decidir sobre la mejor opción para la persona con discapacidad, sino que entra a determinar lo que dicha persona hubiera querido si hubiese podido actuar.

Tal y como dispone el art. 53.3 LJV, la autoridad judicial también puede solicitar un informe pericial para cerciorarse de la situación de la persona necesitada ya sea a través de forenses, o psicólogos; e incluso puede citar a las personas que este determine en función del acto que vaya a autorizar.

Una vez se hayan realizado todas las actuaciones, y una vez la autoridad judicial haya comprobado la necesidad de la medida que se ha solicitado, podrá conceder la autorización en los términos y condiciones adecuados al caso concreto.

La solicitud de esta autorización judicial ya se venían aclarando en el Preámbulo de la LRAPD en su apartado III: *“Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa,*

se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias.” Y tal y como hemos visto en el primer apartado de este artículo 264 CC.

Una vez que el guardador ha conseguido la autorización judicial, este no debe olvidar su papel, que no puede implicar en ningún caso una sustitución de la voluntad del guardado por la suya propia, acomodándose así a los nuevos paradigmas con los que comulga esta nueva ley 8/2021 y quedando vinculado a la voluntad de la persona guardada, siendo un apoyo restaurador de la persona con discapacidad.³

Va a ser sólo y excepcionalmente cuando no haya ningún indicio de cuál sería la voluntad del guardado cuando se va a recurrir a la valoración del juez de cuál sería el mejor interés del guardado, eso sí, siempre con las cautelas necesarias para que no se de ninguna situación de indefensión en la persona discapacitada.

Para los actos que realice el guardador de hecho en funciones representativa, se debe tener en cuenta también el art. 61 LJV modificado por la LRAPD: *“Se aplicarán las disposiciones de este capítulo en todos los casos en que el representante legal del menor o la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad o el administrador de un patrimonio protegido necesita autorización o aprobación judicial para la validez de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a sus bienes o derechos o al patrimonio protegido, salvo que hubiera establecida una tramitación específica.”*

Como podemos observar en el segundo párrafo de este art. 264 CC, la autorización judicial se exige en todo caso para que el guardador pueda prestar consentimiento en los actos que se enumeran en el art. 287 CC, que regula la necesidad de autorización judicial en los casos en que el curador realice funciones de representación.

4.5.2.1. Artículo 287 CC

El art. 287 CC dispone que: *“El curador que jeta funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:*

³ LECICEÑA IBARRA A. *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 662.

- 1°. Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no puede hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.
- 2°. Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, Dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúan la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.
- 3°. Disponer A título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.
- 4°. Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.
- 5°. Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.
- 6°. Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.
- 7°. Interponer demanda el nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial y que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.
- 8°. Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.
- 9°. Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando éstos requieran inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.”

Pasando a analizar uno a uno, en primer lugar nos encontramos con los actos de trascendencia personal y familiar, una de las grandes novedades.

Aquí debemos distinguir entre actos personales y personalísimos, debiendo recalcar que en estos últimos no se admite ninguna clase de asistencia ni representación (cambio de nombre o sexo, por ejemplo) ya que estos deberán ser autorizados por el juez.

Este primer apartado hace mención a internamientos y al consentimiento informado, aquí “Hubiera sido preferible no hace referencias ni al internamiento ni a consentimiento informado que tienen su

propio régimen legal y a los que en principio no resulta de aplicación esta autorización judicial; hubiera bastado excluir de esta norma los actos a los que resulte aplicable un régimen especial.”⁴

En el segundo apartado de este art. 287 se hace referencia a los actos de enajenación y gravamen. Incluye Una lista de los que son bienes y derechos más valiosos del patrimonio de la persona con discapacidad y que debe someterse a control judicial su enajenación incluyendo cualquier acto de disposición a título oneroso. En el caso del gravamen incluye también los derechos reales cuya constitución disminuye el valor del bien.

Además, con la reforma ha habido una ampliación en el catálogo de actos incluidos además de una reubicación de otros como dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de 6 años.

Así pues, podemos desprender que la regla general va a ser la venta directa pero si el juez lo considera procedente se procederá a realizar la venta en pública subasta que no pretende otra cosa que garantizar un resultado más óptimo y con mayores garantías para la persona con discapacidad.

En el apartado tercero del artículo 287 CC se habla de la disposición a título gratuito que con la reforma añade el inciso *salvo los que tengan escasa relevancia económica*, circunstancia que se valorará en función del patrimonio de la persona con discapacidad.

Podemos concluir que *“Puede considerarse que la legitimación del curador o facultades para disponer a título gratuito es positiva porque, de una parte, garantiza el ejercicio de la capacidad jurídica del tutelado y, de otra, evita una actuación irreflexiva o interesada del curador, al condicionar su conclusión a la autorización del juez.”⁵*

En el apartado número cuatro se habla de la renuncia de derechos transacción y arbitraje, excluyendo el arbitraje de consumo y la renuncia, transacción o arbitraje que recae sobre bienes, derechos o cuestiones de escasa relevancia económica.

En el quinto apartado de este artículo 287 CC, se habla de aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

Podemos justificar la existencia de este apartado en tanto que son actos que implican riesgo patrimonial, pudiendo el curador aceptar la herencia a beneficio de inventario, los legados y la donación pura y simple iba a necesitar autorización judicial para aceptar por el simplemente la herencia y los legados y donaciones modales onerosos.

⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO C. *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 797.

⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO C. *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 808.

Cabe mencionar que el término liberalidad va a comprender aquellos actos a título gratuito que impliquen una aportación al activo patrimonial.

Pasando ya al sexto apartado, este habla de gastos extraordinarios, sin embargo se considera que va a alcanzar a todo tipo de bienes ya que éstos no se precisan.

En cuanto a la interposición de demandas de las que habla el apartado séptimo va a incorporar una novedad, que dispensa la autorización judicial cuando se inste la revisión de la medida judicial de provisión de apoyos y, se mantiene la razón de urgencia y las cosas cuantía.

La razón por la que estas actuaciones procesales se someten a control judicial va a ser con el fin de controlar la necesidad de un pleito que puede suponer repercusiones patrimoniales como las costas.

Una vez se ha concedido la autorización, se entiende que todas las actuaciones siguientes quedan también autorizadas.

Tal y como se desprende de este séptimo apartado no se va a exigir autorización en el caso de asuntos urgentes o de escasa cuantía, debiendo conectarse la urgencia la pérdida de oportunidad como en el caso del vencimiento de plazos y la escasa cuantía a la falta de riesgo en el patrimonio de la persona con discapacidad.

El último inciso de este apartado excluye la autorización judicial *cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial el que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.*

De este modo,

“Merece un juicio negativo por las siguientes razones:

- a) su formulación es incorrecta pues está la presencia de actos que realiza el curador como representante y que necesitan autorización judicial y no de actuaciones procesales de la persona con discapacidad que no están sometidas a este control judicial y que, en todo caso, estarían sujetas a la asistencia del curador. Si lo que se quiso señalar es que la persona con discapacidad, cuando instala revisión de la resolución judicial de provisión de apoyos, puede hacerlo por sí mismo y por sí sola éste no es el lugar oportuno.*
- b) si lo que se quiso significar es que no es necesaria la autorización judicial cuando se instala la revisión de las medidas por parte del curador (aunque la interpretación literal es otra), esta formulación es innecesaria, pues de la utilización técnica del término demanda, se infiere la exclusión de la autorización judicial para iniciar un procedimiento de jurisdicción voluntaria y, como es sabido, la*

*revisión de la resolución judicial de provisión de apoyos se ventila a través del cauce previsto en el artículo 42.bis.c) LJV.*⁶

Pasando al penúltimo apartado en el que se habla de dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza, entendemos que son actos que implican riesgo patrimonial, colocando el patrimonio de la persona discapacitada en situación de responder por el incumplimiento de la obligación principal de un tercero, Y Es por ello que es necesario controlar la necesidad y conveniencia de realizar este tipo de actos ya que son operaciones patrimoniales que se pueden utilizar fácilmente con fines fraudulentos.

en cuanto al préstamo, tomando la condición de prestatario y de prestamista la persona con discapacidad, debe establecerse un control judicial para verificar el destino de la cantidad prestada y las condiciones pactadas para su devolución.

En cuanto al noveno y último apartado de este artículo 287 CC, habla de contratos de seguros de vida renta vitalicia y análogos.

Este apartado supone una novedad ya que se pone de manifiesto la preocupación del legislador por la celebración de contratos de seguro de vida ya que en la práctica se han encontrado situaciones de abuso y que pueden ser impedidas a través de la autorización judicial que se necesita para ello.

Es por ello que el control judicial va a abarcar la celebración del contrato y la modificación de las condiciones y de los beneficiarios establecidos inicialmente.

Un tema importante es el de las sanciones a los actos realizados por el guardador sin la preceptiva autorización judicial.

En la reforma no se dice nada al respecto sobre el tipo de sanción que deben merecer estos actos; sin embargo, la STS Pleno núm. 2/2018, de 10 de enero, RJ/2018/156, los califica de anulables.

La intervención judicial tal y como sostiene la reforma es una actuación excepcional ya que va a dar legitimación al guardador en nombre del guardado sin contar con la aprobación de este último por sus limitaciones intelectuales; el guardador va a tener que actuar conforme a los deseos y preferencias del guardado y el juez va a actuar de garante de que esto se cumpla autorizando en ese momento dicha actuación representativa.

En caso de que falte dicha autorización y la sanción fuere la anulabilidad tal y como comulga la STS Pleno núm. 2/2018, de 10 de enero, RJ/2018/156, supondría una situación de indefensión para la persona discapacitada, todo ello debido a que si transcurridos cuatro años

⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO C. *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 811-812.

del acto realizado sin la correspondiente autorización judicial, se le reconocería validez que atentaría contra la dignidad del guardado.

Si esto fuera así, la reforma hubiera sido en vano ya que igualmente se reconocería como válida una actuación que sustituye la voluntad de la persona con discapacidad.

Por ello, *“A mi juicio, en el nuevo marco normativo la naturaleza del artículo 264 CC debe ser calificada como imperativa, colocando su infracción en el ámbito de aplicación del artículo 6.2 CC, nulidad de pleno derecho. Máxima sanción que consideró es la adecuada para proteger al guardado ante la grave intromisión sufrida, permitiendo en todo caso ambas partes contratantes, así como a cualquier tercero interesado, sin límite de tiempo, hacer valer la nulidad.”*⁷

En el art. 264 CC también se habla de actuaciones representativas del guardador sin previa autorización judicial en los siguientes supuestos.

En primer lugar cuando se solicita una prestación económica a favor de la persona discapacitada si no supone un cambio significativo en su forma de vida. Esta legitimación activa incluiría también la necesaria para llevar a cabo cualquier acto derivado del procedimiento como por ejemplo la interposición de recursos administrativos en contra de la resolución correspondiente ya que si se permite solicitar una prestación, sería razonable también que el guardador puede interponer la demanda correspondiente.

En segundo lugar en el caso de la realización de actos jurídicos sobre bienes del guardado con escasa relevancia económica y que carezcan de especial significado personal o familiar. Aquí podemos observar que tal y como establece el legislador, si los bienes tienen escasa relevancia económica pero tienen significado personal o familiar para el guardado, igualmente el guardador va a requerir de autorización judicial.

Además, el legislador no ha cuantificado la cantidad a la que se refiere la expresión escasa relevancia económica por lo que su interpretación hay que adaptarla al contexto económico del guardado.

Finalizando con el artículo 264 CC, éste indica que se le reconoce a la autoridad judicial la posibilidad del nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.

Este último párrafo provoca dudas, ya que podría poner en cuestión el nuevo paradigma de esta ley que se basa en el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

⁷ LECICEÑA IBARRA A. *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 666.

Esto se debe a que la simple concesión de esta prerrogativa a la autoridad judicial sin más matizaciones podría quebrantar este planteamiento.

En este caso lo más adecuado es que este párrafo se interprete de manera que su aplicación se reduzca a una situación en la que se den circunstancias excepcionales para justificar la actuación judicial tales como el supuesto de que exista un conflicto de intereses entre el guardado y el guardador. Esto debe ser así en tanto que actualmente nos hallamos en un escenario de pérdida del protagonismo judicial en el que el legislador ha reconocido la guarda de hecho la misma importancia que tienen los apoyos de carácter judicial.

4.5.3. Artículo 265 CC

Pasando al art. 265 CC, este establece que: *“A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias.*

Así mismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento.”

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

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

Estas influencias indebidas se dan en los casos en los que la relación entre la persona que presta el apoyo y la persona discapacitada, esta última presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación.

Como hemos mencionado anteriormente, estas salvaguardias han de ser proporcionales y se deben adaptar a las circunstancias de la persona para poder ser aplicadas en el plazo más corto posible y han de estar sujetas a exámenes periódicos por parte de la autoridad judicial. Caben destacar los dos primeros apartados del artículo 52 LJV en relación al expediente de la jurisdicción voluntaria a través del cual se van a configurar las salvaguardias.

Estas salvaguardias van a ser tales como el requerimiento que puede realizar en cualquier momento la autoridad judicial de oficio o a instancia de parte para que le informe de la persona y bienes de la persona guardada y para que le rinda cuentas.

Otra de las salvaguardias que podemos traer a colación es la del Ministerio fiscal que puede instalar juez a que se realice tal requerimiento sin perjuicio de la discrecionalidad del juez que puede establecer las medidas de control y vigilancia que estime oportunas.

Además, podemos mencionar también la salvaguardia indiscutible que es la autorización judicial de la que hemos hablado anteriormente.

“Una salvaguardia inestimable puede ser la intervención activa del notario en aquellos actos o negocios en los que estén implicadas personas vulnerables o personas con discapacidad y requieran su presencia, sobre todo, con la finalidad de evitar abusos, conflicto de intereses o influencias indebidas. La persona con discapacidad podría incluso solicitar la intervención, opinión y Consejo de este fedatario público aunque cuente con el apoyo de un guardador de hecho.”⁸

Igualmente, la persona con discapacidad, tal y como se dispone en el art. 255.3 CC, *“podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.”*

En el artículo 265 CC, también se establece una medida concreta de salvaguardia que va a ser el requerimiento judicial de información y la rendición de cuentas.

Va a ser encargado de requerir al guardador de hecho la autoridad judicial y podrá hacerlo en cualquier momento de oficio.

⁸ NIETO ALONSO A. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Civitas, pp. 314.

sin perjuicio de esta actuación de oficio, van a estar legitimados para instar a este requerimiento el Ministerio Fiscal, la persona que precisa las medidas de apoyo o cualquier persona con un interés legítimo.

Este requerimiento va a consistir en que el guardador De hecho informe a la autoridad judicial de la situación de la persona con discapacidad, de los bienes de esta y de su actuación en relación a estos.

Va a ser competente para el conocimiento de este expediente, el juzgado de primera instancia del domicilio o en su defecto de la residencia de la persona con discapacidad, no siendo preceptiva la intervención de abogado y procurador.

Cabe destacar la amplia discrecionalidad que se le concede al juez en cuanto a la adopción de las salvaguardias. Un ejemplo de ello se encuentra en el artículo 249.4º CC, al disponer este que *“la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajusta a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.”*

También se debe mencionar En este sentido el artículo 52.2 LJV que también insiste en esta idea al disponer que el juez puede establecer las medidas de control y vigilancia que estime oportunas.

Finalmente, en lo referente a las salvaguardias que *“Un excesivo control pensado inicialmente como salvaguardia puede producir un efecto boomerang y entonces las salvaguardias, cuyo objetivo es garantizar que se respeten la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad, podrían perder su esencia, por eso considero digno de todo encomio que la LRAPD, en el ap. I de su preámbulo dejé claro que las salvaguardias se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.”*⁹

4.5.4. Artículo 266 CC

En cuanto al art. 266 CC, este establece que: *“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.”*

Como podemos observar, en este artículo se le reconoce una serie de derechos al guardador. Esta norma tiene por finalidad mantener la seguridad del guardador, claro está, sin que ello suponga una recompensa o retribución en el ejercicio de su función de apoyo.

⁹ NIETO ALONSO A. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Civitas, pp. 315.

Tal y como podemos observar en el precepto, habla de gastos justificados que van a ser a cargo del patrimonio de la persona con discapacidad al igual que las indemnizaciones.

de este artículo 266 CC, podemos entender también que exige ausencia de culpa en la actuación del guardador.

“Dada la proximidad de la guarda De hecho al cuasicontrato de la gestión de negocios ajenos, conviene traer a colación el artículo 1893 CC, por su posible aplicación analógica, que contempla también la indemnización al gestor de los gastos necesarios y útiles que hubiere hecho de los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo, soy el dueño de los bienes o negocios que gestione se aprovecha de las ventajas de la gestión o bien porque con la gestión se evitó algún perjuicio inminente y manifiesto. A mi juicio, tales normas previstas para este cuasicontrato de la gestión de negocios ajenos deben aplicarse con cautela, sobre todo, dada la actual regulación completa de la guarda de hecho.”¹⁰

Así pues, van a primar las normas relativas al guardador de hecho, pudiendo acudir de manera excepcional a una interpretación extensiva de las normas de la gestión de negocios ajenos.

Pasando a hablar del importe de la indemnización a percibir por el guardador de hecho, esta va a ser la convenida por la misma persona con discapacidad que seguramente haya sido decidida con el guardador de hecho.

Va a ser solo en defecto de la decisión del guardado o de la decisión tomada con el guardador que se va a aplicar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 281 CC sobre la indemnización a favor del curador: *“Corresponde a la autoridad judicial 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.”*

No está de más que en casos dudosos, sea la autoridad judicial la que compruebe la adecuada justificación de los gastos realizados por el guardador debiendo este rendir cuentas demostrando que dichos gastos eran necesarios; todo ello siempre en atención al respeto de los intereses del guardado, ya que es éste el que va a responder con su patrimonio.

Debido al nuevo modelo que se adopta actualmente sobre la discapacidad, la persona necesitada de apoyos va a ser la que va a responder en caso de que el daño del que va a ser indemnizado el guardador haya sido causado por el guardado.

Así podemos observarlo en el artículo 299 CC que establece que: *“La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables.”*

¹⁰ NIETO ALONSO A. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Civitas, pp. 318.

Además en este artículo 266 CC se reconoce también el derecho al reembolso de los gastos justificados realizados por el guardador de hecho aunque no se dice nada de una posible retribución a este.

Esto se debe a que la CDPD establece que Los Estados parte deben adoptar medidas para proporcionar acceso al apoyo necesario, debiendo velar también por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y porque la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Aunque como hemos dicho esta retribución se ha venido negando, sí que es cierto que expresamente se prevé la retribución del curador siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita.

A pesar de que en el artículo 266 CC no se establezca la posibilidad de retribución mencionada anteriormente, si hacemos una reinterpretación en base al nuevo pensamiento que promulga la nueva ley, se deberá respetar la voluntad de la persona con discapacidad si esta decide disponer una retribución en favor de la persona dada su capacidad económica. esta retribución puede ser una donación remuneratoria a modo de reembolso de los gastos que en realidad supondría una forma de reembolso al guardador por lo gastado más que una retribución.

El art. 251.1º CC prohíbe al que ejerza las medidas de apoyo “*recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.*”

A pesar de lo de dispuesto en este artículo, el guardador sí que podría recibir esa liberalidad aunque tiene que esperar a la aprobación definitiva de su gestión sin perjuicio de que el guardado excluye expresamente la prohibición de este apartado primero.

Hay que hacer especial mención al contrato de vitalicio o en su caso de alimentos siendo el guardado el alimentista-cedente y el guardador alimentante-cesionario. Entiende que para celebrar un contrato de vitalicio o de alimentos se plantean dos cuestiones, en primer lugar la necesidad de una autorización judicial que como ya hemos visto esta se va a exigir para los actos enumerados en el artículo 287 CC.¹¹

En el apartado 9 del mencionado artículo se habla de autorización judicial para los contratos de renta vitalicia y otros análogos sin embargo, al contrato vitalicio no se le debería

¹¹ NIETO ALONSO A. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Civitas, pp. 321-322.

considerar análogo al de la renta vitalicia, ya que el primero es un contrato autónomo y no una modalidad de la renta vitalicia. En consecuencia, no haría falta dicha autorización judicial. Sobre la cuestión de si la prohibición de auto contratar alcanza el contrato de vitalicio, *“Aunque el artículo 1459.1º CC impide adquirir por compra a los que desempeñen funciones de apoyo, los bienes de la persona o personas a quienes representen el precepto se refiere a un apoyo en funciones representativas, de modo que si el guardador actúa simplemente como un apoyo no representativo no le alcanzaría la prohibición.*

Además, raramente se produciría en el contrato de vitalicio un conflicto de intereses, Ya que el auto contrato sería válido si de sus celebración no se sigue lesión o perjuicio del interés representado. De la celebración de un contrato de vitalicio no se sigue lesión o perjuicio ya que el interés del guardado en recibir cuidados incluso afectivos, no entra en conflicto con el interés del guardador en recibir bienes a cambio de tales cuidados.”¹²

Aunque sí está la figura del guardador de hecho que interviene como parte en el contrato, puede instrumentalizarse también la función de apoyo por medio de un contrato de vitalicio o en su caso de alimentos.

Además las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo o recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares.

no está de más la fomentación de la posibilidad de celebrar contratos como el de vitalicio ya que a través de este se puede facilitar a la persona con discapacidad los cuidados incluyendo en éstos los afectivos.

La persona con discapacidad puede decidir retribuir directamente al guardador u ordenar disposiciones mortis causa a su favor por las funciones de cuidado que le ha prestado.

Para que el guardador pueda ser favorecido en la sucesión, debe ordenarse testamento notarial abierto.

Además se van a considerar válidas las disposiciones a favor del guardador que ostente la condición de heredero legal o abintestato. Esto ocurrirá normalmente ya que el guardador de hecho por lo general suele ser un familiar de la persona discapacitada.

4.5.5. Artículo 267 CC

Por último, tenemos el art. 267 CC, que establece: *“La guarda De hecho se extingue:*

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

2º. Cuando desaparezcan las cosas que la motivaron.

¹² NIETO ALONSO A. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Civitas.

3º. *Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública en el respectivo territorio tenga encomendadas las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.*

4º. *Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de que se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.”*

Como hemos podido observar con la nueva reforma, la guarda De hecho pasa de ser una situación provisional a una figura más estable consagrando su permanencia mientras sea un apoyo adecuado para la persona con discapacidad.

Así se puede desprender del preámbulo de la ley 8/2021 en su apartado III, que señala que *“la guarda de hecho se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad.”*

En este artículo 267 CC se regulan las formas de extinción de la guarda de hecho, concebida ahora como una figura con tendencia a la permanencia, pudiéndose distinguir entre causas subjetivas ya sean por parte del guardador o del guardado, objetivas que vienen a ser la desaparición de las causas que la motivaron o judiciales.

- En cuanto a las causas subjetivas dentro del primer apartado se establece que *la persona a quien se presta apoyo solicite que éste se organice de otro modo*. Se puede observar que esta causa de extinción se debe a la persona con discapacidad que puede tomar sus propias decisiones, todo ello en aras al nuevo sistema en el que predomina el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

Así pues, esta posibilidad de extinción va a quedar en manos de la persona con discapacidad ya que si se les reconoce el derecho al apoyo siendo éste al mismo tiempo una exigencia para los Estados parte también debe ser un derecho el rechazar dicho apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento.

Claro está, que todo esto es sin perjuicio de que si la persona con discapacidad prescinde de las medidas de apoyo cuando fueran precisas, se puede prever la posible anulación del negocio.

Esta acción anulabilidad puede ser ejercida por la misma persona con discapacidad o sus herederos y por la persona a la que le hubiera correspondido prestar el apoyo.

Si se da el caso de que la persona con discapacidad decide la extinción de la guarda y el guardador hace caso omiso, se puede tomar el camino de las salvaguardias como por ejemplo a través de la vía judicial para que se pueda requerir al guardador Para

que pueda venirse a lo que ha solicitado el guardado que en este caso es la extinción del apoyo.

Esto podemos observarlo en el artículo 265.1º CC cuando dispone que “*a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal o instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación y establecer las salvaguardias que estime necesarias.*”

- La segunda causa de extinción prevista en el segundo apartado de este artículo 267 CC que establece que *la guarda de hecho se extingue cuando desaparezcan las causas que la motivaron* pudiéndose calificar dicha causa de objetiva. Esta causa también se prevé para la curatela.

Podemos observar que dicha causa de extinción se adecúa al nuevo modelo de discapacidad, ya que tras la reforma y cómo se ha explicado a lo largo de todo el trabajo, el principal objetivo es el respeto de la autonomía de la persona con discapacidad y a que recobre su plena capacidad jurídica por lo que esta medida de apoyo carecería de sentido si cesa la causa que lo motivó; todo ello también en aras de que a la persona con discapacidad se les reconozca capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida tal y como promulga el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Es de mención también, la Observación General, número 1, de 19 de mayo de 2014, disponiendo esta que “*el comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica y ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.*”

Es decir, la principal razón de este segundo apartado es que haya desaparecido mejorado la situación de la persona con discapacidad o que se haya dado la muerte o declaración de fallecimiento del guardado, ya que La muerte declaración de fallecimiento del guardador no distinguiría a la guarda sino que se procedería a la búsqueda del apoyo preciso para evitar una situación de indefensión.

- La tercera causa de extinción, también calificada de subjetiva va a depender de la voluntad del guardador de hecho, ya que se va a dar esa extinción *cuando el guardador desista de su actuación.*

Como dice el mismo precepto, *el guardador deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio de encomendadas las funciones de promoción de la*

autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, así podemos observar que en este apartado se da una solución ya que se va a buscar un apoyo ante tal situación de urgencia produciéndose la hipótesis del artículo 253 CC que señala que “cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada a esta función. La entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas.”

El juez podría proceder de oficio en este caso sin perjuicio del recurso de desistimiento del guardador que sería el defensor judicial, en el artículo 295.1.1º CC se prevé el nombramiento de este defensor judicial “cuando por cualquier causa, a quien haya de prestar apoyo no puede hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.”

En el artículo 250.6º CC se define la función del defensor judicial al disponer que “el nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.”

Aunque el guardador de hecho tenga el derecho de desistir de su actuación debiéndolo poner en conocimiento de la autoridad judicial, esto no debe suponer jamás una situación de indefensión para la persona con discapacidad, siendo de aplicación el artículo 281.3º CC: “en ningún caso, la admisión de causa de excusa o la decisión de remoción de las personas físicas o jurídicas designadas para el desempeño de los apoyos podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precisa dichos apoyos, debiendo la autoridad judicial actuar de oficio, Mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o bien, de no poder contar con estos, con la inexcusable colaboración de los organismos y entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal.”

Si se va a requerir finalmente acudir a un expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad por desistimiento muerte o declaración de fallecimiento del guardador hay que tener en cuenta el artículo 42 bis b) 2.2º LJV que establece que la autoridad judicial antes de la comparecencia podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia. La entidad informará sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial.

“Tras el desistimiento, muerte o declaración de fallecimiento del guardador que venía actuando como apoyo, si existe la posibilidad de acudir a un apoyo naturaleza voluntaria o a otro apoyo informal, por la existencia, por ejemplo, en el ámbito familiar, de personas que pueden actuar como guardadores de hecho, se descartarán apoyos judiciales, póngase por caso de un defensor judicial o de un curador.”¹³

- El último apartado de este artículo 267 CC se designa como causa judicial al establecerse que se extinguirá cuando *“la autoridad judicial lo considere conveniente”*, Este podría ser el caso del artículo 263 CC cuando habla de que el guardador de hecho no la viniere ejerciendo adecuadamente.

Aunque en el cuarto apartado de este artículo 267 CC se establezca que debe realizarse a instancia de parte nada podría impedir que se haga de oficio por interpretación extensiva de otras normas como en el caso del requerimiento de oficio por la autoridad judicial al guardador de hecho o cuando se da el caso de excusa y remoción del curador viviendo actuará aquí de oficio la autoridad judicial.

La iniciativa para solicitar la extinción Al juez la tiene el Ministerio fiscal y la persona que se interese por ejercer el apoyo de la persona discapacitada.

Aunque sea el juez el que decida la extinción nada impide que en el caso de que exista alguna medida voluntaria u otras personas que estén en condición de ejercer la guarda de hecho, cubran esta falta de apoyo para evitar la situación de indefensión de la persona con discapacidad.

Además la autoridad judicial, habrá de tener en cuenta la propuesta de la persona discapacitada y a falta de dicha propuesta seguirá el orden de las personas aptas para ser curadores establecido en el artículo 276 CC siempre oyendo a la persona que precisa el apoyo y en caso de que no esté clara su voluntad habrá de nombrar a la persona más idónea para comprender interpretar su voluntad, deseos y preferencias. Es decir, en este último apartado se contempla una causa de extinción para cuando la autoridad judicial lo considere conveniente, simplemente va a decidir la extinción sin que implique necesariamente que deba procederse a la provisión de medidas judiciales de apoyo.

estas medidas judiciales de apoyo procederían como último recurso tal y como expone el artículo 255.5º CC que *“Solo en defecto por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda derecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.”*

¹³ NIETO ALONSO A. *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Civitas, pp. 330.

5. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

En este epígrafe, se va a proceder a analizar una serie de resoluciones, partiendo de la STS 589/2021 ya que va a ser a partir de esta sentencia en la que se van a fundamentar las demás.

5.1. SENTENCIA 589/2021 DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021

En el presente recurso de casación se realiza un examen de los criterios a tener en cuenta en la provisión de las medidas de apoyo.

Puesto que estamos ante un recurso de casación es necesario establecer los antecedentes de hecho.

En primer lugar el ministerio fiscal interpuso una demanda de juicio verbal con la finalidad de que se determinase la capacidad y las medidas de apoyo necesarias a adoptar con respecto a la parte apelante.

Hay que tener en cuenta que en el momento de la interposición de esta demanda nos encontrábamos ante la vigencia de la legislación anterior.

En esa sentencia se estableció que la parte apelante padecía de síndrome de Diógenes y un posible trastorno de la personalidad.

Esta demanda fue consecuencia del contacto que establecieron los vecinos de éste con la fiscalía al observar la acumulación de objetos, alimentos y basura en la vivienda; que además de afectar a la propia salubridad de esta persona, también ocasionaba perjuicios a los vecinos. Teniendo en cuenta el informe del médico forense así como la entrevista judicial con la parte apelante, y a pesar de que este se mostró preciso y coherente en las respuestas dadas, se estableció en la sentencia de primera instancia la modificación de la capacidad de esta persona nombrando tutora a la comunidad autónoma del Principado de Asturias y autorizándola a acceder al domicilio de este para limpiar y ordenar dicho domicilio.

Esta sentencia fue recurrida en apelación siendo este recurso desestimado por la segunda instancia, teniendo como consecuencia la interposición del presente recurso de casación en el que se alegó la infracción del art. 199 CC en relación con los arts. 200 y 322 del mismo texto legal.

Este recurso fue admitido procediendo el ministerio fiscal a presentar un escrito en el que solicita la desestimación del recurso de casación solicitando que en vez de aplicarse la figura

de la tutela, se estime una curatela, así como modifica en cierto modo las facultades que se otorguen a este curador de forma que se respete la autonomía de esta persona y se adopte la medida de apoyo más adecuada en función de sus necesidades.

También se solicita que se establezca el control de esta medida cada seis meses en atención al tipo de síndrome que esta persona padece.

Posteriormente y en los fundamentos de derecho, se examina el informe del médico forense en el que se establece cuáles son las deficiencias que esta persona padece concretándose en este caso en el cuidado de su salud y su higiene, así como en lo que respecta a la higiene del inmueble en el que reside.

Al modificarse en primera instancia la capacidad de esta persona y nombrando tutora a la comunidad autónoma del Principado de Asturias en lo que respecta a la entrada en el domicilio, el apelante recurre esta sentencia siendo desestimado el recurso presentado en atención a la falta de conciencia que padece esta persona en lo que respecta a la limpieza y salubridad teniendo en cuenta además que se niega a permitir la entrada en su domicilio así como se niega a recibir ayuda de los servicios sociales. Todo ello como consecuencia de la falta de conciencia que se indicaba con anterioridad.

A raíz de la desestimación del recurso de apelación, se interpone el recurso de casación alegando que esta persona no padece ningún deterioro cognitivo y que ha respondido de forma razonable y concisa a las preguntas realizadas tanto por el médico forense como por los magistrados, solicitando por tanto que no se le obligue a permitir la entrada en su domicilio en contra de su voluntad y a su costa debiendo mantenerse por tanto su plena capacidad jurídica y de obrar.

Por otra parte, el Ministerio Fiscal, considera la reforma legislativa solicitando una curatela sin facultades de representación en lo que concierna a aquellas actuaciones sanitarias que garantice el tratamiento que deba recibir el recurrente así como lo relativo a la limpieza de su domicilio debiendo atender el curador en primer lugar a la voluntad de la persona necesitada de medidas de apoyo y solicitando la revisión de la medida cada seis meses en atención al carácter dinámico del síndrome que se padece.

Este tribunal, teniendo en cuenta el recurso de casación, el escrito del fiscal y los antecedentes de hecho realiza un análisis de la reforma legislativa centrándose principalmente en la supresión de la declaración de incapacidad y los principios que deben regir en lo que respecta a la provisión de apoyos judiciales. En concreto, a los principios de necesidad y proporcionalidad así como el respeto a la autonomía de la persona y a la voluntad y preferencias de esta.

Por otra parte, se establece que el juez debe precisar el alcance de las medidas de forma concreta debiendo aplicarse la curatela sólo en aquellos casos en los que sea estrictamente necesario.

También hace referencia a la disposición transitoria sexta de la ley 8/2021 que establece que la nueva legislación se aplicara a aquellos procesos que se encuentren en tramitación, siendo por tanto aplicable a este supuesto.

En lo que atañe a la necesidad de atender a la voluntad de la persona con discapacidad, establece que esta atención no obliga en sí a seguir dicha voluntad en todo caso puesto que habrá que analizar cada supuesto en concreto mediante juicio contradictorio y observar si la oposición que muestra la persona con discapacidad en cuanto a la adopción de una determinada medida de apoyo viene determinada por la falta de conciencia de la necesidad de esta medida, determinando por tanto que no siempre debe satisfacerse la voluntad de dicha persona.

Por tanto, las directrices que deben tenerse en cuenta y que se encuentran en el art. 268 del Código Civil son las siguientes:

- Respetar la máxima autonomía y atender a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.
- Respetar el principio de intervención mínima y establecer la curatela como medida excepcional.
- La curatela no puede consistir en una mera privación de derechos.

Por todo lo anterior el tribunal estima en parte el recurso de casación interpuesto dejando sin efecto la declaración de modificación de capacidad sustituyendo la tutela por la curatela y confirmándose las medidas de apoyo y completándolas con las propuestas por la fiscalía, de forma que el Principado de Asturias es designado como curador de forma que se haga cargo de los servicios de limpieza y orden de la casa del recurrente y autorizándolo a entrar en el domicilio de este con la periodicidad que considere necesario.

Se establece además la revisión de las medidas en plazos de seis meses.

Como podemos observar, esta sentencia es de especial interés puesto que como veremos a continuación es la que se utiliza como fundamento de las siguientes sentencias relativas a la nueva legislación de medidas de apoyo.

Además, en esta sentencia se hace uso por primera vez de la novedosa ley 8/2021 y que realiza un análisis de los criterios establecidos en dicha legislación aclarando conceptos relevantes para la resolución de aquellos litigios que pudiesen surgir.

5.2. SENTENCIA 989/2021 DE 25 DE OCTUBRE DE 2021

Nos encontramos ante una resolución de un recurso de apelación en el que influye que dicho procedimiento se iniciara en 2019 con la vigencia de la ley anterior.

En primera instancia, y atendiendo a la ley anterior, se designó como tutor al hijo de la parte apelante y posteriormente esta recurrió alegando un error en la valoración de la prueba.

A raíz de estos hechos, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación no por un error en la valoración de la prueba, si no en aplicación de la nueva ley 8/2021.

Se analizan los informes médicos aportados por las dos partes, llegando el Tribunal a la conclusión de que efectivamente la parte apelante no tiene conciencia de su propia enfermedad ni de la realidad y por tanto tampoco sobre su economía.

En cuanto a la estimación parcial del recurso, podemos decir que si bien el Tribunal dictamina que sí es necesario que el hijo de la apelante sea el curador de esta, no le atribuye poderes representativos como sí se hizo en primera instancia al nombrarlo tutor, atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad así como a las reglas de intervención mínima y mantenimiento de la autonomía de la persona con discapacidad.

5.3. SENTENCIA 317/2021 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2021

En esta resolución, se analiza la pertinencia de nombrar curador representativo como medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona que padece un retraso mental no diagnosticado, alteraciones en la conducta, antecedentes psicóticos, y por tanto una patología mental que se describe como crónica, persistente e irreversible.

Además, la persona que padece dicha patología, reconoce que necesita apoyo en su vida diaria, no solamente en lo que respecta a posibles tratamientos médicos y en cuanto al cuidado de su persona, si no que además afirma que también necesita este apoyo en cuanto a lo relativo a la esfera patrimonial, como el caso de tomar decisiones en cuanto a contratación, así como como aquellas de contenido económico.

El juzgado de primera instancia, una vez analizado el informe médico-forense así como la declaración de la persona sobre la que se solicitan estas medidas de apoyo y sus familiares, estima la demanda teniendo en cuenta los requisitos que establece el Tribunal Supremo en la sentencia 589/2021 de 8 de septiembre que se ha analizado con anterioridad, designando por tanto un curador representativo.

5.4. SENTENCIA 139/2021 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2021

En la presente sentencia, se analiza el caso de una persona diagnosticada con alzhéimer para la que se solicita como medida de apoyo el nombramiento de un curador con facultades de representación.

El Juzgado de Primera Instancia, tiene principalmente en cuenta para dictaminar por una parte las pruebas practicadas y por otra los requisitos establecidos en la sentencia del Tribunal Supremo 589/2021.

En primer lugar y como primer fundamento de derecho se establecen los requisitos del procedimiento analizándose la competencia del juzgado, la legitimación activa y pasiva y el procedimiento a través del cual debe sustanciarse.

En segundo lugar y en lo que se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada, se realiza un estudio de lo que supuso la reforma relativa a la incapacidad y a las medidas judiciales de apoyo.

Se puede observar que se suprime la declaración de incapacidad, así como la tutela y se establecen diferentes tipos de medidas de apoyo en función del grado de voluntad que presenta la persona para la que se solicitan dichas medidas así como el grado de permanencia en el tiempo de la enfermedad o condición que causa la necesidad de adoptar dichas medidas. La curatela se va a dejar así para supuestos muy excepcionales y debiendo por tanto adoptarse las medidas de apoyo de acuerdo a los principios de necesidad y proporcionalidad y garantizando una intervención mínima así como el máximo respeto posible de la autonomía de la persona con discapacidad.

Concretamente en este supuesto, tanto del informe médico-forense como de la entrevista judicial se desprende que la persona afectada tiene un discurso muy limitado con falta de respuesta a preguntas muy sencillas como consecuencia de la enfermedad que padece, que por otra parte es degenerativa.

Se llega a la conclusión así de que existe una anulación prácticamente absoluta de facultades que impiden a esta persona gobernarse por sí misma, teniendo esto carácter crónico e irreversible.

Se determina por tanto que debido, entre otras cosas, a la permanencia en el tiempo de esta falta de facultades es necesario nombrar a un curador con facultades de representación.

Por otra parte, y en cumplimiento de lo previsto en la legislación, el juez establece la extensión de la curatela indicando los actos concretos en los que el curador puede representar a la persona necesitada de medidas de apoyo.

Se van a concretar en dos esferas, por una parte la personal y por otra la patrimonial.

En cuanto a la esfera personal, se refiere a los tratamientos médicos, a los traslados a residencias, centros de día y a aquellos supuestos que estén previstos en las leyes de salud pública.

En cuanto a la esfera patrimonial, podrá representar a esta persona en aquellos supuestos que impliquen la reducción de su patrimonio de forma trascendente siendo necesario que solicite autorización judicial para los supuestos previstos en el art. 287 del Código Civil.

En esta sentencia, también se analiza quiénes pueden ser nombrados curadores, haciendo uso de lo establecido en el art. 276 del Código Civil.

En este caso se nombra curador al hijo y no al cónyuge de la persona con discapacidad en tanto que esta también se encuentra afectada judicialmente por medidas de apoyo y atendiendo por otra parte a su edad se agravaría la situación de esta.

En cuanto a la revisión de la medida adoptada, se establece un plazo de tres años al caracterizarse la enfermedad por la que está afectado como degenerativa, crónica e irreversible pudiendo revisarse de forma anticipada si las circunstancias cambiasen.

Por todo lo anterior se estima de forma íntegra la demanda y se declara que el hijo de la persona discapacitada ejercerá como curador representativo de ésta, estableciéndose en el fallo nuevamente los actos concretos a los que se extiende la curatela así como el plazo de revisión de ésta.

5.5. SENTENCIA 324/2021 DE 4 DE OCTUBRE DE 2021

En este supuesto se discute la necesidad de adoptar medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona diagnosticada de trastorno esquizo-afectivo con patrón bipolar.

La parte demandante en este caso, es el padre de esta persona que hasta el momento ha venido ejerciendo conjuntamente con su cónyuge los actos propios de un guardador de hecho, tal y como se desprende del fundamento de derecho quinto.

Sin embargo, y a pesar de reconocerse en esta sentencia que vienen ejerciendo ese cargo, se solicita una curatela representativa.

Para poder determinar el juzgado la necesidad o no de nombrar un curador con facultades de representación se procede a realizar en primer lugar la entrevista judicial a la persona necesitada de medidas de apoyo así como un reconocimiento por el médico forense que emite el correspondiente informe, y en último lugar son oídos los padres de dicha persona.

Nuevamente en esta sentencia encontramos al igual que en las anteriores el fundamento de que las medidas judiciales de apoyo deben ser acordes a la realidad de la persona necesitada de apoyos así como que deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad respetando en lo máximo posible la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Únicamente se contempla la curatela con funciones representativas en supuestos muy excepcionales, teniendo en cuenta que principalmente serán aquellos en los que el apoyo que debe prestarse deba ser de modo continuado.

De nuevo en esta sentencia, se analizan los requisitos establecidos en la STS 589/2021 de 8 de septiembre examinada con anterioridad.

Teniendo en cuenta que en la entrevista judicial la persona discapacitada afirma que tiene problemas en lo que respecta a la esfera económica y patrimonial.

Cuando su enfermedad le desestabiliza existe la posibilidad de la negación a internarse en un centro, el juzgado estima conveniente nombrar curador con facultades representativas al padre y demandante de la persona discapacitada, determinando aquellos actos o actuaciones en los que va a ejercer dicha labor en tanto que en otras actividades quedan cubiertos estos apoyos como guardadores de hecho.

Siempre se va a respetar la necesidad de autorización judicial en los supuestos del art. 287 del Código Civil.

Posteriormente y a partir del fundamento de derecho número sexto, se establece la legislación aplicable al cargo de curador, en concreto en los arts. 276 y ss. CC, siendo estos por los que deba regirse esta figura.

Por todo lo anterior, estima parcialmente la demanda nombrando curador al padre de la persona discapacitada y se establecen de forma concreta y exacta las funciones representativas que este va a tener.

5.6. SENTENCIA 85/2022 DE 14 DE FEBRERO DE 2022

En esta resolución se estudia el caso de una pareja divorciada que tiene un hijo discapacitado. En este caso, ambos progenitores tal y como se desprende del informe socio-familiar, aprecia indicadores positivos para la custodia compartida aunque el rol principal de cuidado es asumido por la madre ya que esta es con la que mayor tiempo pasa, siendo reconocida como cuidadora no profesional.

Desde que se produjo el divorcio hasta que Jacinto (persona discapacitada) cumplió la mayoría de edad, se dio un régimen de custodia para la madre con amplia comunicación por parte del padre aportando éste pensión de alimentos y la vivienda familiar.

Es por ello que la madre ha venido ejerciendo funciones de guardadora de hecho de manera adecuada.

De este modo, el tribunal desestima la guarda compartida, en interés de Jacinto ya que en el momento del divorcio sufrió episodios de ansiedad tal y como se indica en el informe médico.

Al desestimar la guarda compartida, el tribunal falla en mantener como guardadora de hecho a su madre y continuando con el régimen de visitas y comunicación por parte del padre, todo ello en aras de garantizar el bienestar e interés de la persona necesitada de apoyos.

5.7. SENTENCIA 14/2022 DE 3 DE FEBRERO DE 2022

En esta resolución se debate si el demandado D. Ramón va a necesitar medidas de apoyo para poder ejercitar su capacidad jurídica.

En este caso, el Ministerio Fiscal presentó demanda por la que se pedía la modificación de capacidad de obrar de Ramón nombrando como defensor judicial a la mujer de este tras haberse practicado las pruebas pertinentes.

El demandado sufre de una enfermedad degenerativa, permanente e incurable que le impide gobernarse a sí mismo necesitando ayuda para su día a día.

Su mujer y los trabajadores del Hogar Santa Elena de Barásoain son los que se han venido encargando de los cuidados de Ramón, acordando que sea su mujer la que sea nombrada en la institución de apoyo que se establezca sobre su marido.

Se acuerda establecer la guarda de hecho como medida de apoyo más adecuada nombrando guardadora de hecho a su mujer Violeta, debido a que Ramón en lo que atañe al cuidado personal y sanitario se encuentra en el hogar Santa Elena atendido por los profesionales de dicho centro.

En el ámbito económico patrimonial se va a habilitar a su mujer a la realización de las actuaciones pertinentes y normalmente bancarias sobre la gestión y administración del patrimonio de demandado dándose una guarda de hecho representativa para dichos actos.

Además este tribunal establece que esta medida de apoyo deberá revisarse cada tres años en adecuación al art. 268 del Código Civil respetando así las salvaguardas establecidas para las medidas de apoyo debiendo emitir su mujer anualmente un informe en el que vengan

recogidos los cambios que experimente Ramón tanto en el ámbito familiar como médico y personal y las cuentas anuales detallando gastos e ingresos acompañando estos con la documentación de dichas cuentas.

Cabe añadir que esta resolución una vez hay adquirido firmeza se va a comunicar en el Registro Civil realizándose los asientos correspondientes.

5.8. MEDIOS DE PRUEBA APLICABLES

Como se ha podido observar en las resoluciones analizadas anteriormente, los medios de prueba que podemos observar son muy variados.

Entre estos los más importantes son el informe médico forense, el informe médico, el informe del trabajador social, la declaración de los familiares y la entrevista judicial con el discapacitado.

En cuanto al primero, este informe es llevado a cabo por un médico forense especializado que valorará la situación de la persona necesitada de apoyos, y haciendo constar las enfermedades o limitaciones que la persona con discapacidad padece.

Éste, va a concluir en dicho informe con las limitaciones que la persona discapacitada tiene reflejando si estas se dan en el ámbito de la vida diaria, en el ámbito patrimonial o en ambos. Se trata de un medio de prueba adicional y que ostenta relevancia en los procesos judiciales relativos a las medidas de apoyo de personas con discapacidad, ya que puede ser decisivo para el juez a la hora de tomar una decisión sobre la medida de apoyo más pertinente.

El informe médico es otro medio de prueba que tiene también importancia ya que este va a ser la base a través de la cual va a solicitarse las medidas de apoyo atendiendo a las enfermedades o limitaciones que la persona discapacitada ostenta.

Es decir, en este informe se va a plasmar el historial y recorrido médico de la persona con discapacidad constando en este todas las enfermedades padecidas a lo largo de su vida y aquellas nuevas que haya podido desarrollar si se tratase por ejemplo de una persona de edad avanzada.

Tanto en este medio de prueba como en el informe del médico forense se va a especificar si la discapacidad que padecen estas personas es física, intelectual o ambas especificando si se pueden valer por sí mismos en su día a día o solo necesitan de asistencia en la esfera patrimonial.

Estos informes son los que van a ayudar a dilucidar y decidir al juez las medidas que más se van a adecuar a las necesidades de la persona discapacitada.

En cuanto al informe del trabajador social, también es un medio de prueba bastante relevante ya que va a contener el dictamen que va a permitir realizar un diagnóstico social de la persona necesitada de apoyos para establecer así las pautas de intervención social necesaria.

El objetivo fundamental de este medio de prueba y del trabajador social, va a ser una evaluación de la familia de la persona con discapacidad, así como de ésta misma, para poder así ayudar al juez en la toma de decisiones más correctas en cuanto al interés de la persona discapacitada.

Como hemos podido observar en la jurisprudencia analizada, la declaración de los familiares es de vital importancia ya que estos deben ser oídos de forma que el juez pueda observar por sí mismo la situación familiar formulando las preguntas que considere pertinentes

Al igual que con la declaración de los familiares, la entrevista judicial con el discapacitado también es otro de los medios de prueba decisivos ya que tras la entrada en vigor de la ley 8/2021, se va a dar un mayor respeto a la voluntad y deseos de la persona con discapacidad. Es por ello que este medio de prueba es bastante conveniente en tanto que la persona con discapacidad va a poder expresarse de manera que el juez podrá observar su comportamiento y capacidad pudiendo elegir así la medida de apoyo que más va a respetar las preferencias de la persona con discapacidad.

5.9. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Como bien sabemos y tal y como hemos podido observar en la jurisprudencia, el Ministerio fiscal es una figura que cobra importancia a la hora de llevar a cabo procesos sobre la capacidad ya que va a ser siempre parte ofreciendo así un plus de garantía.

Éste entre las múltiples funciones que ostenta, una de las más importantes es la de poder llevar a cabo el inicio del expediente.

El Ministerio Fiscal va a poder llevar a cabo el inicio del expediente en aquellos casos en los que no exista ni cónyuge ni ascendientes ni descendientes de la persona discapacitada o cuando estos no se encuentren en condiciones de realizar esta tarea.

De este modo, cualquier persona puede poner en conocimiento del ministerio fiscal una situación de posible incapacidad para poder iniciar éste los trámites correspondientes.

Cuando haya sido el Ministerio Fiscal el que haya iniciado el expediente, se va a proceder a nombrar una persona física o jurídica que asuma la defensa judicial del presunto incapaz en el procedimiento.

En caso de que la persona demandada lo sea a instancia de parte, es decir, que exista cónyuge, ascendientes o descendientes que inicien el procedimiento, como bien se ha indicado anteriormente el Ministerio Fiscal siempre va a ser parte de este tipo de procesos tal y como se establece en el art. 749 LEC.

Además, el Ministerio Fiscal tiene el papel de velar por el interés superior de la persona afectada.

6. CONCLUSIONES

La entrada en vigor de la ley 8/2021 ha supuesto un giro de 360° en la percepción de la discapacidad.

Con esta ley lo que se pretende es una mayor adaptación a La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha Nueva York el 13 de diciembre de 2006 pasando a un nuevo modelo que lo que pretende es el mayor respeto posible de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Tanto es así que figuras tales como la tutela y la patria potestad prorrogada se han visto eliminadas en favor de otras medidas no tan conocidas como la curatela o la guarda de hecho. Esta última figura y objeto de análisis de este trabajo es una medida de apoyo que se contempla con carácter informal y que como muchos profesionales afirman es el puente hacia una mayor desjudicialización.

Esto sin embargo, es real hasta cierto punto ya que como sabemos y hemos analizado con anterioridad, la guarda de hecho puede ser representativa y no representativa.

En caso de que sea no representativa, en el art. 287 del Código Civil se establecen una serie de actos para los que es necesario recabar autorización judicial de modo que podemos decir que esa “desjudicialización” es relativamente falsa.

Cabe mencionar también que para probar la guarda de hecho, se dan casos en los que el guardador se va a ver obligado a recabar auxilio judicial en aras a que se pueda reconocer su situación de guardador.

Un ejemplo de ello es el caso que se dio en Córdoba, cuando la hermana de una persona con discapacidad se vio obligada a recabar auxilio judicial para que los entes públicos y privados

pudieran reconocer facultades que ya venían reconocidas legalmente cuando se estableció dicha medida de apoyo.

De manera que resulta paradójico e incluso utópico esa idea de desjudicialización gracias al carácter informal de la guarda de hecho.

Esta medida supone una novedad en este ámbito de la incapacidad ya que va a ser ahora la medida por excelencia ya que no sólo es preferida por el legislador si no que va a ser aplicada en las resoluciones relativas a juicios de medidas de apoyo para personas con discapacidad debido a que se trata de una medida que se basa en la familiaridad.

Esto se debe a que el guardador con carácter frecuente se va a tratar de un familiar y quién mejor que una persona perteneciente a la familia de la persona con discapacidad para cuidar de ésta.

7. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

DE LORENZO GARCÍA R., CAYO PÉREZ BUENO L. (DIRECTORES DE LA SERIE DERECHO DE LA DISCAPACIDAD), GUILARTE MARTÍN-CALERO C. (DIRECTORA), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi.

GARCÍA RUBIO M^ªP., MORO ALMARAZ M^ªJ. (DIRECTORAS), VALERA CASTRO I. (COORDINADOR), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Civitas.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES A., *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi.

SANTOS URBANEJA F. *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Colección Summarium Cunieip.

CALAZA LÓPEZ S., PILLADO GONZÁLEZ E. (DIRECTORAS), OTERO OTERO B., MUINELO COBO JC. (COORDINADORES), *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Thomson Reuters Aranzadi.

ARTÍCULOS

SANTOS URBANEJA F., Fiscal Delegado sección de apoyo a personas con discapacidad en Andalucía, *La guarda de hecho tras la Ley 8/2021 de 2 de junio de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: acreditación y casuística*, Artículo monográfico de febrero de 2022, Editorial jurídica SEPIN.

LORA-TAMAYO VILLACIEROS M., PÉREZ RAMOS C., *La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021*, Colegio Notarial de Madrid, Notario del siglo XXI.

DE VERDA Y BEAMONTE JR., Catedrático de derecho civil en la universidad de Valencia, *Prueba de la guarda de hecho: ¿judicializando la desjudicialización?*, 27 de abril de 2022, Tribuna.

LEGISLACIÓN

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Jefatura del Estado, <<BOE>> núm. 132 de 03 de junio de 2021, Referencia: BOE-A-2021-9233.

JURISPRUDENCIA

Roj: STS 3276/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3276 de 8 de septiembre de 2021, recurso nº 4187/2019, resolución nº 589/2021.

Roj: SAP M 12716/2021 – ECLI:ES:APM:2021:12716 de 25 de octubre de 2021, recurso nº 1808/2019, resolución nº 989/2021.

Roj: SJPI 1530/2021 – ECLI:ES:JPI:2021:1530 de 23 de septiembre de 2021, recurso nº 222/2021, resolución nº 317/2021.

Roj: SJPI 1531/2021 – ECLI:ES:JPI:2021:1531 de 4 de octubre de 2021, recurso nº 487/2021, resolución nº 324/2021.

Roj: SJPII 916/2021 – ECLI:ES:JPII:2021:916 de 21 de septiembre de 2021, recurso nº 275/2019, resolución nº 139/2021.

Roj: SAP S 179/2022 – ECLI:ES:APS:2022:179 de 14 de febrero de 2022, recurso nº 466/2021, resolución nº 85/2022.

Roj: SJPII 40/2022 – ECLIS:ES:JPII:2022:40 de 3 de febrero de 2022, recurso nº 121/2021, resolución nº 14/2022.