



Universidad de Valladolid

Facultad de CC. Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

Grado en Derecho

La guarda de hecho y otras medidas de apoyo

Presentado por:

Yanira Mouriño Reguera

Tutelado por:

Jesús Martínez Puras

Segovia, 27 de Junio de 2024

RESUMEN

La defensa de los derechos humanos así como especialmente los derechos de las personas con capacidad limitada han sido una de las principales preocupaciones en distintos ámbitos, incluido el legislativo, en el que nos encontrábamos con numerosas normas en distintos Estados; la mayoría desconectadas entre sí y excesivamente paternalistas, bajo la concepción de que la persona con capacidad limitada carece de autonomía y medios para valerse por sí mismo y nunca prestando atención a las verdaderas necesidades de estos. Se rompe con este patrón gracias a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, que aboga por la libertad de estas personas y trata de combatir los desafíos que se encuentran en su día a día así como paliar las diferencias entre las distintas regulaciones. Bajo esta ideología y tomando inspiración en la Convención se adopta 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. Se trata de garantizar la plena libertad de la persona, y que se garantice un cuidado, pero no uno que se superponga a su persona, sino que lo acompañe.

Bajo esta se conforma el nuevo marco normativo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que introduce como principal modificación las conocidas como *medidas de apoyo*, entre las que se encuadra la **guarda de hecho**, figura que hasta el momento se había encontrado en segundo plano a pesar de ser aquella figura que mayor presencia tenía en la realidad. De este modo, las medidas de apoyo y, sobre todo, la evolución que ha padecido la guarda de hecho, pasando de ser un personaje secundario a la medida por excelencia serán el principal objeto de estudio de este trabajo.

ABSTRACT

The defense of human rights, as well as especially the rights of people with limited capacity, has been one of the main concerns in different areas, including the legislative, in which we found numerous regulations in different States; the majority disconnected from each other and excessively paternalistic, under the conception that the person with limited capacity lacks autonomy and means to take care of themselves and never paying attention to the true needs of these. This pattern is broken thanks to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities,

which advocates for the freedom of these people and tries to combat the challenges they encounter in their daily lives as well as alleviate the differences between different regulations. Under this ideology and taking inspiration from the Convention, Law 8/2021, of June 2, is adopted, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity. It is about guaranteeing the full freedom of the person, and ensuring care, but not one that superimposes themselves on their person, but rather one that accompanies them.

Under this, the new regulatory framework is formed within our legal system, which introduces as the main modification those known as *support measures*, among which **de facto custody** is included, a figure that until now had been in the background despite being the figure that had the greatest presence in reality. In this way, the support measures and, above all, the evolution that the *de facto* guard has undergone, going from being a secondary character to the measure par excellence, will be the main object of study of this work.

PALABRAS CLAVE

Guarda de hecho, Ley 8/2021, Medidas de apoyo, Capacidad jurídica, Curatela, Defensor judicial, Convención de Naciones Unidas, autocuratela, Código Civil.

KEYWORDS

De facto custody, Law 8/2021, Support measures, Legal capacity, Guardianship, Judicial defender, United Nations Convention, Self-guardianship, Civil Code.

SUMARIO

| | | |
|------|---|----|
| 1. | INTRODUCCIÓN..... | 6 |
| 2. | EL CONCEPTO DE CAPACIDAD. CONSECUENCIAS DE LA DISCAPACIDAD. DETERMINACIÓN DE LA MISMA..... | 8 |
| 2.1. | Regulación previa a la ratificación del convenio..... | 11 |
| 2.2. | Régimen propuesto por el Convenio de Nueva York..... | 19 |
| 2.3. | El nuevo concepto de discapacidad : La reforma introducida por la ley 8/21..... | 24 |
| 2.4. | Las medidas de apoyo : Régimen actual y novedades introducidas..... | 25 |
| 3. | LA GUARDA DE HECHO..... | 32 |
| 3.1. | Naturaleza (La guarda de hecho como medida informal y preferente)..... | 32 |
| 3.2. | Régimen anterior a la reforma..... | 36 |
| 3.3. | Régimen actual..... | 37 |
| 3.4. | Especial referencia al menor con capacidad limitada..... | 46 |
| 3.5. | Acreditación de la existencia de Guarda de Hecho..... | 47 |
| 3.6. | Medidas de control y vigilancia..... | 52 |
| 3.7. | Valor jurídico de los actos realizados por el guardador, requisitos y posibilidad de impugnación..... | 54 |
| 3.8. | Actuaciones que requieren autorización judicial..... | 56 |
| 4. | CONCLUSIONES..... | 58 |
| 5. | BIBLIOGRAFÍA..... | 61 |

ABREVIATURAS

| | |
|-----|--------------------------------|
| CC | Código Civil |
| CE | Constitución Española |
| CP | Código Penal |
| CNY | Convención de Nueva York |
| MF | Ministerio Fiscal |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TS | Tribunal Supremo |
| AP | Audiencia Provincial |
| STC | Sentencia |

INTRODUCCIÓN.

Las personas con discapacidad son, a menudo, sujetos protegidos por los ordenamientos jurídicos a través de variadas fuentes normativas. No obstante, en muchas ocasiones estas medidas de protección, cuidado y salvaguarda de los mismos se conforman de manera extrajudicial.

Hallamos un claro ejemplo de ello en la institución de la guarda de hecho, figura que se constituye de forma espontánea, por actos personales y particulares, generalmente por los familiares del sujeto sobre el cual recae la misma, a efectos de garantizar que sus necesidades estarán cubiertas y evitar su desamparo.

A pesar de que en su génesis la guarda se produjese *de facto* dentro de nuestro sistema, ha sufrido un paulatino proceso hasta lograr el reconocimiento como mecanismo legal de protección con plenos efectos sin necesidad de una investidura judicial formal gracias a la aplicación de la Ley 8/2021, que la equiparaba a otras medidas ya reconocidas en nuestro sistema. Así, establece lo siguiente en su preámbulo *“conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad.”*

En vista de que como consecuencia de la falta de muchos procesos de modificación de la capacidad por diversas razones, la guarda ha tomado una profunda importancia en nuestra sociedad, pues es una realidad bajo la que se encuentran miles de personas que padecen una discapacidad pero no han sido sometidos a un proceso relativo a la misma al ya hallarse bajo un cuidado que es útil y eficiente para cubrir sus necesidades. Se advierte así la necesidad de mantenerla y dotarla de un régimen más extenso, siempre anteponiendo los principios defendidos por la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, precedente en la configuración de la Ley.

El régimen propugnado por la misma disponía, esencialmente, una situación de igualdad entre las personas discapacitadas con el resto de ciudadanos. Al mismo tiempo, tenía como objetivo garantizar que todas las medidas adoptadas respetasen los derechos de la persona, fueran las más adecuadas y proporcionales en base a una evaluación de sus circunstancias personales, así como sujetas a examen periódico de las mismas por una autoridad judicial competente.

Como consecuencia de la ratificación de este tratado se produjeron numerosas reformas legislativas, entre ellas, la Ley 26/2011 que adaptaba la normativa interna a este convenio, o el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, entre otros.

Sin embargo, ninguna de estas fuentes llegaba a alcanzar de forma íntegra el objetivo de la Convención. Es a través de la Ley 8/2021 de 2 de junio como se perfecciona este régimen, suponiendo tanto una actualización en la materia como una adaptación conforme a los criterios implantados por la Convención de Nueva York así como una evolución en la concepción que la sociedad tiene acerca de las personas con discapacidad, que a menudo eran tratados como seres inferiores y objeto de discriminación hasta tal punto que se les consideraba como enfermos. Por ende, se adopta un sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, otorgándole la mayor independencia posible. Trata de producir una mínima intervención en sus decisiones, realizándose únicamente en los casos en los que fuese necesaria y dando preferencia a las medidas como la guarda de hecho, las medidas voluntarias —aquellas que puede tomar la propia persona con discapacidad—, e intensificando el régimen de la curatela. Estas medidas se han reputado más adecuadas a la hora de permitir, e impulsar la toma de decisiones por parte de las personas con discapacidad, así como de una mayor independencia, rompiendo con la sumisión propia del anterior régimen en la materia.

2. EL CONCEPTO DE CAPACIDAD. CONSECUENCIAS DE LA DISCAPACIDAD. DETERMINACIÓN DE LA MISMA.

Se entiende por capacidad jurídica la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la cual tienen todas las personas por el mero hecho de serlo. La capacidad jurídica está entrelazada con la capacidad de obrar, que consiste en el ejercicio de estos derechos y obligaciones a los que ya nos hemos referido.

Esta última es relevante a la hora de determinar la validez de un acto o negocio jurídico, pues si no se tuviese el pleno ejercicio de la misma el acto podría devenir inválido.

En este sentido, siempre se tiene la capacidad jurídica, pero no tiene que ocurrir lo mismo en relación a la capacidad de obrar.

La **Convención Internacional de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad** —En adelante, CNY— rechaza esta distinción entre ambas, pues bajo su planteamiento sólo existe una capacidad jurídica que es inherente al sujeto, y no cabe limitación o atribución de la misma por el Derecho¹.

Conforme al **artículo 246 del Código Civil** —En adelante, CC— se reconoce el pleno ejercicio de la misma con la mayoría de edad que dispone que *“El mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.”*; a partir de ese momento el sujeto podrá gestionar por sí mismo su persona y sus bienes con plenitud de acuerdo a lo configurado en el mismo.

Ahora bien, esto no siempre ocurre. Hay personas que no por su minoría de edad, sino que, por otras condiciones como deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales ven limitada su capacidad; como consecuencia, aunque todos los humanos son titulares de la misma, no lo son en el mismo grado o con una idéntica extensión.

En efecto, el ejercicio de estos derechos que el CC contempla corresponde a su titular, pero para poder ejercitarlos será esencial disponer de la capacidad exigida en relación a cada acto o negocio

¹ Leña Fernández, R; Cabello de Alba Jurado, F. *La reforma de la discapacidad*, Fundación Notariado, 2022. P.103

jurídico : el principal objetivo en la actualidad es, de una parte, garantizar que la persona conoce el alcance de los mismos, y, de otra, en caso de que no fuese capaz de comprender su contenido, se adoptasen las medidas de apoyo necesarias.²

No obstante, debemos dejar claro que no debemos confundir *incapacidad* con *incapacitación*. La incapacidad es una situación fáctica en la que, aunque se tiene capacidad de obrar, pues se es mayor de edad, no puede gobernarse uno de manera adecuada por estar sometido a unas circunstancias especiales —deficiencias físicas, psíquicas, sensoriales...—. Mientras que, la incapacitación hace referencia a un procedimiento judicial a través del cual se reconoce esta dificultad o estado. Es así que antes de la reforma producida por la **Ley 8/2021, de 2 de junio** —En adelante, Ley 8/21— decía el **artículo 199 CC** que *“nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”* pues corresponde a la autoridad judicial comprobar si realmente concurren en la persona circunstancias modificativas de la capacidad, el procedimiento adecuado para advertir su existencia se tramitará en sede judicial, no bajo el juicio arbitrario de terceros.

Se suscita así la siguiente cuestión : *¿Cuál es el procedimiento para declarar la discapacidad?*

La Ley 8/21 no prevé una respuesta, pues no otorga la definición de persona con discapacidad; en atención a los avances sociales y médicos lo que en el pasado se consideraba una discapacidad no tiene que serlo en la actualidad, se advierte que el concepto de discapacidad se transforma al mismo tiempo que se desarrolla la sociedad; en definitiva, en constante metamorfosis. La descripción más acertada se extrae del **Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social**, que describe la discapacidad en el **artículo 4.1** del siguiente modo *“Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”*

² Llamas Pombo, E. *Manual de Derecho civil*, Wolters Kluwer, 2021. P.226

A su vez, la incapacidad se conforma en distintos grados que afectarán al desenvolvimiento de la persona, es en atención a las mismas que se evaluarán cuáles son las medidas más adecuadas para el sujeto. Podemos distinguir entre :

- Incapacidad absoluta
- Incapacidad relativa

La incapacidad *absoluta* conlleva la imposibilidad de realizar actos personales y económicos, se caracteriza por una ausencia de autonomía total, el sujeto que la padece requiere una supervisión y cuidado constante. Un rasgo propio de la incapacidad absoluta es la amplia dependencia respecto del cuidador.

Por otro lado, la incapacidad *relativa* consiste en una limitación de menor profundidad, en cuanto la persona tiene cierta capacidad para actuar de manera propia e independiente, pudiendo realizar actos de la vida cotidiana de manera autónoma.

La incapacidad se encuentra condicionada por el autogobierno, pudiendo entenderse el mismo cómo la aptitud de la que dispone la persona para velar por sí misma, por sus intereses personales y económicos, y para ejercer con responsabilidad sus derechos y deberes. Su pérdida se puede proyectar bien sobre sus capacidades cognitivas —capacidad de comprender la realidad y consecuencias de sus actos u omisiones—, bien sobre las volitivas —conformación de su voluntad, la capacidad que tiene el sujeto para escoger una decisión independiente y libremente—.

Como este autogobierno puede verse limitado en ciertas circunstancias, nuestro ordenamiento estima como imprescindible la interposición de diversas medidas para evitar el desamparo de estos individuos y garantizar que se les otorguen los cuidados y protección necesarios en sintonía a sus necesidades.

Es la misma norma suprema de nuestro ordenamiento, la **Constitución** —En adelante, CE—, la que compele a los organismos públicos a intervenir en estos supuestos, como deja constancia en el **artículo 49**, recientemente modificado para adaptarse al nuevo prisma sobre el cual abordaremos la discapacidad, según el cual “*Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena*

autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad.”

Por tanto, corresponderá al poder judicial actuar y configurar las medidas más adecuadas en base a las limitaciones que pudiese tener cada sujeto.

Aunque la CE es un buen punto de partida, es limitado ya que no es una norma dedicada en exclusiva a esta materia, por ello debemos remitirnos a la CNY y a la Ley 8/21 a la hora de establecer el régimen aplicable, pues de acuerdo a lo contenido en ambas podemos llegar a la conclusión de que la persona no debe ver sus derechos obstruidos, sino mantenerlos y ejercitarlos, con el apoyo que pudiesen requerir. Esto se concretará más adelante.

De este modo, cuando la capacidad se vea limitada, podrán intervenir las autoridades judiciales e interponer las medidas de apoyo más apropiadas, o incluso cabe que aquel que vea su capacidad mermada interponga medidas de tipo voluntario —Por ejemplo, un individuo que presenta indicios de alzheimer y toma medidas antes de que este padecimiento se agrave—.

Las medidas de apoyo que afloran bajo la nueva normativa podrán ser de dos tipos, judiciales o voluntarias, pero ambas pueden coexistir.

2.1 Regulación previa a la ratificación del convenio.

Como ya hemos señalado, la discapacidad no ha sido abordada por primera vez bajo la Ley 8/21, sino que ya se habían consagrado en distintas normas disposiciones que seguían la misma dirección, como la CE junto al Libro 1 del CC en sus Títulos IX, X y XI acompañado de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se encargaba de regular lo referido a procesos de capacidad.

Como podemos apreciar, abundantes fuentes normativas, pero con una regulación muy deficiente que solo se reflejaba en la superficie, fallando en la apreciación del marco completo y en el desarrollo de un sistema que llegue a cubrir las exigencias de la persona así como a lograr adaptarse a la situación particular de cada uno de ellos, dejando a relucir la imperiosa necesidad de modificaciones legislativas en la materia.

El régimen previo conllevaba, en numerosos supuestos, la interposición de una tutela y la sustitución de su voluntad por la del tutor, sistema contrario al propuesto por la CNY; en concreto, contradecía el **artículo 12**, que dispone que *“Todos los Países asegurarán la igualdad de derechos de las personas con discapacidad ante la Ley.”* Si no permitimos que un sujeto con discapacidad pueda conformar libremente su voluntad al igual que cualquier otro individuo y directamente la sustituimos por la decisión del tutor, estamos mermando un derecho fundamental que corresponde a todos, independientemente de que tengan o no capacidades limitadas.

Ante nuestro CC se superpusieron algunas normas en las que nos detendremos a continuación.

En primer lugar, la **Ley 13/1983 de 24 de octubre**, que reformaba el CC en materia de tutela. Esta norma introducía avances en favor de la persona, pues ampliaba la intervención del Ministerio Fiscal —En adelante, MF— en el procedimiento de incapacitación en cuanto es un órgano que se encarga de garantizar la protección de ciertos colectivos más vulnerables. Esto se produjo de acuerdo al antiguo **artículo 206 CC**, que preveía la intervención absoluta del MF en un proceso de incapacitación, incluso aunque no fuesen sus promotores, atribuyéndole potestades como la vigilancia de la legalidad en el ejercicio y defensa y representación de los tutelados. Trata, esencialmente, de optimizar el funcionamiento y la coordinación entre el MF y el juez, pudiendo éste ser responsable del seguimiento y solicitudes de las tutelas sin necesidad de la intervención del juzgador.

En otra nota, el antiguo **artículo 211 CC** permite apreciar cómo la norma todavía continúa, en cierto modo, el legado del antiguo CC inspirado por el Código Napoleónico, un régimen arcaico, puesto que se preveía el internamiento con previa autorización judicial del *“presunto incapaz”*. Esta norma es muy útil a la hora de analizar la evolución del marco normativo español en relación a la materia que nos interesa, pues a la luz de la CNY y la Ley 8/2021 el incapaz ya no se considera un marginado o un enfermo, se deja atrás esta idea para adherirse a una corriente más progresista; la persona cuya capacidad se ve modificada es alguien que se encuentra bajo una situación especial a la que habrá que adaptar no solo su entorno, sino la sociedad en general.

Al respecto, otra de las novedades introducidas bajo la misma fue la eliminación del régimen de tutela familiar, en esta la supervisión se llevaba a cabo tanto por el protutor como por el Consejo de Familia, que resulta sustituido por un control ejercido por los órganos judiciales.

En relación con las actuales medidas de apoyo en las que luego ahondaremos, se reconoce la curatela pero, a diferencia del marco presente, como una institución más bien residual, pues se empleaba de forma escasa cuando se requiriese complemento de la capacidad, usualmente en operaciones patrimoniales.

Además, la guarda de hecho, tema principal de este trabajo es mencionada, pero de forma muy precaria ya que solo se contenían disposiciones acerca de su vigilancia. Podemos comprobar cómo ya desde esta norma la guarda ha sido una institución reconocida debido a su presencia innata en el ámbito ordinario, pero que apenas se desarrollaba jurídicamente. Sin ser esta una cuestión crucial, si se planteó un artículo en favor del guardador que en la actualidad ha sido derogado, este era el **304 CC**, que disponía que *“Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.”*

A mi juicio, artículo que no debía haber sido derogado, pues la guarda es aquella institución de apoyo que considero que más podría adaptarse a los deseos del individuo, puesto que el cuidado asumido por familiares o allegados a menudo conlleva que debido a la estrecha relación entre estas personas se conozcan claramente sus intereses y, por tanto, sea más sencillo tomar decisiones en su favor.

De forma posterior, y con un régimen preferente de aplicación a las disposiciones del CC, la **Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria** con esta finalidad. Esta norma, como en su exposición de motivos alega, pivota alrededor de la idea de *atender las específicas necesidades vitales* y tratar de solventar la falta de medios económicos que a menudo aqueja a los afectados por una minusvalía; más aún si recordamos que la mayoría de estas personas padecen, por ejemplo, enfermedades imposibilitantes que no les permiten ejercer un empleo, o al menos no bajo las mismas condiciones que a los demás,

así como percibir un salario. Por esta razón busca evitar que la asistencia económica recaiga exclusivamente sobre el Estado o sus familiares sino con cargo al propio patrimonio.

Es así cómo se constituye un una masa patrimonial conocida como patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual *queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad*³. Por tanto, podemos denominarlo como un patrimonio de destino.

Los bienes que conforman este patrimonio se ven aislados del resto del patrimonio personal del titular, sometiéndose a un régimen especial de administración y supervisión. Además, el patrimonio especialmente protegido no tiene personalidad jurídica propia. Su único beneficiario será el afectado por una discapacidad, independientemente de que se hubiese incapacitado judicialmente al individuo —pues, a la hora de su constitución basta con la acreditación ante el Notario autorizante de la escritura de constitución—. Lo que no cabe es su constitución si el titular no ostenta el grado de minusvalía previsto legalmente.

El mismo afectado puede decidir su constitución e incluso aceptar o rechazar las aportaciones y determinar las reglas de su administración o, en caso de que no contase con la capacidad de obrar suficiente, podrían ser sus padres, tutores, curadores o, hasta el guardador de hecho, quien realizase las operaciones. La constitución requiere de una aportación originaria de bienes y derechos pero, una vez constituido, cualquiera con interés legítimo podrá realizar aportaciones a pesar de la oposición de los padres, tutores o curadores, cuando así lo estime el juez por convenir al beneficiario del patrimonio.

Como ya hemos dicho, los terceros también pueden hacer aportaciones —tercero debe entenderse en un sentido amplio, pudiendo ser incluso el tutor, curador, los padres... cualquiera que no sea el beneficiario—, y tendrán *derecho a establecer el destino que a los bienes o derechos aportados deba darse una vez extinguido el patrimonio protegido*⁴. Aún así, este derecho no es ilimitado ya que la

³ Ley 41/2003, exposición de motivos III

⁴ Ley 41/2003, exposición de motivos III

salida de un bien o derecho del patrimonio protegido sólo podrá producirse por la extinción del mismo.

En cuanto a la administración, recaerá sobre el beneficiario si este tiene la capacidad suficiente —pero en ocasiones, aunque sí tenga capacidad puede designar a un tercero que se encargue de su gestión— de no ser así, recaerá sobre quien se encargue de su cuidado —tutores, curadores...—.

A efectos de evitar que se ejecuten operaciones perjudiciales para el beneficiario, se requerirá autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado. Además, se prevén reglas de supervisión que pueden ser fijadas por el constituyente, pero también cabe una supervisión institucional llevada a cabo por el Ministerio Fiscal. Las actuaciones de este último podrán ser a través de una supervisión permanente y general, remitiéndole información periódica. O, una supervisión esporádica y concreta cuando las circunstancias así lo exigieran, pudiendo el Ministerio Fiscal solicitar al juez que se adopte cualquier medida que se considere pertinente por ser beneficiosa para la persona con discapacidad.

El Ministerio Fiscal podrá actuar tanto de oficio como a solicitud de cualquier persona, y tendrá derecho a ser oído en todas las actuaciones judiciales relacionadas con el patrimonio protegido, incluso aunque no hubiesen sido instadas por él. Advertir que el Ministerio Fiscal no es el único encargado de velar por el patrimonio del afectado, sino que a través de esta norma se creó la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, un órgano externo de apoyo y asesoramiento al mismo.

En adición, si la administración no recayese sobre el beneficiario, sus padres, sus tutores, o curadores la representación legal del administrador sobre el patrimonio y sus operaciones ha de constar en el Registro Civil.

Por último, la extinción del patrimonio protegido se produce en la mayoría de casos por muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario, porque haya dejado de padecer una minusvalía o, excepcionalmente, por decisión judicial cuando así convenga al interés de la persona con discapacidad.

Esta norma también introdujo la regulación de la autotutela, la cual contempla la posibilidad del capaz de adoptar decisiones en previsión de su futura incapacitación. Esta figura se reputa especialmente valiosa en el supuesto de diagnóstico de enfermedades degenerativas, ya que permite que mientras el sujeto dispone de la plenitud de sus capacidades mentales establezca medidas para el futuro —El caso de un enfermo de esclerosis lateral, que tras recibir su diagnóstico, al padecer una enfermedad degenerativa dispone unas medidas para su aplicación en el mañana—. Pues, si ya se preveía la facultad de los padres de adoptar medidas respecto de los bienes y persona de sus hijos menores o incapacitados, no puede prohibirse que el que todavía se encuentra en sus plenas facultades haga disposiciones del mismo tipo pero respecto de sí mismo. La autotutela también introduce la posibilidad de modificar el orden de delación de la tutela, de este modo se preferirá al tutor designado por el propio tutelado —aunque esto no impide que judicialmente pueda designarse a un tutor distinto cuando así convenga para el mejor interés—

Además, también se introdujeron modificaciones en el área sucesoria, en especial presentes en el **artículo 756.9**, configurando como causa de indignidad para suceder la falta de cuidado del discapacitado *“Aquellas personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las debidas atenciones y cuidados”*

A pesar de que constituye un gran avance, la norma es breve y se ha visto ampliamente modificada por la Ley 8/21.

En el mismo año se introdujo otra norma sobre el mismo asunto, la **Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad**, en la actualidad derogada. Obedecía a los **artículos 9.2 y 14 de la CE**, que promueven la igualdad de oportunidades.

El concepto de accesibilidad al que se refiere reviste de especial importancia, ya que se busca una participación más activa en la sociedad por parte de las personas que padecen una discapacidad, que siguen teniendo los mismos derechos que el resto de la población, y ya aboga por la toma de decisiones personal y no una sustitución por la decisión tutelar.

Es por ello que, para lograr esta accesibilidad deberá modificarse el entorno para poder garantizar su inclusión y su participación en igualdad de condiciones que los demás; sobretodo porque, la no accesibilidad conlleva de forma sucinta o indirecta una discriminación ya que supone que la persona que padece una discapacidad se encontrará en una situación de desventaja fáctica frente a aquel que no la padece.

Por consecuencia, las Administraciones llevarán a cabo medidas de fomento del desarrollo tecnológico así como actividades de sensibilización. Junto a esto se prevén medidas de defensa como el arbitraje para dirimir la resolución de conflictos que puedan surgir. Aquel que hubiese sufrido discriminación por razón de su discapacidad, tendrá derecho a que judicialmente se adopten las medidas necesarias para poner fin a la vulneración de sus derechos. Incluso, para reforzar aún más esta protección, se prevé la posibilidad de que aquellas personas jurídicas que se encuentren legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos del colectivo puedan intervenir en procesos en nombre del demandante y con su consentimiento.

La norma prevé la posibilidad de llevar a cabo medidas de acción positiva, es decir, otorgar beneficios o privilegios a aquellas personas que se encuentran en una situación de desventaja dentro de una sociedad; ya no solo al colectivo de personas que padecen una discapacidad sino principalmente, a las mujeres, niños y niñas que las padecen y a las personas con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural por entenderse que conforman aquel sector que se encuentran frente a más obstáculos en su día a día.

Al mismo tiempo esta ley también afectó al ámbito laboral, pues se vieron modificados el **Estatuto de los Trabajadores** y la **Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública**. En ambos se introdujo la posibilidad de solicitar una excedencia de duración no superior a un año para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

El marco normativo se vio ampliado también mediante la **Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia**.

Contemplaba la existencia de un Servicio de teleasistencia así como a domicilio, y un régimen más riguroso de los Centros de día y noche. Asimismo, se procedió a la creación del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, un instrumento de cooperación con los Servicios Sociales y promoción de la autonomía y atención a las personas en situación de dependencia.

Tampoco debemos dejar atrás la **Ley Orgánica 2/2018 de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general** para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, a consecuencia de la cual la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General reconoce la posibilidad de ejercer el derecho de sufragio activo por parte de aquellos que tuviesen capacidad limitada, declarando que *“toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”*. Esta fue una novedad sustancial, ya que en el sistema previo, el ejercicio de un derecho esencial como el sufragio podía suprimirse a través de una sentencia que declarase que la persona padecía discapacidad —ahora, al contrario, la denominación adecuada es *capacidad limitada*—. Es así como se añade una disposición adicional que deja sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial.

Como modificación más reciente hay que aludir a **La Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal** —En adelante, CP— para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, a través de la que se suprime el **artículo 156 CP**, que permitía la esterilización de personas con capacidad limitada mediante sentencia judicial. Este artículo contradecía la visión propuesta por la CNY, según la cual debe respetarse *el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos*.

Nos encontramos así con un amplio complejo jurídico, sin embargo, quizás un sistema demasiado proteccionista en ciertos ámbitos, ya que en la realidad, la tutela terminaba siendo la institución preferente y producía una sustitución íntegra la voluntad, salvo cuando la sentencia de incapacitación contemplase la posibilidad de actuar por sí solo; lo cual se preveía en las curatelas, en las que el curador únicamente acompañaba con su consentimiento la decisión y actos del pupilo.

En el ámbito europeo destaca la **Recomendación nºR (99) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados**, pues se aproximaba a lo posteriormente propuesto por la CNY. En el **artículo 4** dispone que *“Entre el abanico de medidas de protección propuestas deberían figurar en los casos apropiados, disposiciones no restrictivas de la capacidad jurídica de los interesados”* esta medida es muy similar al sistema de apoyos propuesto por la CNY.

Esta similitud entre ambos se ve reforzada en el **artículo 6**, según el cual *“Convendría considerar medidas que obliguen al representante a actuar conjuntamente con el mayor en cuestión, y otras medidas que prevean la designación de más de un representante”* ya no se busca sustituir a la persona, sino complementarla y ayudarla.

También prevén las medidas informales de cuidado y apoyo como podría ser la guarda de hecho de forma preferente, a las medidas judiciales pues entienden que *“Si la protección y la asistencia necesarias pueden ser garantizadas por la familia o terceros que intervengan en los asuntos del mayor incapacitado, no es necesario tomar medidas formales.”*

2.2 Régimen propuesto por el Convenio de Nueva York.

Esta Convención parte de un idealismo humanitario, en contraposición a la postura proteccionista consagrada en nuestro sistema normativo, *ha traído consigo un nuevo prisma desde el que afrontar la situación en que se encuentran las personas con discapacidad física, mental, intelectual o sensorial*⁵. A la hora de adentrarnos en el sistema propuesto, tenemos que acercarnos en un primer momento a su objetivo principal, que viene fijado en el **artículo 1** del siguiente modo *“El propósito de la*

⁵ Guilarte Martín-Calero, C. *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad*, REUS, 2019. P.

presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

Es decir, asegurar el disfrute y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y eliminar todas las barreras que pudieran interponerse en su ejercicio. Aquel que padece una discapacidad no tiene menos derechos que el resto de ciudadanos; el sujeto ya no se considera un enfermo, sino un individuo bajo una situación excepcional.

Es así como los Estados partes deberán adoptar las medidas legislativas y económicas apropiadas, suministrando el apoyo que puedan necesitar. Deben configurarse medidas que les brinden ese auxilio, pero que no los limiten. Para poder adaptarse a estas condiciones, toda la materia referida a la discapacidad ha tenido que modificarse, como la **Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil y los expedientes regulados por la Ley de Jurisdicción Voluntaria** entre otros.

No obstante, la norma no se dirige de forma exclusiva a las autoridades estatales, sino también a la sociedad en general, que debe contribuir a su consecución.

A estos efectos, es necesario determinar ¿Quién es esa “*Persona con discapacidad*”?

Bajo el criterio de la CNY, serán aquellas personas que tienen *deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

No es numerus clausus, pues la Convención en su preámbulo recuerda que el concepto de discapacidad ha evolucionado con el tiempo, y continúa en ello; puede que lo que hace veinte años se considerase una discapacidad ya no se halle bajo esa percepción, y que en el futuro se cataloguen como tal situaciones que en la actualidad no se prevén. El concepto de discapacidad es susceptible de englobar un gran número de personas, y para calificarlos como tales el mejor criterio será la falta de autonomía personal, la necesidad de apoyo en ciertos ámbitos.

El punto de inflexión en la CNY es que elimina la arcaica diferenciación entre la capacidad jurídica y capacidad de obrar. Mientras que la capacidad jurídica la tienen todos los humanos y se entiende

como la capacidad de ser *titular* de derechos, y una manifestación de la misma puede ser la del español de tener un Documento Nacional de Identidad o de recibir asistencia sanitaria; la capacidad de obrar se proyecta sobre el *ejercicio* de derechos de los que se es titular; este último es el que se suele aminorar a las personas que padecen una minusvalía. De acuerdo a los criterios de la CNY, quien tiene capacidad jurídica, tiene capacidad de obrar y no cabe linde alguno. No se contempla la disociación de ambos bajo su ideología. Este criterio se consideraba discriminatorio y limitador de derechos fundamentales inherentes al individuo pues, la discapacidad no es sinónimo de imposibilidad de ejercicio de derechos de los cuales se es titular, sino un régimen especial de los mismos, pudiendo requerir la asistencia de terceros.

Frente al concepto de capacidad me gustaría resaltar esta conjetura de Ganzenmüller Roig, Fiscal del Tribunal Supremo, que explica de forma muy interesante la correlación entre sociedad y discapacidad. A su juicio, *la discapacidad radica en la sociedad, no en las personas, que adaptando sus capacidades a los apoyos necesarios, pueden adquirir la capacidad suficiente para ser iguales al resto de sus conciudadanos.*⁶

En cualquier caso, podemos afirmar que siempre podrán actuar en igualdad de condiciones al resto.

La CNY se ve inspirada en tres elementos esenciales : Igualdad, no discriminación y dignidad entre otros.

Estos principios generales se encuentran fijados en el **artículo 3**, destacando la gran importancia del principio de igualdad, según el cual todas las personas tienen capacidad jurídica, padezcan de una discapacidad o no, y estarán legitimadas para obrar en pie de igualdad con los demás; de este modo el **artículo 12** obliga a los poderes públicos a adoptar las medidas necesarias para garantizar la plena capacidad jurídica y evitar así el desequilibrio legal previo.

De este principio deriva otro con la misma relevancia, la no discriminación. Entendemos por discriminación aquel comportamiento social o trato desigual hacia una persona, en este caso, por motivos de discapacidad. Respecto a su conexidad con la igualdad, están estrechamente vinculados

⁶ Ganzenmüller Roig, C. *De la efectiva aplicación de la Convención internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, y sus efectos en el derecho interno.* P.17

al punto de que podríamos considerarlos caras de una misma moneda, pues no puede haber igualdad sin evitar la discriminación.

En cuanto a la dignidad, podemos definirla como aquella cualidad inherente al ser humano, referida a su desarrollo, integración en la sociedad, autonomía propia. Si lo que queremos lograr es una autonomía o independencia, el método tutelar ha de ser abolido.

Esta postura explica por qué el método preferente no es una tutela, que sustituya completamente la voluntad del discapacitado, sino la defensa de un sistema de apoyos.

El apoyo se puede comprender de manera muy amplia, como se aclara en la **Observación general nº1**, enunciada en el año 2014. Sus líneas definitorias lo pueden reducir a las siguientes ideas : En primer lugar, el apoyo puede atribuirse a distintas figuras, no ser ejercido por un único sujeto que ayude a ejercitar la capacidad jurídica. En adición, el apoyo se puede reflejar en distintos ámbitos y con distinta intensidad, por ejemplo, puede consistir en la elaboración de métodos de comunicación distintos y especiales para ayudar a expresar la voluntad del discapacitado; o medidas de otra índole, ya sean sanitarias o patrimoniales, como crear una cuenta bancaria.

Por ende, la Convención en el **artículo 12, párrafo 4**, describe una serie de salvaguardas a cargo de los Estados en aras de impedir los abusos. Se debe conseguir que toda medida que se adopte respete los derechos, voluntad y dignidad de la persona, así como que sean proporcionales.

Por si fuera poco, establece una protección aún más férrea configurando un control periódico por parte de las autoridades judiciales. Es evidente que el régimen propuesto por la Convención es más garantista.

En sus orígenes el **artículo 12** no fue bien comprendido, es por ello que se realizaron estas Observaciones Generales a las que nos referimos en el año 2014. Recordaba que, no basta con únicamente acoger unas nuevas medidas de apoyo si a su vez se mantenía el sistema de adopción

sustitutiva⁷. Se optará por un sistema de apoyo colaborativo tanto formal como informal frente al anticuado apoyo sustitutivo.

El apoyo pierde la significación de imposición de una voluntad de un tercero sobre el discapacitado, sino una guía para que este último pueda escoger por sí mismo, ayudándolo a comprender el significado y consecuencias de sus decisiones. Rafael Leña y Federico Cabello logran comprender el grueso de la Convención; según ellos, *en el modelo social, la discapacidad no radica en limitaciones o deficiencias individuales sino sociales : las limitaciones de la sociedad para asegurar que esa persona con discapacidad pueda ejercitar todos sus derechos, sin discriminación y en igualdad de trato con las demás personas (...) esa persona con discapacidad no es más que una persona diferente que hay que tratar en pie de igualdad respecto a las demás personas.*⁸

A la luz de la Convención el criterio aplicable es el del *interés superior* concretándose en los deseos que pudiese tener el particular. Pero, si por el contrario no fuese posible delimitar de forma clara ese interés, se vería reemplazado por la *mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias*; pues este principio seguiría respetando su dignidad y derechos y no incurriría en una vulneración de los mismos. De hallarse en esta posición, habrá que atenerse a la persona, sus valores y creencias para tomar una decisión similar a la que hubiese tomado.

El **artículo 12** también hace alusión a medidas económicas, estableciendo que *“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”* **La Ley 41/2003** a la que ya nos hemos referido anteriormente toma cierta relevancia pues a pesar de ser una norma previa a la

⁷ Guilarte Martín-Calero, C. *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad*, REUS, 2019. P.19

⁸ Leña Fernández, R; Cabello de Alba Jurado, F. *La reforma de la discapacidad*, Fundación Notariado, 2022. P.109

Convención podemos comprobar que ambas se enfocan en un mismo objetivo : tratar de evitar los impedimentos económicos y financieros proyectados sobre los discapacitados.

Asimismo, el **artículo 13** encuentra conexidad con el **12**, ya que si a través de este último se reconoce la plena capacidad, esta deberá permitirnos un acceso íntegro a la justicia de manera homogénea.

El precepto configura un mandato al orden judicial, que estará compelido a ajustar y adecuar los procedimientos de modo que puedan desempeñar una participación directa e indirecta en los procesos. Este es un elemento decisivo, pues si el Estado de derecho se ha configurado en nuestra norma suprema y en el programa propuesto por la misma se aboga por la igualdad de derechos y la capacidad de solicitar la protección del Estado por cualquier sujeto si se vieran vulnerados, no cabe una exclusión por razón de discapacidad, pues estaría desvirtuándose el concepto de Estado de derecho en sí mismo. Era común en muchos sistemas, entre ellos el nuestro, negar la interposición de una denuncia por cuestionarse la capacidad del denunciante⁹

2.3 El nuevo concepto de discapacidad : La reforma introducida por la ley 8/21.

A través de la Ley 8/21 se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad. La norma trata de adaptarse a la corriente propugnada por la CNY, bajo el prisma de que una persona con discapacidad, siempre que disponga de los apoyos suficientes, podrá tomar sus propias decisiones de forma libre e independiente sin ser sustituido por otro. Esto supuso un giro de 360º en el trato jurídico hacia las personas cuyas capacidades se han visto limitadas. Este nuevo enfoque incluso conllevó la modificación del **artículo 49** de nuestra carta magna a pesar de la rigidez que presenta ante cualquier modificación, demostrando así la gran importancia que toman las personas con discapacidad y la necesidad de

⁹ Leña Fernández, R; Cabello de Alba Jurado, F. *La reforma de la discapacidad*, Fundación Notariado, 2022. P.179

darles un trato igualitario y respetar su dignidad. Se demuestra que, el cambio social irá de la mano con el cambio jurídico.

Las reformas realizadas por la misma son significativas, como la desaparición de una de las figuras más presentes en los procesos de incapacitación : la institución de la tutela, el régimen preeminente hasta el momento. La tutela, que se reputa como régimen demasiado estricto, supone sustituir los deseos e intenciones de la persona por su tutor, podríamos hasta considerar que la persona que padece una discapacidad y se encontraba bajo este régimen se encontraba en un estado de *muerte jurídica* debido a que los derechos de los que disponía eran ejercidos en escasas ocasiones.

A la luz de la misma se defiende un predominio de las decisiones del individuo, haciendo énfasis en aquellos que disponen enfermedades neurodegenerativas, pues mientras todavía consideran la aptitud para regirse así mismo podrán establecer medidas de futuro.

Como se opta por la autodeterminación de la persona, si nos basamos en la CNY, lo más procedente sería adoptar las medidas adecuadas para que pueda decidir por sí mismo. Esta es la razón de que se haya instaurado un régimen flexible y moldeable que pueda adaptarse de la mejor forma posible a las necesidades de cada uno : Las medidas de apoyo. Están encaminadas a acompañar la falta de capacidad para así complementar las decisiones de la persona cuya capacidad se ha visto modificada; es decir, las decisiones van a ser suyas, sólo recibirá el apoyo estrictamente necesario para poder tomarlas. Solo excepcionalmente podrán conllevar funciones representativas. Las medidas, como explicaremos a continuación, podrán clasificarse como judiciales o voluntarias.

2.4 Las medidas de apoyo : Régimen actual y novedades introducidas.

Las medidas de apoyo tienen como propósito garantizar el bienestar y la inclusión total en la sociedad de las personas cuya capacidad se ha visto modificada; a la hora de establecer las mismas se han tenido en cuenta una serie de *retos* con los que se enfrentan estas personas, en base al **informe del secretario general de la ONU, A/66/173** —A pesar de que este informe es relativo al Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, no debemos olvidar que la mayor parte de la población que padece una discapacidad es de avanzada edad, de acuerdo al

informe de la Eurostat de 2022, la población de 65 años en adelante conformaba el 52,2% de personas con discapacidad en el ámbito de la UE.— podemos destacar los siguientes desafíos :

- la pobreza y la precariedad de las condiciones de vida, así como la dificultad de acceso al ámbito laboral,
- la discriminación por motivos de discapacidad, edad, sexo, etnia, o salud entre otros,
- la violencia y el maltrato, proyectado no solo sobre el ámbito económico sino también emocional, físico y sexual,
- falta de recursos, instituciones y servicios especializados.

Es a raíz del **artículo 12** de la CNY que se introducen estas medidas, ya que el mismo establece que los Estados parte deben garantizar que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y que adoptarán las medidas pertinentes para proporcionarles los apoyos que necesiten para su ejercicio. Como ya no se puede privar a la persona con discapacidad de la toma de decisiones, será necesario crear un régimen que les permita ser los protagonistas, recurriendo al apoyo sólo en aquellas situaciones de necesidad, de acuerdo a la definición dada por nuestro CC, en el **artículo 249** que dispone que *“Las medidas de apoyo (...) tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.”*

En realidad, nuestro CC no profundiza en ellas, pues no explica claramente en qué consistirán sino más bien en qué valores han de basarse, solo fija unas líneas o directrices, por lo que podrían incardinarse dentro del concepto jurídico indeterminado; la ley deja a los órganos del Estado aplicarlas de acuerdo a las necesidades particulares que pueda tener su destinatario.

Así lo confirmó el TS en la **STS 269/2021, de 6 de mayo de 2021**, alegando que *Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que*

sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros.

Teniendo en cuenta que las personas cuya capacidad se ha visto modificada padecen distintas patologías y en diferentes grados que además pueden variar de acuerdo a la edad del sujeto, no es correcto que la norma establezca a través de una lista cerrada los métodos de provisión de apoyos, pues no se lograría una adaptación total a las necesidades de la persona que además incluso pueden cambiar con el devenir del tiempo, ni mucho menos un respeto a sus deseos, dignidad y poder de decisión, se le privaría de su autodeterminación. Es por ello que será el juzgador el encargado de decidir qué medidas serán las adecuadas para cada individuo tras contemplar el tipo de discapacidad que tenga y las dificultades asociadas a la misma, así como modificar las establecidas en el pasado si estas ya no fuesen acordes a sus necesidades actuales, eso sí, siempre que precisase algún apoyo; ya que esta será siempre la última opción, prevaleciendo las medidas voluntarias.

También se busca impedir, por parte de quien sea el encargado de suministrar el apoyo, el ejercicio de una influencia indebida, como por ejemplo manipulaciones en su beneficio. A la hora de establecer un régimen concreto y adecuado, habrá que evaluar de forma rigurosa las necesidades que pueda tener cada individuo. De acuerdo a MARTÍN MELÉNDEZ *no se trata de un apoyo «paternalista», que se desarrolla de arriba abajo, sino un apoyo «atento»*. La nueva regulación opta por lo que podríamos denominar un *acompañamiento amistoso*.

Los principios superiores en el ámbito de las medidas de apoyo pueden resumirse así a dos : el principio de autonomía, según el cual todo tipo de provisión de apoyos debe estar encaminada a lograr la máxima autonomía de la persona, y el principio de desjudicialización razonable, la Ley 8/21 trata de evitar el acceso al poder judicial en todos los supuestos, bastando en ocasiones con la formalización del apoyo en el ámbito notarial a través de instituciones como la autocratela, poderes preventivos, y las Actas de Notoriedad de constatación de la existencia de Guardas de Hecho. Solo aquellos actos que revistan especial importancia requerirán de autorización judicial, como veremos más adelante.

Además, todas aquellas sentencias que directamente acudían al sistema tutelar son revisadas y sustituidas, no cabe una limitación de derechos bajo el pretexto de una discapacidad. *No es posible que los déficits en la capacidad mental, supuestos o reales, se utilicen como justificación para negar la capacidad jurídica*¹⁰

El nuevo sistema de provisión de apoyo configura una preferencia por las medidas voluntarias e informales, si se precisasen medidas judiciales de carácter continuado ya no se acude a la tutela —que se ve reservada para menores no emancipados—, ni tampoco a la patria potestad prorrogada y rehabilitada, que han desaparecido.

Se acudirá a la figura de la curatela como figura de carácter asistencial, que tendrá como función el apoyo y la ayuda y, de forma especial, podrá en ciertas situaciones adquirir carácter representativo. Este método se prevé tanto para mayores de edad cuya capacidad se ha visto modificada como para menores emancipados que puedan requerir algún tipo de ayuda para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Como ya hemos dicho, las medidas pueden tener dos naturalezas, bien judiciales o bien voluntarias. Aún así, las medidas judiciales sólo serán establecidas cuando hubiese, según el **artículo 249.1CC** defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Son medidas de tipo subsidiario, pues actúan cuando las medidas voluntarias no fuesen suficientes para cubrir los apoyos que pudiese precisar el sujeto.

La medida, sea judicial o voluntaria, deberá tener siempre la misma finalidad : lo esencial es que la persona con discapacidad llegue, en un futuro, a precisar unas medidas de apoyo menores; de este modo todas las medidas han de estar dirigidas a lograr la máxima autonomía del individuo. Tampoco deberán mermar su toma de decisiones, sino que se debe preservar la preferencia de su voluntad y deseo —salvo en aquellas situaciones en las que el apoyo no pueda darse de otro modo, en las que si puede llegar a darse una representación con toma de decisiones— La persona con discapacidad es titular de los mismos derechos que el resto de personas, la única diferencia será la

¹⁰ Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas.

protección especial dada por nuestro ordenamiento para garantizar que, efectivamente, pueda equipararse su situación y así logren ejercerlos en igualdad de condiciones.

Dentro de las medidas de apoyo la curatela se convierte en la protagonista, pero esta figura ya gozaba de relevancia en el derecho romano, se dedicaba al enfermo mental o *furiosi*, que servía para denominar a las personas que debido a una enfermedad ven mermodas sus capacidades mentales.

Aunque proviene del derecho clásico, se incorpora en nuestro ordenamiento a través de la **Ley 13/1983 de 24 de octubre**, pero no tomó verdadera relevancia hasta las modificaciones de 2021 como así se declara en la exposición de motivos de la Ley 8/21, que la considera la institución más idónea, pues el propio significado de la palabra curatela implica cuidado; un apoyo y una asistencia continuados pero no una sustitución de la toma de decisiones de la persona cuya capacidad se ha visto modificada, se plantea como una institución más permisiva que la tutela. El contenido y extensión de la curatela variará, pues debe adaptarse a cada caso específico, ya que dependiendo de las limitaciones que padezca la persona podrá requerirse para una serie de actos la intervención del curador en más o menos ocasiones; será la resolución judicial la que determine su extensión de acuerdo a un examen previo.

En la actualidad puede incorporarse dentro de las medidas de apoyo judiciales, junto a la figura del defensor judicial. La institución de la curatela busca lograr el pleno desarrollo de la personalidad así como el pleno ejercicio de la capacidad, siguiendo el ideario de la CNY.

La curatela puede clasificarse en tres clases : Asistencial, representativa y mixta.

La curatela asistencial es la más común, pues es la más respetuosa con el principio de autodeterminación y la libertad de la persona. Permite que la persona conserve el ejercicio de su capacidad para actuar en el tráfico jurídico, pues el curador sólo ostentará funciones colaborativas.

Si la curatela conllevase funciones representativas, será con ciertas salvaguardas y de acuerdo al principio de intervención mínima, pues la curatela se reduce a aquellas medidas de asistencia que pudiesen ser necesarias en cada caso. De acuerdo a la **STS 589/2021 de 8 de septiembre** será *cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de*

autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad.

Si el curador asumiese funciones representativas el afectado podrá seguir ejerciendo sus derechos, pero a través de éste. Destacar que, las funciones de representación no se manifiestan de forma absoluta, sino que solo se ejercerán cuando por las circunstancias de la persona esta no logre tomar una decisión y siempre bajo autorización judicial —salvo aquellos actos que no tengan especial relevancia—. Será la resolución judicial por la que se le conceden funciones representativas la que determine sobre qué actos se proyectan sus funciones. Si un acto para el cual fuese preciso el acompañamiento del curador se realizase sin éste —pongamos, realizar un contrato por parte de la persona con discapacidad que no es capaz de contratar por sí solo sin la asistencia del curador— darán lugar a la anulabilidad del mismo, y de acuerdo al **1301.4 CC** podrán anularse en el plazo de cuatro años.

La curatela, en último lugar, podrá ser mixta. Esto supone que aquel que ha ejercido la curatela asistencial adquiera funciones representativas, pues, si ya se ha nombrado un curador asistencial que estuviese ejerciendo de forma apropiada y coherente sus funciones y la persona viese mermadas sus capacidades disminuyendo su autogobierno al punto de no lograr tomar una decisión por sí mismo, no será necesario reemplazarlo por un curador distinto habiendo ya uno.

En vista de que es una medida judicial, la curatela es supletoria, sólo se propone su constitución cuando no existe otra medida de apoyo suficiente para la persona. Esto no implica que no haya medidas en el momento, sino que quizás no están siendo útiles; por ejemplo, puede existir una guarda de hecho pero constituirse a su vez una curatela, por diversas razones como conflictividad familiar, gestión compleja del patrimonio de la persona que padece una discapacidad o decisiones de trascendencia.

A la hora de establecer la curatela, la persona con discapacidad podrá hacer propuestas de nombramiento o exclusión —autocuratela—. Estas propuestas son vinculantes para la autoridad judicial, que las ha de tener en cuenta, a no ser que concurran circunstancias graves desconocidas

por la persona con discapacidad o las causas expresadas en el pasado hubiesen sido alteradas; de ser así, la autoridad judicial podrá, a través de resolución judicial motivada, prescindir total o parcialmente de esas disposiciones de oficio o a instancia de parte por los llamados legalmente a ejercer la curatela o el Ministerio Fiscal.

De este modo, la autocuratela permite designar o excluir a una o a varias personas concretas para el ejercicio de la función de curador en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan modificar su capacidad en el futuro, tal como lo recoge el **artículo 271.1 CC**. Al mismo tiempo a través de esta también se podrán establecer reglas acerca del funcionamiento y contenido de la curatela, el cuidado de la persona, la administración de sus bienes, la retribución del curador, medidas de vigilancia y control... Por las mismas causas que hemos nombrado anteriormente cabe que la autoridad judicial no siga estas disposiciones.

También puede, provisionalmente, acudir a la figura del defensor judicial. La intervención por parte del defensor solo se prevé para atender de forma breve ciertas necesidades que, normalmente, serían cubiertas por una curatela, —por ejemplo, el defensor no actuará si hubiese varias medidas encomendadas a distintos sujetos salvo que ninguno de ellos pudiese llevarlas a cabo—. Esto explica que le sean de aplicación las mismas normas y características que al resto de instituciones, con la salvedad de que sus efectos se reducen a un espacio temporal limitado. Podrá designarse en distintos supuestos. El primero viene regulado en el **artículo 295 CC** que dispone que podrá nombrarse defensor judicial en distintas situaciones, como cuando quien debiese prestar el apoyo no se encuentre en condiciones para ello, al menos hasta que se recupere o se designe otra persona; cuando existiesen conflictos de intereses; cuando lo considere la autoridad judicial... También cabe nombramiento de defensor judicial en otros casos, como en los expedientes de jurisdicción voluntaria o en procesos de determinación de las medidas de apoyo. O, en último caso, cuando no dispusiera de representación procesal, actuando en su nombre y representación un defensor judicial ajeno al establecimiento de las medidas de apoyo.

Aunque ya hemos explicado la figura de la curatela así como la eliminación de la figura del tutor, la doctrina ha recalado que esta supresión no era necesaria, pues la CNY no prohíbe la figura tutelar, sino que incluso la reconoce en el **artículo 23.2**. Es por ello que un sector de la doctrina

contemplaba la posibilidad de, dando más importancia a la curatela pero sin eliminar la institución de la tutela se crease así un híbrido entre ambas, que algunos denominan como *tuteratela*, adecuando el sistema previsto para el tutor a uno más flexible y que respete más la autonomía e independencia de la persona. De hecho, lo han enlazado también con aquellos casos en los que se instaura una curatela con amplias facultades, al punto de que hasta se podría llegar a considerar una tutela.

3. LA GUARDA DE HECHO.

3.1 Naturaleza. (La guarda de hecho como medida informal y preferente)

Podríamos definir la guarda de hecho como una medida de apoyo caracterizada por su informalidad. Esta *informalidad* hace referencia a que no requiere que se produzca un nombramiento formal ni por parte de las autoridades judiciales, documento público, o por un defensor judicial. Es más, la guarda de hecho es una medida que, en la mayoría de las veces, se produce sobre personas incapaces pero que no han sido sometidos a un proceso de modificación de la capacidad.

Se produce cuando de forma natural, sin una sentencia judicial que establezca unas obligaciones, un sujeto se encarga del cuidado constante respecto de otro, prestándole asistencia cotidiana de manera desinteresada, sin que exista una relación contractual —es decir, no es guardador de hecho el cuidador que, bajo un contrato laboral se dedica al cuidado de una persona con discapacidad—. Sí se asumen obligaciones de cuidado, pero voluntarias.

A menudo, la guarda de hecho surge de forma inconsciente, y los guardadores no conocen de su existencia o no tratan de emprender medidas judiciales; esta es la razón por la que el guardador no ha sido nombrado judicialmente o habilitado legalmente. Es una figura muy extendida, pero existe un amplio desconocimiento acerca de la misma, pues surge en el ámbito cotidiano y de forma altruista; bien por familiares, amigos, allegados o vecinos de aquel que no puede valerse por sí mismo por carecer de autogobierno. El guardador no tiene porque ser una persona física —aunque sea lo más común— sino que cabe que sea una persona jurídica la guardadora de hecho —instituciones o fundaciones públicas autonómicas o entidades de carácter privado— siempre que no se base en una relación contractual, sino en actividades de voluntariado. En este contexto, la

figura de guardador puede atribuirse a varias personas, existiendo de forma simultánea más de un guardador, como es el caso de dos padres que cuidan de su hijo, o varios hijos que se encarguen de velar por su padre. De haber un conflicto entre ellos, puede procederse al nombramiento de un defensor judicial.

Ello no comporta que cualquier persona pueda ser guardador, sino que hay un listado de sujetos que, debido al ejercicio de ciertas profesiones o el ligamen al guardado en base a una relación contractual quedan excluidos de acuerdo al **artículo 250 CC** que dispone que *“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.”*

Ahora bien, aunque nace de forma altruista el guardador si tendrá derecho al reembolso de gastos justificados, así como a ser indemnizado por daños que pudiesen derivar de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo.

Antes de que se procediese a reformar el CC en 1983, DÍEZ-PICAZO estableció una serie de supuestos en los que existía la guarda de hecho¹¹, siendo estos los siguientes :

- Cuando alguien, careciendo de potestad legal sobre un menor o una persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera, respecto de ellos, algunas funciones propias de las instituciones tutelares, o se hubiese encargado de su custodia y protección, o de la administración de su patrimonio y gestión de intereses.
- Cuando estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por causa de inhabilidad legal.
- Cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales.
- Cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él.

En conclusión, es una situación natural, espontánea y continuada en el tiempo.

¹¹ *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, p.28

El CC no otorga una definición de la figura, aunque sí reconoce y custodia su existencia; ergo, existe cierta amplitud en la discrecionalidad judicial para su apreciación, por lo que la jurisprudencia y la doctrina serán los medios más apropiados a efectos de definirla.

Es aquella situación que existe o nace cuando alguien que no está investido de funciones tutelares bien en relación con un menor, bien en relación con una persona que padece capacidad limitada, asume y ejerce tales funciones. Aunque el CC no da una explicación acerca de la misma, otras normas como el **Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia** si la define en su **artículo 225-1**, explicando que *“Es guardadora de hecho la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen.”*

El **Código del Derecho Foral de Aragón** también lo contempla en su **artículo 156**, explicando que *“Guardador de hecho es la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada.”* La jurisprudencia sigue la misma línea que estos preceptos.

Es así como esta medida puede existir cuando, por ejemplo, no hubiese medidas judiciales establecidas o voluntarias que estén siendo provechosas.

Esto no implica que al nacer de forma espontánea no tengan validez, pues el Código Civil la reconoce como figura eficaz y legítima a pesar de que no requiera una constitución formal. Es más, desde 2009 cabe la posibilidad de inscribir la guarda de hecho registralmente; esta anotación solo tiene efectos informativos, pero es suficiente para acreditar la existencia de la misma. Realmente son inscribibles todas las medidas de apoyo en el Registro Civil.

Su regulación actual se encuentra en los **artículos 263 a 267 del CC**. El Código, que se ha visto modificado gracias a la Ley 8/21, trata de reforzar la vigencia de la misma, pues reconoce en el **artículo 263** que *“Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente.”* En cierto modo, se entiende que si esta forma parte de la realidad del sujeto que padece una discapacidad, es

porque no solo la necesita, sino que le es valiosa y conlleva una serie de beneficios para éste, ya sea ayudándolo en su día a día, aconsejándolo...

Consecuentemente, el legislador busca mantenerla, porqué si esta figura ha nacido naturalmente y ambas partes se encuentran conformes, es apropiado que se decida continua con la guarda y no debe cesar su existencia o ejercicio por razón de otras medidas, ya sean voluntarias o judiciales. No obstante, el elemento determinante es que se otorgue al incapaz la asistencia moral o material que pueda necesitar, y de no ser así, los poderes públicos deberán intervenir y tomar las medidas procedentes¹².

Además, como ambas partes se encuentran cómodas con el régimen, se preferirá su mantención ante cualquier otra medida, que solo habrá de configurarse en caso de necesidad, como el mismo Tribunal Supremo recuerda, que *si de hecho hay alguien que, a pesar de no haber sido designado voluntariamente por el propio interesado ni nombrado por el juez, se está encargando eficazmente de prestar el apoyo que necesita la persona con discapacidad, no se da el presupuesto que exige la nueva Ley para que el juez adopte una medida de apoyo*¹³.

El **artículo 264 CC** prevé la posibilidad de que, al igual que la medida de apoyo que conforma la curatela, se pueda ejercer una guarda con funciones representativas. Este es un supuesto más bien excepcional, que regirá únicamente cuando haya una imposibilidad a la hora de determinar cuales son de forma clara los deseos y preferencias de la persona.

¹² Quesada González, M. *La tutela y otras instituciones de protección de la persona (Un estudio de sentencias, autos y resoluciones)*, Atelier, 2004. P.262

¹³ STS 66/2023 de 23 de enero de 2023.

3.2 Régimen anterior a la reforma.

La guarda de hecho fue reconocida en el CC a través de la reforma de 1983, en concreto, en el CAPÍTULO V “*De la guarda de hecho*” del TÍTULO X “*De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados*”

Los supuestos en los que se aplicaba este régimen no difieren demasiado de la actualidad, cuando un sujeto sin título habilitante se encargaba del cuidado de otro, en el caso que nos presenta, el *presunto incapaz*. Como su propio nombre dice, el guardador de hecho se encarga de la asistencia o la protección *de hecho*. El CC admitía la figura, pero de forma muy escueta y breve.

El régimen previsto para el guardador era similar al del tutor, pues se le aplicaba el mismo régimen en la mayoría de sus actos. Es más, en ocasiones la figura del guardador surgía cuando una persona estaba sujeta a tutela pero el tutor no se encargaba de las funciones asignadas al mismo, asumiendo un tercero el cuidado del sujeto para evitar la situación de desamparo.

Por ejemplo, el antiguo **220 CC** —Actual **230 CC**— reconocía que “*La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento*” Equiparaba a ambos, que si hubiesen sido víctimas de algún daño tendrían idéntico derecho de indemnización a pesar de no configurarse judicialmente la guarda.

Por otro lado, ya se preveía el control regular por parte de la autoridad judicial que tuviese conocimiento de la guarda, que podría requerir periódicamente información acerca de la situación de la persona o de los bienes del guardado. Del mismo modo podía establecer medidas de control o vigilancia.

Ya en 2015 se dieron modificaciones que trataban de acrecentar las funciones del guardador que lo aproximaban más al tutor, pues la **Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia**, se refería a la figura de la guarda, incluyendo el **artículo 303 CC**, —Actualmente derogado— que disponía que se podrían otorgar facultades tutelares de forma cautelar al guardador siempre que se mantuviese la guarda de hecho y hasta que

se constituyese una medida de protección apropiada. A su vez, el guardador de hecho podía promover la privación o suspensión de la patria potestad o tutela.

El dilema sobre la guarda se proyectaba sobre su temporalidad, pues antes de la Ley 8/21 el régimen aparejado a ella resultaba como provisional o transitorio; sólo se mantendría hasta que se habilitasen las medidas correspondientes por parte de la autoridad o decayese esta situación de desamparo en la que se encontraba el guardado.

3.3 Régimen actual.

La Ley 8/21 supuso una evolución sobre la institución de la guarda de hecho, pues defiende que a pesar de que su nacimiento fuese informal, si existía era porque era necesaria y eficaz en cuanto suponía que alguien se estaba encargando de la atención del incapaz, por lo que se deja atrás su anterior transitoriedad. Es, por considerarse una realidad sociológica, que se convierte en una figura dotada de permanencia e incluso funciones representativas, pero siempre manteniendo su carácter de medida informal —nunca constituida judicialmente ni a través de documento público— y subsidiaria —cuando no haya medidas judiciales o voluntarias que se estén aplicando eficazmente—. Ahora bien, estas características de informalidad y subsidiaridad no hacen que la guarda se considere inferior al resto de medidas de apoyo, sino que dispone de la misma validez por ministerio de la ley.

Incluso, a la luz de la nueva legislación es posible que se opte como la medida idónea tras la revisión de las resoluciones judiciales dictadas de forma previa a la ley, aunque ha habido dudas al respecto; pues en ciertas resoluciones se opta la guarda de hecho como medida preferente preferente, y en otras se considera más adecuada una curatela, como en el **Auto n60/2023 de la AP de Ávila**, en el que se recurría por apelación el **Auto de fecha 7 de febrero de 2023 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ávila**. Después de la entrada en vigor de la Ley 8/21 numerosas sentencias tuvieron que ser revisadas a efectos de configurar unas medidas concordantes con la nueva legislación, como ocurrió en este supuesto. El Juzgado de Primera Instancia N°5 de Ávila al revisar las medidas establecidas sobre Doña Juana decidió eliminar la tutela sobre la que se hallaba por una guarda de hecho ejercida por su anterior tutor, su marido, por entender que su cuidador ya estaba ejerciendo *de hecho* una guarda, cumpliéndose las características propias y elementales que la conforman. No

obstante, su marido, Don Teódulo, decide interponer recurso por considerar que la guarda era una medida insuficiente, puesto que su mujer padecía una falta de autonomía absoluta, necesitando un apoyo constante en todas las actividades de la vida diaria así como en el manejo de su patrimonio. La Audiencia consideró como desproporcionado el salto de una tutela, que implicaba una falta de autonomía total, a una guarda de hecho, medida comprensible si hubiese habido un cambio sustancial de las circunstancias sobre las que se apoyaba. Pero no es de este modo : La situación de 2013, cuando se dictó la sentencia mediante la que se establecía la tutela, no solo se mantiene sino que ha empeorado —de manera esencial porque Dña. Juana padece una enfermedad degenerativa, alzheimer—.

La decisión de la Audiencia fue que, partiendo de una tutela, la medida más congruente será la curatela y de poder ser, una curatela representativa —por ser la medida que más se asemeja a la tutela en la actualidad—, pues una guarda implicaría una reintegración de la autonomía que no se ha producido en este supuesto. Así lo avala la **Disposición Transitoria Segunda de la Ley 8/2021**, que señala que *a los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos*.

En fin, es la autoridad judicial a quien corresponde analizar qué medida será más apropiada, y aunque la guarda es la medida preferente —pues si hay que elegir entre una medida informal y una formal, será más conveniente la informal— es recomendable un estudio previo de la situación y elementos concomitantes alrededor de la persona. Puesto que dependiendo del nivel de autonomía de esta así como de las medidas previas que pudiesen existir se escogerá una medida u otra. Lo que sí queda claro es que en el caso de sustitución de una tutela será preferible la curatela representativa, también conocida como *tutela reconvertida* por la similitud entre ambas, que permite al curador gozar de prácticamente las mismas potestades y funciones de las que se disponía bajo la tutela.

En resumen, el sustrato personal en el que se fundamenta la medida de apoyo no se ve modificado, sino que la novedad radica en el tratamiento jurídico dispensado a la misma, a la cual se le otorga preeminencia frente al abanico de medidas disponibles.

En este contexto, aunque es una medida informal y que nace esporádicamente si se prevé un reembolso al guardador por aquellos gastos que estén justificados así como una indemnización por

los daños que pudiesen derivar de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo —esto ya se contemplaba bajo la anterior normativa—. Dentro de estos gastos justificados podemos englobar aquellos necesarios para el cuidado, como medicamentos, limpieza del hogar, reparación de la vivienda para garantizar la habitabilidad y adaptación a sus necesidades. Si la persona con discapacidad pudiese manifestar su voluntad, también podrán justificarse aquellos gastos que hubiese solicitado, por ejemplo si desease adquirir un bien mueble, como una televisión.

Entre otros, el gran número de personas que se hallan en esta situación ha sido uno de los principales motivos para que se haya consolidado más su figura en el ámbito jurídico, ya que según el Instituto Nacional del Estadística más de 4.500.000 de personas mayores de edad en España necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica. Alrededor de 250.000 se encuentran bajo curatela y se prevé que unas 50.000 han otorgado poderes preventivos. Esto dejaría a 4.200.000 personas fuera de ambos supuestos, y se prevé que entonces han de encontrarse bajo una guarda de hecho.

Siempre que la guarda cubra los derechos y necesidades de aquel con discapacidad será suficiente, de no ser así la autoridad judicial podrá acordar otras medidas supletorias o complementarias a las existentes. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Cádiz en la **STC 507/2022 de 3 de junio de 2022** ordenó una curatela al reputarse como deficiente la guarda de hecho, pues en el supuesto nos encontramos con un enfermo de Corea de Huntington —Enfermedad degenerativa que afecta al movimiento e impedía el desplazamiento y toma de decisiones diarias—, D.Miguel Ángel. El mismo se encontraba sometido bajo una guarda de hecho ejercida por familiares; no obstante, tras realizarse una exploración judicial en el domicilio se corroboró que la medida no era suficiente en cuanto no se consideraban cubiertas sus necesidades básicas pues, como alegó el tribunal, *el explorado presenta un muy deficiente estado higiénico-dietético y son deplorables las condiciones higiénicas de la casa en la que se encuentra, destacando también el estado de aislamiento en el que se encuentra el explorado, que lleva aproximadamente cinco años sin salir de casa y sin apenas levantarse de la cama.*

Este es el claro ejemplo de guarda que no llega a ser suficiente para asegurar el bienestar de la persona con capacidad modificada, pues no se está proporcionando un cuidado en condiciones

humanas y de calidad. La guarda de hecho será una medida suficiente y no será procedente establecer medidas de otra naturaleza siempre que logre atender a las necesidades del individuo, pues es un medio de provisión de apoyos reconocido legalmente al igual que el resto de medidas de apoyo, y además la alternativa que, ejercida adecuadamente menos atenta contra sus derechos; por lo que, si fuese efectiva sería contraproducente que el juzgador decidiese configurar unas medidas distintas.

Si bajo la anterior normativa, el régimen preferente era la tutela, con arreglo a la Ley 8/21 la guarda de hecho se vuelve la medida estrella, y cuando se revisen resoluciones judiciales no procederá configurar una curatela si ya existiese una guarda adecuada para cubrir las necesidades de la persona con discapacidad, como ocurrió en la **SAP León (Sección 1ª) 21 de marzo de 2022 (rec. nº 1105/2021)** a través de la cual no solo se suprimía la arcaica incapacitación judicial que ya no se contempla a la luz de la nueva normativa, sino que también se rechazaba la interposición de una curatela, ya que aunque la demandada, de 98 años, necesitaba ayuda en su esfera personal —aseo, vestimenta, desplazamiento, limpieza— así como patrimonial, en el cual se presentaba una limitación absoluta; sus necesidades eran cubiertas en su totalidad, recibiendo cuidados de una profesional en su domicilio durante las veinticuatro horas del día así como de sus hijos en fines de semana alternos.

Por todo ello, el tribunal consideró que la demandada se hallaba bajo una guarda con la que además estaba conforme, pues manifestó su contento con mantenerse en su vivienda y su conformidad con el cuidado recibido. La sala recuerda la preferencia de las medidas informales, disponiendo que *no considera este tribunal preciso constituir una curatela cuando ya existe una guarda de hecho que, hasta el momento, ha resultado idónea y conforme a los deseos de la persona afectada por la discapacidad. La guarda de hecho opera como régimen básico, y se acude a la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, por lo que, ante una guarda de hecho asistencial como la existente no resulta preciso acudir a la curatela asistencial, sobre todo cuando no existe ni el más mínimo signo que revele que María Rosario esté desatendida o en situación de riesgo o perjuicio para ella; todo lo contrario.*

Supuesto distinto sería cuando, a pesar de estar recibiendo asistencia esta no fuese suficiente, por ejemplo por padecer una enfermedad que no pueda ser tratada en la vivienda y requiera una atención en un centro especializado, donde, a pesar de que existiese una guarda esta no pudiese proporcionar el apoyo necesario a sus dolencias.

Por el contrario, existe una orientación jurisprudencial que, a pesar de la existencia de guardas de hecho eficientes, constituyen una curatela bajo el pretexto de enfermedades padecidas por el guardado. Esto se aprecia en la **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº4 de Massamagrell, en la Sentencia 139/2021 de 21 de septiembre de 2021**. La sala alegaba que, *en este caso concreto, no existe ninguna medida de apoyo vigente de carácter voluntario o judicial apreciándose la necesidad de establecer un apoyo en la modalidad de curatela* a pesar de que, al entrevistarse al demandado, que padecía alzheimer este explicó que era su hijo quien se encargaba de su cuidado, lo cual fue corroborado por los parientes más próximos. Entendemos que, las necesidades de una persona que sufre alzheimer si son cubiertas por una guarda de hecho, por lo que sería innecesaria la constitución de una curatela. La única razón por la cual podría comprenderse la decisión del tribunal, —que es la constitución de una curatela representativa— es la imposibilidad que tiene de conformar y expresar su voluntad, que se vería sustituida gracias a las funciones representativas. Este argumento pierde fuerza cuando recordamos que la guarda de hecho se equipara a la curatela, y el **artículo 249 CC** les reconoce a ambas la posibilidad de, excepcionalmente, adquirir la condición de representativas.

A raíz de la Ley 8/21, que introducía las medidas de apoyo y dotaba de mayor relevancia a la figura de la curatela se suscitó la cuestión acerca la compatibilidad que puede existir entre estas y la guarda de hecho. Una interpretación estricta de la ley, en concreto del **artículo 255 CC** negaría de forma rotunda la coexistencia de la guarda con otra medida de apoyo, pero la ley no siempre logra adaptarse a las circunstancias reales y por ello debemos realizar una labor de interpretación. Si existiese una medida, como por ejemplo una curatela en favor de la persona, pero el curador no estuviese ejerciendo sus funciones es posible que nazca una guarda de hecho, puesto que es una institución que nace sin necesidad de un procedimiento judicial. Este conflicto se soluciona fácilmente, pero supuesto distinto es cuando nos encontramos ante un guardador que no está

ejerciendo sus funciones, o que necesita una cantidad de potestades más amplia a efectos de ejercer de manera eficaz el cuidado. Aquí, una interpretación restrictiva impediría que se configure una curatela, pero si contextualizamos la norma y por tanto la ponemos en relación con el supuesto, todas aquellas medidas que se produzcan para permitir un beneficio y unas mejores condiciones de vida de la persona, serán correctas. En fin, para advertir si es acertada la constitución de la curatela ya existiendo una guarda de hecho es necesario atender a las circunstancias concretas en las que se halla el sujeto, acompañado del manifiesto por parte del guardador de la insuficiencia de la guarda y la adecuación de la curatela.

Ahora bien, la guarda en ciertos supuestos tendrá funciones representativas, pero, como la regla general es la autonomía de la persona con discapacidad, la representación será la excepción y el último método, como dispone el **artículo 249 CC** *“En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas”*

Las funciones representativas también podían atribuirse a otras medidas de apoyo a las que ya nos referimos, pero en algunos actos que revisten de especial trascendencia se precisará autorización judicial para realizar determinadas operaciones. Estas funciones representativas se han recogido en el **artículo 264 CC** que dispone que para algunos supuestos, será necesario el procedimiento de jurisdicción voluntaria con audiencia a la persona con discapacidad, siempre contemplando las circunstancias, la necesidad y la voluntad de la persona con discapacidad. Se prescindirá de la misma cuando se solicite una prestación económica en favor del sujeto, cuando esta no produzca un cambio significativo en su forma de vida o actos con escasa relevancia económica.

En este sentido, sólo aquellos actos que lleven aparejada cierta repercusión necesitarán la autorización; esto ocurre por ejemplo en los supuestos de enajenación de inmuebles, renuncia de derechos, aceptación de una herencia... El curador está sometido a condiciones idénticas, de hallarse en esta posición también requerirá la autorización en los mismos términos.

Si se produjese un conflicto de intereses la autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para evitar que se adopten medidas perjudiciales o contradictorias a los deseos de la persona con discapacidad.

El régimen actual establece una distinción entre la guarda de los menores —Regulada en los **artículos 237 y 238 CC**— y la guarda de los discapacitados, que se regula en los preceptos **263 a 267 CC**.

Se contempla dentro de las medidas voluntarias, y, de conformidad con la CNY será una medida que siempre ha de respetar y girar en torno al individuo cuya capacidad se ha visto modificada, expresando el máximo respeto por su opinión y, en la medida de lo posible, la concordancia con sus deseos.

Esto no implica que siempre prevalezcan las preferencias del mismo, pues el TS ha dispuesto que en ciertos supuestos podrán interponerse medidas cuando no pudiese valerse por sí mismo, incluso aunque fuese en contra de su voluntad, como reiteró en la **STS 589/2021 de 8 de septiembre de 2021**, en la cual un sujeto que padecía un trastorno de personalidad —En concreto, síndrome de Diógenes— no era consciente de su padecimiento ni del deterioro que causaba en sí mismo y su alrededor, negando la necesidad de algún tipo de medida. Es por esto que el TS reconoció que *en casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal (...), está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación*. Esta sentencia fue objeto de controversia pues un sector doctrinal defendía que, en virtud de la Ley 8/21 se apuesta por la autonomía y el respeto a la voluntad de la persona, no es acorde a la misma disponer medidas que contradijesen sus deseos. Esta es una interpretación completamente restrictiva, y que contraria el principio fundamental de apoyo y protección a las personas con discapacidad que se ha consagrado en nuestro ordenamiento, pues implicaría dejar a su suerte a una persona que no es capaz de velar por sí mismo, siendo una medida que esta persona, empleando una razonabilidad media, habría apoyado si no estuviese afectada por un trastorno patológico.

En la actualidad la guarda no se considera como una situación transitoria como ocurría de acuerdo a la anterior normativa, pero, sí cabe la extinción de la misma por diversas razones, aunque algunas ya están contempladas en el **artículo 267 CC**, lo completaremos del siguiente modo :

- Por ejemplo, si se presentase la imposibilidad de continuar con la misma, pues el guardador podrá desistir en cualquier momento, en particular, por avanzada edad o padecer problemas de salud. Si el guardador desiste de su actuación, deberá ponerlo en previo conocimiento de la entidad pública que tenga asumida la asistencia a las personas con discapacidad en el respectivo territorio, para evitar su desamparo;
- Cuando desapareciesen las causas que la motivaron, ya que si se produjese una mejoría de la enfermedad no tiene por qué ser necesario mantener la guarda de hecho.
- Cuando el guardado solicite que su apoyo se organice de otro modo. En el caso de que se continúe con una guarda de hecho ejercida por otra persona distinta, más bien será una sustitución de la guarda y no de extinción. Si la guarda no estuviese funcionando adecuadamente y la persona con discapacidad lo manifestase, podrá constituirse una curatela.
- Cuando el guardador estuviese desatendiendo a las necesidades del guardado, como en la **STC 507/2022 de 3 de junio de 2022 de la AP de Cádiz** a la que nos referimos anteriormente.
- Cuando se produjese también una falta de asistencia sobre su patrimonio, ya sea por mala fe o por negligencia o abusando de la confianza de la persona con discapacidad o ejercitando sobre él una influencia indebida para obtener algún tipo de beneficio a un uso indebido
- La existencia de conflictos entre la persona con discapacidad y sus familiares, como ocurrió en en la **Sentencia 317/2021 del Juzgado de Primera Instancia nº9 de Castellón de la Plana**, en la que, aunque se estaba ejerciendo por parte del padre de la demandada una guarda de hecho, en muchas ocasiones esta no aceptaba los apoyos de manera voluntaria y surgían conflictos entre las partes. Aquí, por necesitar apoyos la demandada al padecer una patología mental crónica, persistente e irreversible que no la permitía cuidar de su persona ni realizar actividades de la vida cotidiana y surgir conflictos alrededor de la guarda de hecho se nombra curador a su padre por imposibilidad por parte de la madre y, porque así lo acepta la demandada, sobretodo por manifestar que *si tiene dinero sin que nadie le ayude a administrarlo lo malgasta*.
- También, cuando la enfermedad o discapacidad crease una situación de riesgo para aquel que estuviese ejerciendo la guarda y la autoridad judicial lo considere conveniente, como

ocurre en la **Sentencia 440/2021 de la AP Valencia de 16 septiembre 2021** en la que el demandado padecía un trastorno esquizoafectivo, trastorno de la personalidad grupo B y consumo tóxico, con alteraciones del comportamiento en relación al consumo, siendo tal patología de carácter crónico y persistente. El demandado, D.Gregorio no es consciente de su enfermedad y sus familiares corroboraron que, además, no tomaba su medicación y padecía episodios violentos. A su vez, necesitaba auxilio y supervisión en lo referente a su salud y actos patrimoniales complejos. A tenor de lo anterior, la Sala decidió nombrar como curador al IVASS en atención a la dificultad del cuidado por parte de sus familiares.

- El carácter temporal de la residencia que ejerce la guarda de hecho. Cuando la persona con discapacidad se halle bajo el cuidado de una institución sanitaria, el protocolo establece que no podrá exceder de dos años. En este supuesto, una vez transcurrido el plazo termina la guarda, y, si la persona continúa necesitando la provisión de apoyos habrá que nombrar a un curador, como ocurrió en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 27 de octubre de 2021**, en la que se encomendó la curatela a la Fundación Gaditana de Tutela.
- La existencia de un patrimonio cuya administración requiera la petición de continuas autorizaciones judiciales para realizar actuaciones representativas. De acuerdo al documento definitivo, Anexo 1 del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria de 2022, no se considerará que la guarda de hecho es una medida suficiente *cuando, por las circunstancias de la persona con discapacidad, se advierta que va a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales por el guardador, para actuar en representación de la persona con discapacidad de forma reiterada, y por ello deberá acudir de modo reiterado al juzgado (p. e. en caso de patrimonio que por su entidad o cantidad implica una administración superior a la entendida ordinaria.*

Una oportunidad desperdiciada por la nueva legislación pero sí recogida en normativas forales como el **Código Civil de Cataluña** o el de **Aragón** es la exigencia al guardador de comunicar a la autoridad judicial, Ministerio Fiscal o Entidad pública del respectivo territorio que se encargue de la protección de menores o personas con discapacidad de la situación de la guarda. Esto facilitaría

profundamente las labores de control sobre el guardador y garantizaría una mayor protección sobre la persona con discapacidad, pues permitiría requerir periódicamente información al guardador como así dispone el **artículo 265 CC** *“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, lo cual deviene imposible al desconocerse la situación bajo la que se halla la persona con discapacidad.”*

3.4 Especial referencia al menor con capacidad limitada.

Las medidas de apoyo tienden a referirse a las personas mayores de edad que, por diversas causas, ven su capacidad limitada. Precisamente porque los menores ya están protegidos bajo el paraguas que proporciona la minoría de edad, bien por estar bajo la tutela o bien por la sujeción a la patria potestad, que se prolongan durante toda su minoría de edad sin tener en cuenta los padecimientos que pudiesen sufrir o no sufrir.

Ahora, especial particularidad presenta el supuesto del menor que tiene capacidad limitada; durante la minoría se ve protegido, pero cuando este alcance la mayoría de edad, si la limitación de su capacidad persistiese, será procedente interponer una medida de apoyo. Pensando en esta posibilidad se ha redactado el **artículo 254 CC**, que dice así *“Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad”* Esto permite, de manera preventiva, establecer las medidas con apoyo con antelación a edad adulta para evitar la posible indefensión del menor cuando este alcanzase la mayoría de edad. Estas medidas se adoptarán cuando el menor no hubiese hecho sus propias previsiones al cumplir los dieciséis años.

El precepto apenas tiene aplicación práctica, ya que cuando exista una guarda de hecho que se está ejecutando adecuadamente no será necesario establecer medidas de apoyo con previsión futura.

Esta guarda de hecho siempre tiende a existir, pues los padres o el tutor que estuviese llevando a cabo el cuidado habitualmente, suelen continuar con el mismo al cumplirse la mayoría de edad.

Si el cuidado del menor fuese llevado a cabo por sus progenitores y se produjese la nulidad, separación o divorcio del matrimonio habrá que plantearse qué repercusión va a tener en el cuidado del menor. De acuerdo al **artículo 91 CC**, es la sentencia la que debe resolver acerca del establecimiento y ejercicio de las medidas de apoyo, que entrarán en vigor cuando el hijo alcanzase los dieciocho años.

3.5 Acreditación de la existencia de Guarda de Hecho.

Entre los métodos disponibles para acreditar la existencia de la guarda de hecho hallamos la inscripción registral, reconocida desde 2009. Esta anotación tiene un mero carácter informativo, y su única utilidad es, principalmente, acreditar esta situación. La anotación se extiende a todas las medidas de apoyo, de acuerdo al **artículo 4.10º y ss. de la Ley del Registro Civil**, en la que se dispone que serán inscribibles *“Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes.; Las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. ; Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”* Se reconoce la posibilidad de inscribir tanto las medidas referidas a su persona respecto a sí misma como de sus bienes.

A su vez, la guarda de hecho puede ser reconocida por una resolución judicial dictada en un procedimiento de provisión de medidas de apoyo —la cual también es inscribible y puede modificar lo dispuesto en anteriores inscripciones. Debe expresar claramente la extensión y límites de las medidas judiciales de apoyo—, como ocurrió en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 105/2022, de 31 de Marzo de 2022**, en la que se ejercía una guarda de hecho de las hijas a su madre, que padecía alzheimer. También será sencillo cuando ya haya una sentencia previa de incapacidad que haya sido revisada, siempre que la nueva resolución judicial haya optado por la guarda esta será suficiente título y documento acreditativo de la misma para cualquier acto. Corresponde al Letrado de la Administración de justicia la comunicación de oficio a los registros

civiles acerca de las sentencias y demás resoluciones para que se proceda a la realización del correspondiente asiento.

También cabe realizar inscripciones en otros registros, como en el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil, el Registro de Bienes Muebles o cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso correspondan. Por ejemplo, en el Registro de la Propiedad el asiento se hará en el libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles y solo se referirá, en primer lugar, a la existencia de la medida, y en segundo a su contenido y alcance.

No obstante, también cabe que la guarda sea acreditada a través de acta de notoriedad, lo cual es muy provechoso ya que, en ocasiones, aunque se esté ejerciendo la guarda no se dispone de ningún documento probatorio. Este es un documento notarial que tiene como objeto comprobar y fijar hechos notorios sobre los cuales puedan fundarse y declararse derechos así como legitimarse situaciones personales o patrimoniales que tengan relevancia jurídica, como una guarda de hecho. Agiliza las actuaciones del guardador, y constituye un instrumento probatorio de eficacia general ante terceros, que depositar su confianza en él en base al auxilio de la publicidad registral. Este instrumento no es solo útil en relación a operaciones de cierta dimensión como otorgar documentos públicos, sino también en la vida cotidiana, para conformar contratos o negocios jurídicos que no requieran forma pública. El acta de notoriedad es la herramienta más ventajosa para probar la guarda de hecho y actuar en el tráfico jurídico, pues la legitimidad del guardador y sus actuaciones se fundará en este documento.

Es necesario recordar que el acta de notoriedad no crea la guarda de hecho, sino que deja constancia de una situación que ya existía con anterioridad, la guarda de hecho es una figura que se caracteriza por su informalidad, no es una figura que nazca a través de documentos notariales o judiciales, si fuese de este modo se desvirtuaría su propia naturaleza. El acta de notoriedad agiliza trámites para el guardador, pues no tendrá que acreditar que ejerce estas funciones al hacer trámites de apoyo o solicitar autorizaciones judiciales. A la hora de redactar el acta de notoriedad debe estar presente la persona con discapacidad para poder determinar qué apoyos necesita y quién está ejerciendo la guarda si dispusiera de la capacidad suficiente para ello, la cual ha de ser apreciada por parte del

notario otorgante. A efectos de llegar a la certeza notarial, el notario podrá realizar tantas pruebas considere necesarias independientemente de que estas no sean propuestas por el requirente. En la escritura notarial se definirán el contenido y límites de la asistencia y apoyos.

El acta de notoriedad también podrá perder su validez, pues no captura una realidad atemporal, sino que la situación fáctica en la que se ve el guardado puede variar con el tiempo y cabe que, llegado un momento, la voluntad de la persona con discapacidad sobre la que existe una guarda de hecho sea no continuar sometido a esta medida de apoyo. Es por ello que el acta se circunscribe al momento temporal en el que se otorgó, siempre que hubiese evidencia de los hechos jurídicos y fácticos que constituyen una guarda de hecho, *el acta constata la existencia de la guarda de hecho en un momento dado (tenencia), pero su subsistencia en el tiempo (posesión) es una presunción legal que se activa cada vez que se ejercita*¹⁴. Quién sabe si en el futuro se susciten litigios en relación a la validez de un acta de notoriedad que manifieste la existencia de una guarda de hecho, pues fácilmente podemos considerar como legítima un acta emitida el mismo año en el que se trata de utilizar la misma, pero distinta cuestión será tratar de emplear un acta emitida en 2024 si nos encontramos 15 años después.

En palabras de ASCENSIÓN LECIÑENA IBARRA, *por mucho que lo deseemos, incluso, que lo necesitemos, el acta de notoriedad no encapsula la realidad que provocó su otorgamiento conservándola inalterada, aunque se trate de un instrumento notarial y aunque se pretenda encontrar en la comunicación al Registro Civil ex artículo 40.3. 9º LRC un aliado para este empeño.(...) Por ello, la virtualidad probatoria que ofrece el acta de notoriedad ha de circunscribirse, velis nolis, al momento en el que la misma se genera*. La situación de una guarda de hecho reconocida a través del acta debe mantenerse inalterada para que se vea consolidada jurídicamente, por lo que si la voluntad del guardado cambia, perderá sus funciones.

Más allá del enmarque temporal, el acta de notoriedad se ve afectado por otra problemática, pues puede crear la apariencia de una situación que no se corresponda con la realidad, bien porque no existe, bien porque es una situación bajo la que el guardado no desea encontrarse pero no es capaz

¹⁴ Circular Informativa 1/2023. P.15

de expresar su voluntad y termina consolidándose en documento público a su pesar. Por este motivo la doctrina discute que, el acta sólo debería otorgarse cuando el guardado manifieste de forma expresa su deseo de encontrarse bajo la misma. No compartimos esta opinión, que no es acorde al carácter de la guarda, si es una situación que aflora de manera espontánea es porque en muchos supuestos la persona apenas puede tomar decisiones —por ejemplo, un enfermo de esclerosis múltiple que es cuidado por su cónyuge, se entiende que aunque no haya manifestado verbalmente su deseo de configurar una guarda de hecho, la situación nace naturalmente debido a la relación entre las partes y el cuidado suministrado por el esposo/a—

Hay otros medios que permitirán probar la guarda, sobre todo a efectos de actuar en representación de la persona. Por ejemplo, si la guarda de hecho estuviese siendo ejercida por un familiar será suficiente con el libro de familia. También se reconocen informes vecinales o del administrador de una comunidad que acredite que es la persona de contacto ante cualquier incidencia, certificados de empadronamiento —ya que resulta esencial la convivencia con el guardado—, informes sociales, policiales... Hasta el decreto del Ministerio Fiscal de archivo de diligencias pre procesales. Si fuese posible, las entrevistas con la persona con discapacidad podrán ser adecuadas para comprobar si existe esta situación.

La verificación de la guarda presenta sencillez cuando fuese un familiar quien la estuviese ejerciendo, pero el nivel de diligencia se eleva cuando surgiese más allá de su entorno familiar —bien por vecinos, allegados, amigos...— agravándose cuando la persona con discapacidad no estuviese en condiciones de expresar su voluntad. Difícilmente podrá admitirse si no se logra probar una vinculación dotada de cierta extensión, salvo que se dispusiese de acta de notoriedad, que es el método que más seguridad jurídica otorga.

En el ámbito bancario, debido a las lagunas jurídicas se ha reconocido la declaración responsable ante la entidad bancaria, que se considerará una buena práctica para salvaguardar el ejercicio de la guarda de hecho pues concretará el acceso y los límites al guardador en las operaciones económicas. Será el titular del producto bancario quien comunique a través del documento la existencia de la guarda y firmado por el guardador, de quien deberá disponer para emitir su declaración de

voluntad y quien lo acompañará durante las explicaciones realizadas por la entidad. Habrá supuestos en los que la persona con discapacidad podrá emitir su voluntad y tomar por sí mismo las decisiones, pero en aquellos casos en los que no sea posible toma especial relevancia el acta de notoriedad primordialmente si el guardador no fuese un familiar. Si el guardado todavía pudiese declarar su voluntad podrá declarar una serie de pautas relativas a las gestiones bancarias. La principal labor del guardador en este tipo de operaciones es asistir al titular en la comprensión de los términos y condiciones así como sus consecuencias.

En resumen, la declaración responsable contendrá la identificación de las partes, la relación o vínculo que los ligase, el alcance de las actuaciones del guardador, niveles de acceso, límites...

No obstante, este método ha sido objeto de oposición por parte del Consejo General del Notariado, a través de la **Circular Normativa 1/2023 de 27 de mayo**, pues entienden que más que una prueba es un intento de descargar la responsabilidad por parte de quien presta el apoyo, aún más en aquellos casos en los que el guardado no pueda conformar claramente su voluntad. Más que un medio de prueba supondría una evasiva de la responsabilidad que pudiese derivar respecto de la persona a la que se presta el apoyo. A mi juicio, este método podría ser efectivo cuando se conociese de forma exacta la voluntad del guardado, mientras que en los casos contrapuestos su efectividad sería menor debido a las dificultades a la hora de confirmar los deseos de la persona con discapacidad; por lo que entraría en juego de nuevo el acta de notoriedad, ante la falta de expresión de voluntad y falta de pruebas que demuestren una vinculación próxima con él, debemos acudir a ella. Lo que sí debe garantizarse siempre si se constata que realmente existe la guarda de hecho, es el acceso a la información bancaria del guardado, puesto que el guardador deberá hacer diversos gastos para garantizar el cuidado de la persona —como alimento, higiene, medicinas...—, este acceso no presentará complejidad pues se considera un gasto de escasa relevancia, para el cual no será necesaria la autorización judicial ni otros métodos probatorios.

En el ámbito sanitario se ha reconocido extramuros del ámbito legal, el valor de los certificados médicos donde se haga constar que el paciente acude a las visitas acompañado por el guardador, pues por el momento aún no hay regulación en la materia. En este tipo de supuestos, por el momento, a la hora de considerar constatada la guarda regirá el criterio de los profesionales.

3.6 Medidas de control y vigilancia.

En el momento de analizar las posibles medidas de control y vigilancia del guardador, el punto de partida será el **artículo 265 CC**, que, en primer lugar prevé que las actuaciones del guardador serán susceptibles de control judicial, disponiendo que *“A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias. Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento”* Cabe completar este precepto con el **artículo 52.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria**, que reconoce que cualquiera con un interés legítimo podrá solicitar a la autoridad judicial un control periódico o requerimiento de información al guardador. Este posible control permite que, no solo cuando la autoridad judicial tenga sospechas del defectuoso funcionamiento pueda dirigirse al guardador, sino cuando sean terceros los que se hallen en esta situación. De este modo, se evita que el guardador realice actuaciones que no se funden en interés del discapaz.

En la misma línea, el **artículo 265 CC** también dispone que la autoridad judicial podrá en cualquier momento exigir al guardador de hecho que rinda cuentas sobre su actuación.

El juzgador también tendrá la capacidad de, en expediente de jurisdicción voluntaria *establecer las salvaguardias que estime necesarias*, por ejemplo si considerase que la persona con discapacidad no está bien atendida, existiese un peligro para su persona... En vista de lo anterior, podrá establecer también *las medidas de control y vigilancia que estime oportunas*, a efectos de evitar que se encuentre bajo una guarda en la que el guardador se aproveche de la situación de vulnerabilidad de la persona con discapacidad y realizase actos a su favor. De forma excepcional, para poder continuar con la guarda de hecho pero evitar actuaciones inapropiadas por parte del guardador se le podrá exigir la formación de inventario o la prestación de fianza.

La principal salvaguarda para evitar la indefensión de la persona con discapacidad es el nombramiento de un defensor judicial, para evitar, entre otros, conflictos de intereses entre el guardador de hecho y la persona con discapacidad.

Como ya sabemos, la autoridad judicial facilitará al guardador autorización para la ejecución de determinadas operaciones, como aquellas que supongan enajenación de bienes inmuebles. Para comprobar que, en efecto se ha realizado correctamente el acto, el **Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria de 2022**, dispone que en esta tesitura, *también sería conveniente establecer salvaguardas para comprobar la correcta realización del acto y su destino al interés de la persona con discapacidad*. Estas salvaguardas serán exigibles mediante el **artículo 66 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria**, que reconoce que *el Juez podrá adoptar las medidas necesarias para asegurar que la cantidad obtenida por el acto de enajenación o gravamen, así como por la realización del negocio o contrato autorizado se aplique a la finalidad en atención a la que se hubiere concedido la autorización*. Se han dado supuestos, como en el **AJPI Córdoba núm. 5 570/2022 15 septiembre 2022 (Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria (Genérico) 1297/2021)**, en los que tras conceder a la guardadora autorización para la venta de un inmueble de su madre —bajo la que estaba ejerciendo la guarda— por no disponer de medios económicos para pagar la residencia donde vivía, se estableció la obligación de acreditar que efectivamente, el importe obtenido de la venta se había destinado a la finalidad expuesta : la atención de gastos de la persona con discapacidad.

En el ámbito penal se ve castigado el abandono de la persona que padezca una discapacidad como dispone el **artículo 229 CP**, según el que *“El abandono de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años.”*

Como ejemplo, en la **STS 459/2018 de 10 de octubre de 2018** se condenó a los guardadores de hecho de Dña. Antonia, la cual padecía una serie de enfermedades y avanzada edad, por razón de las cuales perdió la capacidad de caminar y la autonomía para realizar actividades básicas de la vida diaria, siendo sus hijos los principales encargados de su cuidado personal y diario. Ambos acusados, sabiendo sus condiciones y disponiendo de la posibilidad de proporcionarle ayuda —pues convivía en la misma vivienda que uno de ellos—, desatendieron sus necesidades, dejando de alimentarla, asearla, curar su heridas o cambiar su posición en la cama, lo cual degeneró en el fallecimiento de

Dña. Antonia. Esto muestra un alto grado de desatención por quien, en base a las relaciones filiales existentes con la persona había asumido su cuidado y la condición de guardador de hecho, que se desvirtúa en absoluto al abandonar a su suerte a una persona en estado de vulnerabilidad, lo cual demuestra una completa desconsideración hacia la persona; además de que, aunque el guardador asume voluntariamente este puesto, debe ejercerlo con diligencia.

3.7 Valor jurídico de los actos realizados por el guardador, requisitos y posibilidad de impugnación.

La validez de los actos realizados por el guardador se presume siempre, sin embargo existe la posibilidad de impugnación de aquellos actos que, por ejemplo, pudiesen redundar en un beneficio para el guardador y un perjuicio para el guardado. Están legitimados para su impugnación el Ministerio Fiscal, pero también cualquier tercero que pudiese tener conocimiento de una situación de injusto para el guardado.

De acuerdo al **artículo 257 del CC**, se presume que cuando de forma preventiva, se hubiese otorgado un poder, los actos del guardador serán válidos pues este poder sirve como legitimación. Estos poderes se mantienen incluso aunque de forma posterior se establezcan otras medidas de apoyo, tanto judiciales como voluntarias. Además, para evitar que se produzcan actuaciones contrarias a su voluntad, el poderdante podrá, como dispone el **258 CC**, *“establecer, además de las facultades que otorgue, las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida”*

Serán así impugnables aquellos actos que se produzcan, por ejemplo, cuando el acto requiriese de actuación representativa, pues será necesario obtener autorización mediante procedimiento de jurisdicción voluntaria. Como esta autorización puede comprender uno o varios actos, si tratase de aplicarse a más de los que se ha concedido, el acto será impugnable. Por ejemplo, la enajenación de un bien inmueble sin autorización para ello será impugnable, ya que no solo requiere de autorización sino que se prevé que la autoridad judicial oiga al Ministerio Fiscal y se recaben los informes que se consideren pertinentes. La autorización será preceptiva para los actos incluidos en el listado del **artículo 287 CC**.

También, aunque el guardador no requiere autorización para aquellos actos que no suponen un cambio económico significativo —sobre todo porque, en la mayoría de ocasiones quien ejerce la guarda es un familiar, lo cual implica que pueden existir cuentas bancarias en cotitularidad de los mismos—, podemos entender que cualquier acto económico, independientemente de su entidad, siempre que fuese en beneficio de cualquiera que no fuese el guardado será impugnabile —El caso de un guardador que, en vez de emplear los fondos económicos del guardado para hacer la compra de productos médicos, lo utiliza para sí mismo—.

A su vez, aunque el CC no se pronuncia expresamente acerca de ello, podemos entender que todos los actos realizados por aquel que incurriera en prohibiciones de ejercer la guarda, serán impugnables y nulos. Es por ello que, si el **artículo 250** dispone que no podrán ejercer la guarda aquellos que en virtud de una relación contractual presten servicios asistenciales, entendemos que los actos realizados por estos son nulos. Pero se suscita la duda acerca de que aunque este acto fuese realizado por una persona que no puede ejercer la guarda, si este acto es en beneficio de la persona con capacidad limitada, lo más coherente es que no se impugne ni se declare nulo por las consecuencias positivas que ha tenido para el guardado.

La principal solución en caso de que se produjesen actos gravosos para el guardado es el nombramiento de un defensor judicial por parte del Letrado de la Administración de Justicia, pudiendo por ejemplo proceder a la designación de un curador para que este asuma la gestión del patrimonio del guardado. Pero, en general entendemos que no será necesario llegar a esta situación, pues el Código ya intenta proteger a la persona con capacidad limitada a través del **artículo 265**, que dispone que se podrá requerir al guardador en cualquier momento para que rinda cuentas. Este sistema debería ser suficiente para prevenir al guardador y que este se abstenga de realizar operaciones gravosas para el guardado.

No solo los actos del guardador son impugnables, sino que la impugnación se extiende a aquellos hechos *sin* el guardador de hecho cuando se requiriese su intervención. Si la persona con capacidad limitada estuviese afectada por algún padecimiento psíquico que le impidiese prestar su consentimiento y realizase un contrato sin la intervención del guardador, será nulo, porque de

acuerdo al **artículo 1261 CC** un contrato en el que se aprecia la ausencia del consentimiento es nulo. De hecho, en el ámbito contractual se dedica el **artículo 1302.3**, párrafo primero, CC a los contratos celebrados por personas con capacidad limitada cuando se celebren sin tener en cuenta las medidas de apoyo necesarias. También aquellos negocios que se hubiesen realizado ante notario si quedase demostrado que no hubo una adecuada apreciación por parte de la autoridad notarial, a quien corresponde emitir un juicio sobre la capacidad de los otorgantes.

3.8 Actuaciones que requieren autorización judicial.

En cuanto el guardador de hecho se considera un asistente de la persona con discapacidad, en aquellas actuaciones que apenas generen un riesgo para su persona no será preceptiva la autorización judicial.

No obstante, como hemos explicado anteriormente, es posible que el guardador llegue a ejercer funciones representativas cuando no sea posible conocer con exactitud cuales son los deseos y preferencias de la persona. Pero, ejercer una función representativa que sustituya sus decisiones por las del guardador podría conllevar perjuicios para el guardado, pues aunque el **artículo 249 CC** recalca que a la hora de tomar la decisión deberá elegirse aquella más similar a la que habría escogido la persona, puede que no llegue a ser así. Es por ello que el **artículo 264 CC** establece una protección para la persona con discapacidad, pues según él mismo se requerirá siempre de autorización judicial ad hoc para actuar en representación, no será preciso abrir todo un procedimiento de provisión de apoyos, será suficiente la autorización para el caso concreto tras un examen previo de las circunstancias.

La necesidad autorización se proyecta sobre los mismos supuestos aplicados al curador, que vienen recogidos en el **artículo 287 CC**. Entre otros, el guardador requerirá de autorización para :

- Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma
- Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos
- Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona
- Renunciar derechos

- Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.
- Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.
- Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía
- Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.
- Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.

Por el contrario, podemos entender que los actos que carezcan de especial significado personal o familiar no precisarán de esta autorización.

A la hora de obtener la autorización será un requisito esencial que el juez considere acreditado que el solicitante es, en efecto, el guardador de hecho. Esto se produce porque, al ser la guarda una medida de apoyo informal el juzgador no tiene que conocer acerca de su existencia. Además de que, esta autorización tiene como objeto la protección de la persona con discapacidad, evitar que el que sea el guardador pueda realizar operaciones que fuesen perjudiciales para él o aprovecharse de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra y emplearla a su favor.

4. CONCLUSIONES

La imperiosa necesidad de una modificación legislativa en aras de lograr una mayor protección y apoyo a las personas con discapacidad ha llegado muchos años después de la ratificación de la Convención de Nueva York, la cual proponía una mayor autonomía e inclusión social por parte de este colectivo, que era ignorado tanto en el ámbito legal como social. Me remito a lo que ya he defendido más adelante, cualquier cambio social ha de incidir en el legislativo, y viceversa. Ambos han de ir de la mano.

Bien es cierto que han habido distintas normativas que trataban de seguir la línea propuesta por la CNY, siendo significativa, a mi parecer, la modificación del Código Penal a través de la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre. Antes este reconocía la posibilidad de esterilizar de forma forzosa o no consentida a las personas incapacitadas judicialmente. Ahora, esta modificación es joven, siendo introducida en 2020; razón por la que la considero excesivamente tardía teniendo en cuenta que este precepto, a pesar de que buscaba la protección de este colectivo y evitar abusos indebidos sobre su persona, seguía vulnerando derechos fundamentales de los cuales son titulares sin tener nada que ver aquí su capacidad.

En relación a esos avances legislativos a los que he aludido en el anterior apartado, recordemos que han sido numerosas normativas pero deficientes e inadecuadas. Ha sido años después, con la Ley 8/21 con la que podemos afirmar que se ha llegado a un sistema casi perfecto, a mi parecer. Más adelante incidiremos en esta “semi perfección”. La Ley 8/21 bebe directamente de la CNY, que sienta las bases de nuestro nuevo sistema y se presenta como idéntica a los preceptos contenidos en la misma —probablemente para evitar así lo ocurrido con las regulaciones previas, que se promulguen pluralidad de normas que no llegan a adaptarse de manera correcta a la misma y continúan limitando la autonomía, más que promoviéndola—.

Presenta un gran avance en el trato jurídico dispensado a las personas que se encuentran con mayores dificultades; reconociendo que estos, como cualquier otro individuo, disponen de capacidad jurídica plena —a su vez incluyendo la nueva unificación de capacidad jurídica y capacidad de obrar, que se funden en un todo indivisible: pues se entiende que todo aquél que

ostenta un derecho puede ejercitarlo. Supuesto distinto es que pueda necesitar un apoyo para hacer uso de él adecuadamente, pero no impide su actuación—.

Tanto la sociedad como el legislador han empezado a tener más presentes a estas personas, llegando incluso a modificar un precepto de nuestra Constitución, el artículo 49, en interés de proporcionarles el respeto que merecen y dejando latente el avance ideológico bajo el que no solo España, sino muchos otros Estados se acogen. Ha sido un paso decisivo que trata de colocar en el mismo escalón a las personas con capacidad limitada y al resto. No supone solo un cambio de terminología en cómo nos referimos a estas personas, sino un trato más adecuado hacia las mismas. El impacto de la norma ha sido tal que gran parte de nuestro ordenamiento jurídico se ha visto modificado para adaptarse al nuevo sistema, especialmente al de provisión de apoyos. Entre otros, la Ley de Enjuiciamiento Civil, de Jurisdicción Voluntaria, el Código Civil...

En relación a este trabajo, me gustaría incidir en las medidas de apoyo y especialmente, en la guarda de hecho, pero iremos paso por paso. Se construyen así las medidas de apoyo bajo el paradigma del acompañamiento amistoso, lo cual supone la eliminación y rechazo absoluto para la figura de la tutela. Figura que a mi parecer no habría de ser suprimida, sobre todo en relación a aquellos casos en los que haya una ausencia de la autonomía total, por lo que otra medida de apoyo puede llegar a ser insuficiente en estos supuestos. Una tutela no tiene por qué ir en contra de los principios propuestos por la CNY, pues tiene que haber un acompañamiento, pero es posible acompañar cuando el sujeto pueda decidir por sí mismo. Cuando no pueda, habrán de plantearse otras decisiones que cumplan con sus necesidades. Lo mismo ocurre con la patria potestad prorrogada y la rehabilitada. A mi parecer, estas figuras sí son eficaces, si el problema que planteaban era su rigidez lo más adecuado sería tratar de mantenerlas, pero bajo un régimen más flexible. Más aún si tenemos en cuenta que quienes ostentaban estos cargos, se convierten en curadores o guardadores de hecho en base a lo establecido por la Ley 8/21. Aunque para tratar de solventar los problemas que pudiesen derivar en casos de ausencia de autonomía total se prevé la posibilidad de la medida de apoyo representativa, especialmente la curatela representativa cuya similitud es tal con la tutela que apoya aún más la idea de que esta institución debía haberse mantenido.

El asunto que más nos interesa, la guarda de hecho, se ve reforzada y reconocida como medida estrella por la nueva normativa. Reconocimiento que tal vez llega tarde puesto que la existencia de esta figura se remonta a la antigua Roma gracias a su carácter informal y altruista, lo cual merecía un desarrollo normativo adecuado y que no se continúe observando bajo el prisma de la provisionalidad. La guarda toma gran importancia principalmente por ser la medida que más acorde puede presentarse a los deseos de la persona, porque es un cuidado que nace por sus familiares, allegados, amigos, vecinos... Al final del día, lo que nos puede dar a entender es que es la medida que más comodidad otorgará a la persona porque, en primer lugar, si ha nacido es por que la persona necesitaba ese cuidado y, en segundo, si se mantiene porque así lo desea tanto el guardado como el guardador por lo que, salvo insuficiencia de la misma, no es necesario adoptar otro tipo de medida. Aunque la guarda toma un papel protagonista el desarrollo de la misma no es tan extenso como el de la curatela, por lo que en ocasiones pueden apreciarse insuficiencias. Por ejemplo, respecto a la acreditación de la guarda, en la mayoría de supuestos que hemos tratado antes la solución final y más conveniente será acudir a los tribunales, lo cual en muchos casos es un proceso largo y tedioso y del que muchos desconocen.

A su vez el control de la guarda es mucho menor que el previsto para el curador, debido a que la curatela se establece a través de resolución judicial; pero la guarda nace en el ámbito cotidiano y no necesita declaración judicial para que se considere que existe, por lo que será imposible ejercer un control de la guarda si desconocemos quienes son tanto el guardador de hecho, como el guardado. Es decir, se sabe con certeza que en España, más de 4.500.000 de personas mayores necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica y alrededor de 250.000 se encuentran bajo curatela. Por lo que el resto han de encontrarse bajo una guarda de hecho, siendo la inmensa mayoría. No debemos olvidar que el guardado es una persona vulnerable, entonces, establecer un medio de control de los actos del guardador que sea rígido es primordial para evitar que el guardador termine ejerciendo actos que redunden en su propio beneficio y en perjuicio del guardado, abusando de la confianza del mismo, o incluso actos que deriven en ilícito penal por falta de cuidado, como alguno de los casos que hemos tratado a lo largo de este proyecto. Esta oportunidad si fue aprovechada por Códigos Forales como el de Aragón y Cataluña que exigen al guardador la comunicación a la autoridad judicial, Ministerio Fiscal o Entidad pública del respectivo territorio que se encargue de la protección de menores o personas con discapacidad de la situación de la guarda.

Otra modificación sorprendente fue la supresión del artículo 304 del Código Civil, que disponía que aquellos actos que hubiesen sido realizados en interés del presunto incapaz no podrán ser impugnados siempre que redunden en su utilidad. Como ya hemos dicho, plantea dificultad para el guardador el ejercicio de ciertos actos sin poseer una autorización judicial; pero pongamos el ejemplo de una guarda de hecho que nace en el ámbito rural, por parte de un hijo a su madre enferma. Quizás este hijo desconoce que para realizar determinadas actuaciones como en el ámbito bancario o la venta de una propiedad que es de ambos precisa de autorización judicial. Si esta actuación fuese por necesitar liquidez para el cuidado de su madre, lo más apropiado es que se mantenga, pues es una acción dirigida a proporcionarle un cuidado adecuado.

A lo que me refiero es a que evidentemente no debemos olvidar ni mucho menos menospreciar la increíble evolución que se ha producido en el trato y cuidado de las personas con capacidad limitada desde que se ratificó la CNY en 2007 hasta la actualidad, en 2024; dando preeminencia a la medida de apoyo más presente y que más caracteriza ese *acompañamiento amistoso* que proponía la CNY. En resumen, si la guarda es una medida que es efectiva por ser la realidad bajo la que se encuentran miles de personas, lo que se debe hacer es tender a reforzar esa efectividad, eliminando aquellas barreras que puedan proyectarse a lo largo de su ejercicio para garantizar el pleno funcionamiento de la misma.

5. BIBLIOGRAFÍA

● MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS

- Leña Fernández, R; Cabello de Alba Jurado, F. *La reforma de la discapacidad*, Fundación Notariado, 2022.
- Llamas Pombo, E. *Manual de Derecho civil*. Wolters Kluwer, 2021.
- Guilarte Martín-Calero, C. *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad*. Reus, 2019.
- Díez-Picazo, L. *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*. Tegrat, 1977.

- Quesada González, M. *La tutela y otras instituciones de protección de la persona (Un estudio de sentencias, autos y resoluciones)* Atelier, 2004.
 - Lescano Feria, P. *La guarda de hecho*. Dykinson, 2017.
 - Guilarte Martín-Calero, C. *Comentarios a la Ley 8/2021*. Aranzadi, 2021.
 - De Salas Murillo, S. *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la convención de Naciones Unidas*. Dykinson, 2013.
 - Martín Meléndez, M.T. *El nuevo artículo 1387 CC: su interpretación a la luz de la regulación de la discapacidad de la Ley 8/2021 y propuestas de Lege Ferenda*. Anuario de Derecho Civil Vol. 74, nº4, 2021. Págs.1288-1372
 - Donado Vara, A. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*. Nº. 33, 2022 (Ejemplar dedicado a: La humanización de la justicia civil de familia). Págs. 124-131.
 - Jiménez Muñoz, F.J. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*. Nº. 36, 2022. (Ejemplar dedicado a: Infancia, adolescencia y discapacidad: protección frente a la violencia física y digital) Págs 73-101.
 - Planas Ballvé, M. *Compatibilidad de la guarda de hecho con la curatela*. Diario La Ley, Nº 10465, 2024.
 - Leciñena Ibarra, A. *Superando las dificultades de implementar la guarda de hecho en el tráfico bancario. El Documento interpretativo al Protocolo Marco entre la FGE y las asociaciones bancarias, de 19 julio 2023*. Revista La Ley Actualidad civil Nº 11, 2023.
 - Rico García, E.J. *La guarda de hecho a la luz de las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 14 y 20 de octubre de 2023. Procedencia de la curatela en caso de insuficiencia de la guarda*. Diario La Ley, Nº 10393, 2023.
 - Ortiz Tejonero, M. *La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021*. Diario La Ley, Nº 10053, Sección Tribuna, 21 de Abril de 2022, Wolters Kluwer.
- DOCUMENTOS
 - Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006.

- Observación general Nº 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas.
 - Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
 - Circular Normativa 1/2023 de 27 de mayo del Consejo General del Notariado.
 - Documento definitivo del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria de 2022.
 - Ganzenmüller Roig, C. De la efectiva aplicación de la Convención internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, y sus efectos en el derecho interno.
 - Documento interpretativo al protocolo marco entre fge y asociaciones bancarias.
- LEGISLACIÓN
 - Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. [BOE-A-1862-4073 Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.](#)
 - Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. [BOE-A-1889-4763 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.](#)
 - Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. [BOE-A-1946-2453 Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.](#)
 - Constitución Española. [BOE-A-1978-31229 Constitución Española.](#)
 - Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. [BOE-A-1983-28123 Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.](#)
 - Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública. [BOE-A-1984-17387 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.](#)
 - Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [BOE-A-1995-25444 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.](#)

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. [BOE-A-2000-323 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.](#)
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. [BOE-A-2003-21053 Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.](#)
- Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. [BOE-A-2003-22066 Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.](#)
- Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, 13 de diciembre de 2006.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. [BOE-A-2006-21990 Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.](#)
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. [BOE-A-2011-12628 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.](#)
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. [BOE-A-2011-13241 Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.](#)
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. [BOE-A-2013-12632 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.](#)

- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. [BOE-A-2015-7391 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.](#)
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. [BOE-A-2015-8470 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.](#)
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. [BOE-A-2015-11430 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.](#)
- Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. [BOE-A-2018-16672 Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.](#)
- Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. [BOE-A-2020-16345 Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.](#)
- 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. [BOE-A-2021-9233 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.](#)

- JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil nº 269/2021 de 6 de mayo de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil nº 589/2021 de 8 de septiembre de 2021.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil nº 66/2023 de 23 de enero de 2023.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal nº 459/2018 de 10 de octubre de 2018.
- Audiencia Provincial de Ávila, Auto nº 60/2023 de 22 de junio de 2023.
- Juzgado de Primera Instancia nº5 de Ávila, Auto nº 454/2022 7 de febrero de 2023.
- Audiencia Provincial de Cádiz, Sentencia 507/2022 de 3 de junio de 2022.
- Audiencia Provincial de Cádiz, Sentencia nº 1071 de 27 de octubre de 2021.
- Audiencia Provincial de León, Sentencia (rec. nº 1105/2021) de 21 de marzo de 2022.
- Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia 440/2021 de 16 de septiembre de 2021.
- Audiencia Provincial de Madrid, Sentencia 105/2022, de 31 de Marzo de 2022.
- Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº4 de Massamagrell, Sentencia 139/2021 de 21 de septiembre de 2021.
- Juzgado de Primera Instancia nº9 de Castellón de la Plana, Sentencia 317/2021 de 23 de septiembre de 2021.
- Juzgado de Primera Instancia nº5 de Córdoba, Sentencia 570/2022 de 15 de septiembre de 2022.