

# LA GUARDA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELLECTUAL A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD\*

M<sup>a</sup> ISABEL MONDÉJAR PEÑA \*\*

**Resumen:** El objetivo de este trabajo ha sido principalmente examinar si la protección dispensada a los mayores con una discapacidad intelectual por la figura tutelar más utilizada en la práctica –la guarda de hecho–, resulta adecuada para tutelar los intereses personales y patrimoniales de estas personas y, si el tratamiento jurídico que se da a esta figura en el Derecho español cumple con los objetivos previstos en el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

**Palabras clave:** Personas mayores, personas con discapacidad, capacidad jurídica, discapacidad intelectual, aplicación interna del Derecho Internacional

**Abstract:** The aim of this paper is to examine whether the protection of elderly people with an intellectual disability by the done-guard –the most frequently used legal mechanism– is adequate to protect the personal and financial interests of these seniors and, if the legal treatment given to this figure in the Spanish law meets the objectives set out in art. 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, adopted on the 13<sup>th</sup> of December 2006 by the United Nations General Assembly.

**Keywords:** Elderly people, persons with disabilities, legal capacity, intellectual disability, domestic application of international Law.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN; II. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU PROTOCOLO FACULTATIVO, APROBADOS EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006 POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU); 1. Objetivos de la Convención; 2. Ámbito subjetivo de la Convención; 3. La adaptación del derecho español al contenido de la Convención en las instituciones tutelares del discapacitado; 4. Discapacidad y población anciana en la Convención; III. EL GUARDADOR DE HECHO COMO FIGURA TUTELAR HABITUAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS MAYORES DISCAPACES; 1. Introducción; 2. Concepto y naturaleza jurídica; 3. Clases de guardadores de hecho; 4. Juicio crítico de la figura

\* Fecha de recepción: 24 de noviembre de 2014.

Fecha de aceptación: 8 de diciembre de 2014.

\*\* Profesora Contratada Doctora Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico [isabel.mondejar@uam.es](mailto:isabel.mondejar@uam.es)

del guardador de hecho; 5. Causas del uso generalizado de esta figura de guarda; 6. Regulación normativa de la guarda de hecho; 7. La responsabilidad del guardador de hecho; 8. El pretendido carácter transitorio de la guarda de hecho; 9. Ámbitos de la actuación del guardador de hecho; 10. Adecuación de la figura para la consecución de los objetivos previstos en la Convención; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFIA.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU)<sup>1</sup> han promovido un cambio fundamental en el sistema de protección de las personas discapacitadas, al optar por un modelo de apoyo o asistencia en la toma de decisiones y no por uno de representación.

Al respecto declara en el *artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley*.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas

<sup>1</sup> Ambos son tratados internacionales que recogen los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los Estados Partes de promover, proteger y asegurar tales derechos.

y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Tras esta Convención, salvo que sea imprescindible por faltar en el discapaz la capacidad de entender y querer, se debe evitar la limitación absoluta de su capacidad de obrar que exigiría la adopción de un sistema de sustitución o de representación del discapaz.

La adaptación a la Convención requiere adaptar las normas internas al espíritu y a la terminología de este texto internacional; en este sentido, deberá hablarse de figuras de apoyo al “discapacitado”, y sustituir el término incapacitado por “persona con capacidad modificada”. También resultará preciso profundizar en la necesidad de crear nuevos mecanismos y procedimientos de apoyo para garantizar que la modificación de la capacidad de obrar sea la estrictamente necesaria y el apoyo cumpla los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido.

La necesidad de apoyo puede venir referida a decisiones patrimoniales, personales, sociales, trabajo, salud, vida independiente, o de cualquier otra índole. La Convención no enumera las clases de apoyo que pueden prestarse al discapaz, establece un sistema abierto, en el que sólo excepcionalmente se requerirá la incapacitación, o mejor dicho en términos de la Convención, la modificación de la capacidad del discapaz. En principio, se estima suficiente un cargo que apoye al discapaz sin necesidad de que éste sea su representante<sup>2</sup>.

En el Derecho español existen dos figuras que pueden servir a este propósito, por un lado se encuentra la figura del *curador*, y por otro, la del *guardador de hecho*, quien de facto apoya a la persona discapacitada sin que previamente se haya incoado un procedimiento de modificación de su capacidad y sin que necesariamente las autoridades tengan conocimiento de su existencia<sup>3</sup>.

En este trabajo se va a estudiar si el tratamiento jurídico que se da a la figura del guardador de hecho en el derecho español le convierte en una figura destacada en la protección de los mayores con una discapacidad intelectual, y si cumpliría con los objetivos previstos en el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La oportunidad de su análisis es evidente, en primer lugar, porque la reforma de los procedimientos sobre la capacidad de las personas (arts. 756 y ss. LEC) para adaptarlos a la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad está todavía pendiente; y, en segundo lugar, porque el sistema de guarda legal español reclama

---

<sup>2</sup> Los ordenamientos jurídicos próximos al español utilizan sistemas protectores que sustituyen a la declaración de incapacitación cuando la capacidad natural del discapacitado lo haga aconsejable, ya sea a través del “*amministrazione di sostegno*” italiano (art. 404 del Código civile), “*sauvegarde de justice*” francés (art. 491 del Code civil), o el asistente legal alemán (art. 1.896 BGB). Una referencia jurisprudencial a estas figuras puede verse en el Fundamento de Derecho Sexto de la STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 2901)

<sup>3</sup> Sobre estas figuras puede verse mi trabajo “La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho”, en *Derecho de Familia*, Thomson Reuters, 2011, pp. 2013-2078.

una reflexión y, en su caso, una adaptación, ante las necesidades de una sociedad en la que se multiplican los casos de mayores con deterioro cognitivo. Si tras el examen de las diversas cuestiones se considerara necesaria la reforma o la adopción de alguna medida complementaria de protección, estas adaptaciones encontrarían su fundamento en el artículo 4 de la citada Convención, en cuya virtud “Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”.

## **II. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU PROTOCOLO FACULTATIVO, APROBADOS EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006 POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU)**

### **1. Objetivos de la Convención**

De conformidad con su art. 1, la Convención tiene como propósito 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.

La Convención ha supuesto la consagración del cambio de paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad, ha tratado de superar definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad para abordar una basada en los derechos humanos<sup>4</sup>. Considera a las personas con discapacidad plenamente como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social, favoreciendo que puedan tomar decisiones en todos los aspectos de su vida tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva.

### **2. Ámbito subjetivo de la Convención**

Para la Convención, el término personas con discapacidad constituye un amplio espectro de destinatarios, por ello el propio art. 1.2 declara: “Las personas con discapacidad

---

<sup>4</sup> La adaptación a este cambio de paradigma ha tenido lugar en España por medio de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta norma supera el modelo médico o rehabilitador, que consideraba la discapacidad como un problema de la persona, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, que requiere asistencia médica y rehabilitadora, en forma de un tratamiento individualizado prestado por profesionales. La citada ley, de acuerdo con la Convención asume la perspectiva social y de derechos y capacidades, que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social.

incluyen a aquellas que tengan 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”.

La discapacidad es una situación que engloba una pluralidad de realidades y afecta a personas de diferente edad y condición. Algunas personas tienen más de una forma de discapacidad, y muchas, si no todas las personas, pueden llegar a tener alguna discapacidad en algún momento de su vida debido a lesiones físicas, enfermedades o envejecimiento.

A la hora de distinguir grupos de personas dentro del concepto discapacidad resulta esencial tener presente que la existencia de una discapacidad y de la necesidad de una ayuda no debe tener necesariamente una influencia sobre la capacidad jurídica y de obrar de la persona protegida.

Que la capacidad de obrar limitada y la discapacidad son situaciones que pueden ser diferenciadas ha sido reconocido por la STS 282/2009, de 29 de abril (RJ 2009, 2901) al declarar: “En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada”.

Es importante distinguir estas dos realidades, porque las medidas de protección a dispensar al discapaz dependerán de cada situación concreta. A veces, en los supuestos más graves será precisa la incapacitación y el nombramiento de un tutor que represente al discapaz carente de capacidad de entender y querer; otras veces, la protección deberá limitarse a determinar los actos en los que el discapaz requerirá la intervención de un curador que complemente su capacidad de obrar prestando su conformidad. Otras veces, si el discapaz tiene plenas sus facultades de entender y querer las medidas a tomar para prestarle ayuda y apoyo en sus necesidades en modo alguno afectarán a su capacidad de obrar.

### **3. La adaptación del derecho español al contenido de la Convención en las instituciones tutelares del discapacitado**

A partir del momento en que España ratificó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución Española de 1978, formó parte del ordenamiento interno, por lo que ha sido preciso examinar si resulta necesaria la adaptación y modificación de la legislación española para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge.

Como ha reconocido la STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 2901) el sistema previsto en el derecho español se acomoda a la Convención con algunos matices, esto es, siempre que se considere que la modificación de capacidad derivada de los procedimientos judiciales previstos en Ley de Enjuiciamiento Civil es sólo una forma de protección y, que en modo alguno es una medida discriminatoria, porque se trata de personas especiales en la medida que ciertas circunstancias les impiden su autogobierno.

La STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 2901), en sintonía con la doctrina de la STC de 9 de octubre de 2002 (RTC 2002, 174)<sup>5</sup> con muy buen criterio declaró:

“Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que:

- a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección [...]
- b) No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores

---

<sup>5</sup> La STC de 9 de octubre de 2002 (RTC 2002, 174) manifestaba: “El derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contrario al art. 24.2 CE”.

de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

- c) La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE ), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección”<sup>6</sup>.

El sistema protector previsto en la legislación española basada en la tutela y curatela se adapta a las líneas maestras marcadas por la Convención. No obstante, tanto en una futura reforma como en la interpretación de la legislación nacional, deberán tenerse en cuenta una serie de preocupaciones básicas mostradas en la Convención<sup>7</sup>, entre ellas destacan las siguientes:

1. La discapacidad sólo puede ser causa de modificación de la capacidad de obrar, si impide a la persona autogobernarse. El objetivo de reconocer una situación de discapacidad es ayudar a la persona protegida, y no retirarle su capacidad de obrar. La modificación de la capacidad de obrar que consista en anular el ejercicio de la capacidad jurídica y otorgarla a un tercero, que actuará en representación de la persona con discapacidad, debe quedar limitada a las situaciones excepcionales que lo justifiquen.
2. Si fuera necesaria la modificación de la capacidad, los Tribunales deberán decantarse, salvo que razones excepcionales lo requieran, por un sistema de guarda y apoyo basado en la curatela. Figura protectora que, como es sabido, no supone una representación por el curador sino un sistema de complemento de la capacidad modificada por la sentencia de incapacitación en los asuntos que requieran de este apoyo.
3. Deben introducirse en la legislación referencias explícitas a la “persona de apoyo, o de apoyo en la toma de decisiones” para resaltar en todas las figuras de protección y guarda su dimensión potenciadora de las capacidades de quien no puede adoptar determinadas decisiones por sí mismo.
4. Las medidas de apoyo en la toma de decisiones y protección establecidas en beneficio del discapaz se deben articular tratando de evitar el conflicto de intereses y la influencia indebida. Deberán tomarse en consideración los deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo, para lo cual durante el procedimiento sea oído, evitando en la medida posible nombramientos

---

<sup>6</sup> Doctrina seguida posteriormente por las SSTS de 24 de junio de 2013 (RJ 2013, 3948) y 30 de junio de 2014 (RJ 2014, 4930)

<sup>7</sup> Que han sido puestas de manifiesto por el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010.

contrarios a la preferencia del discapaz, para lo cual el juez podrá prescindir del orden legal previsto para hacer el nombramiento. No obstante podrá prescindir de sus preferencias cuando, debidamente justificado, el interés del discapaz así lo aconseje

5. En la sentencia que culmine el proceso de modificación de la capacidad de obrar deberá indicarse las áreas de la esfera personal y patrimonial de la persona con capacidad modificada sobre las que ésta no podrá adoptar decisiones, y determinará los actos o categoría de actos que no puede realizar por sí sola, sobre la base de que ésta sólo verá restringido el ejercicio de los derechos que expresamente consten en la sentencia.
6. Toda restricción de la capacidad de obrar debe ser interpretada de forma restrictiva. El tutor o curador sólo deben actuar por la persona protegida en el ámbito de las competencias que le sean atribuidas en la sentencia.
7. Si el juez estima que la causa que impide a la persona gobernarse por sí misma, es temporal, deberá precisar la duración de la medida de apoyo y someter a una revisión periódica la necesidad de prorrogar, variar o dejar sin efecto la modificación de la capacidad.
8. La modificación de la capacidad debe ser proporcionada a la discapacidad, y las medidas de apoyo que se establezcan deben ser adecuadas a las circunstancias individuales de la persona con capacidad modificada para proteger sus intereses concretos. La ineptitud para el autogobierno es circunstancial en el sentido de que, para su determinación, hay que ponderar lo que hace ordinariamente la persona con discapacidad; lo que necesita hacer y lo que no puede hacer por sí misma; sólo el área de falta de autogobierno será el área que ha de ser complementada por la medida de apoyo que sea preciso adoptar.

#### 4. Discapacidad y población anciana en la Convención

Aunque la discapacidad afecta a un amplio espectro de destinatarios, es mucho más numerosa en la población anciana, colectivo que en un futuro inmediato se prevé que sufra un gran incremento<sup>8</sup>. La Convención no es ajena a esta realidad y en muchos de sus preceptos se refiere expresamente a este grupo de personas<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Alrededor del 10% de la población mundial, o sea 650 millones de personas, vive con una discapacidad. Constituyen la mayor minoría del mundo. Esta cifra está aumentando debido al crecimiento de la población, los avances de la medicina y el proceso de envejecimiento, dice la Organización Mundial de la Salud (OMS). En los países donde la esperanza de vida es superior a los 70 años, en promedio alrededor de 8 años o el 11.5% de la vida de un individuo transcurre con incapacidades. Datos obtenidos <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/overview.html>

<sup>9</sup> Son muchos los preceptos en los que la Convención destaca la necesidad de dotar de una especial protección a la población anciana requiriendo un tratamiento específico.

Letra p) del preámbulo: *Preocupados por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma,*



Las discapacidades que puede padecer una persona por razón de su avanzada edad, no implican necesariamente que la capacidad de obrar de estos sujetos deba resultar limitada, en muchas ocasiones simplemente necesitan el apoyo de un tercero que les ayude de manera habitual en el desenvolvimiento en la vida ordinaria. Las personas de edad avanzada tienen derecho al respeto de su dignidad inherente y, por tanto, a vivir su vida de forma independiente y autónoma. Les corresponde tomar sus propias decisiones con respecto a todas las cuestiones que les afectan, incluidas las relativas a sus bienes, ingresos, finanzas, lugar de residencia, salud, tratamientos médicos, etc. Cualquier limitación a esa libertad, esto es cualquier modificación a su capacidad de obrar, deberá ser proporcional a la situación específica del mayor, y siempre con las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos y la discriminación.

Es muy probable que las mayores en mayor o menor grado se vean afectados por una discapacidad mental y que requieran que un tercero les asista. Esta ayuda, en la mayoría de los casos es prestada por un guardador de hecho, sin que previamente haya existido un procedimiento en el que se enjuicie y controle la situación del mayor en relación con su

---

*religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición,*

*Artículo 8. Toma de conciencia: 1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: ...b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;*

*Artículo 16. Protección contra la explotación, la violencia y el abuso...*

*2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad. ...*

*4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.*

*Artículo 25 Salud: Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: ... b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;*

*Art. 28.2 Nivel de vida adecuado y protección social... b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza.*

posible autogobierno<sup>10</sup>. Esta falta de control determina que sea muy frecuente que a través de este apoyo informal el “guardado” sea víctima de abusos personales y patrimoniales, y que incluso sus derechos humanos sean ignorados.

### III. EL GUARDADOR DE HECHO COMO FIGURA TUTELAR HABITUAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS MAYORES DISCAPACES

#### 1. Introducción

Una vez que se ha concluido que las figura del tutor y curador, con ciertas adaptaciones terminológicas de detalle y debidamente interpretadas, son conformes con las pretensiones de la Convención, a continuación se va a analizar la guarda de hecho. La importancia de su análisis es evidente, en la inmensa mayoría de los casos las personas con discapacidad intelectual de edad avanzada viven bajo esta forma de guarda, al margen del oportuno control público. Se deja que su círculo familiar o de confianza se encargue de ellos. Se parte de un principio de intervención mínima y se constituye a la familia en el primer prestador de servicios sociales, lo que sin duda supone un importante ahorro a las arcas públicas. Si se estimara necesario introducir mecanismos de supervisión que pongan en conocimiento de las autoridades la existencia de este guardador, el Estado español podría realizarlo de manera paulatina, pues la propia Convención pide la “realización progresiva” de la mayor parte de sus disposiciones en función de las posibilidades financieras de cada país.

#### 2. Concepto y naturaleza jurídica

El guardador de hecho es aquel sujeto, familiar, allegado o extraño de una persona que no puede valerse por sí misma por carecer de aptitudes para su autogobierno, que lleva a cabo actuaciones relevantes jurídicamente con generalidad y permanencia<sup>11</sup>, ya sea en su esfera personal o patrimonial, sin nombramiento judicial ni habilitación legal<sup>12</sup>.

La guarda de hecho aunque normalmente surge de la iniciativa propia del guardador, también puede nacer del cumplimiento del deber de alimentos entre parientes (art. 142 y ss.

---

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión puede verse mi trabajo “El acoso a las personas mayores”, en *Violencia y familia: educar para la paz*. Colex 2013, pp. 533-558.

<sup>11</sup> Si una persona se ocupara de un único asunto del menor o incapaz, dicho actuación no determinaría la existencia de una guarda de hecho, sino de una gestión de negocios ajenos prevista en los arts. 1.888 a 1.894 del CC. Las diferencias entre ambas figuras han sido examinadas por ROGEL VIDE, C., en *Comentario del Código Civil*, (T. I), Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 862-863.

<sup>12</sup> En ocasiones, como ocurrió en el caso de la STS de 17 de julio de 2012 (RJ 2012, 8362) el guardador de hecho puede llegar a actuar en el tráfico por medio de un apoderamiento voluntario del discapaz intelectual, lo que puede llegar a permitirle disponer de su patrimonio de forma no conveniente a sus intereses.

CC), por el contrato de vitalicio o contrato de alimentos (arts. 1.791 y ss. CC), las llamadas situaciones convivenciales de ayuda mutua, pactos de acogimiento de personas mayores etc.

La guarda de hecho se configura como una figura jurídica especial, con un contenido propio y autónomo<sup>13</sup>, que como expresamente ha reconocido la STS de 27 de octubre de 2014 (RJ 2014, 268558) evita el desamparo de la persona necesitada de apoyo que posibilitaría la tutela pública prevista legalmente. Sustituye, si el interés del discapaz así lo aconseja, la tutela administrativa por una cautelar vigilancia de la Autoridad Judicial sobre el guardador de hecho. Es cuestionable si la guarda de hecho debe constituir una protección meramente transitoria o accidental, y si se debe favorecer la puesta en conocimiento de esta situación a las autoridades pertinentes para que se constituya formalmente la institución de guarda que proceda según el grado de discapacidad: tutela o curatela.

La guarda de hecho<sup>14</sup> no constituye el pilar sobre el cual el legislador ha construido la protección de las personas discapaces. No obstante, y frente a esta evidencia legal, resulta que en la práctica es la forma de protección más utilizada para cuidar a los mayores afectados por una discapacidad intelectual derivada de una demencia senil, Alzheimer u otras enfermedades psíquicas que les impiden gobernarse por sí mismos.

En la realidad del día a día, sólo cuando se necesita disponer de algún bien u ostentar la representación procesal del mayor afectado por una discapacidad mental, se acude al procedimiento de incapacitación, para que pueda tener lugar el posterior nombramiento del pertinente organismo tutelar.

A pesar de su transcendencia práctica, ni la Convención, ni el citado Informe del Consejo de Ministros, ni la normativa que ha venido a adaptar la Convención a la legislación española (Ley 26/2011, de 1 de agosto, Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre Real Decreto Legislativo de 1/2013, de 29 de noviembre) sirve de ayuda para su enjuiciamiento, pues en ninguno de estos documentos se hace ninguna referencia a esta figura de guarda.

### **3. Clases de guardadores de hecho**

Por razón de los vínculos que unen al guardador de hecho con el guardado, puede diferenciarse entre aquellos guardadores de hecho que serían las personas llamadas por la ley (art. 234 CC) a ejercer las funciones de guarda, de aquellos extraños que en situación de discapacidad mental rodean al mayor, con no siempre buenas intenciones.

---

<sup>13</sup> Así se declara expresamente en la S. AP Guipúzcoa de 5 de febrero de 2007 (JUR 2007, 138788) y en la S. AP de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33272).

<sup>14</sup> Define la guarda de hecho la S. AP de Asturias de 17 de abril de 1999 (AC 1999, 1147) como aquella situación que existe siempre que alguien, sin estar investido oficialmente de funciones tutelares respecto de un menor o incapaz asume y ejerce de hecho tales funciones y la S. AP de Valladolid de 1 de febrero de 2005 (AC 2005, 550) al guardador de hecho como el que sin título bastante desempeña cualquiera de las funciones propias de los institutos tutelares.

De los arts. 229 y 303 CC se desprende que también pueden diferenciarse dos tipos de guardadores de hecho, según que su existencia sea o no conocida por las Autoridades. Cuando la guarda de hecho se comunica a la autoridad judicial esta institución ya presenta características que la acercan a los demás cargos tutelares y en este supuesto sí serían aplicable analógicamente las normas que disciplinan la situación del tutor y del curador.

#### 4. Juicio crítico de la figura

Resulta de justicia reconocer que esta figura tuitiva probablemente será merecedora en la mayoría de los casos de alabanzas<sup>15</sup>, ya que normalmente su actuación está motivada por lazos familiares, de cariño y afecto hacia el guardado y por un encomiable altruismo<sup>16</sup>. Sin embargo, hecho este reconocimiento previo y que su existencia es necesaria hasta la onstitución del apoyo oportuno, no debe olvidarse el razonable recelo que debe existir sobre este sistema de guarda aformal<sup>17</sup>, cuando se desarrolla al margen del oportuno control público<sup>18</sup>, porque puede generar importantes daños al guardado, a la familia de éste<sup>19</sup>, al guardador

<sup>15</sup> La guarda de hecho puede cumplir una excelente función para evitar una situación de desamparo ante el incumplimiento de los deberes derivados de la tutela o la patria potestad –al respecto *vid.* la S. AP Barcelona de 22 de noviembre de 1999 (AC 1999, 2589) referida al cuidado que prestan los abuelos ante el desentendimiento de los titulares de los titulares de la patria potestad–.

Además debe destacarse como apunta LASARTE ALVÁREZ, C., *Principios de Derecho civil I, Parte General y Derecho de la persona*, Marcial Pons, 2010, 16<sup>a</sup> ed., pgs. 216-217, que la guarda de hecho es el mecanismo protector de los más humildes económicamente que, a su vez suelen ser los más generosos de corazón. Por tanto, pocos pleitos generarán las situaciones de guarda de hecho; de otra parte, el análisis de la figura debe estar presidido más que por la desconfianza hacia lo ilegal o paralegal, por una franca actitud de encomio o beneplácito.

<sup>16</sup> Tal vez por ello en la STS de 27 de octubre de 2014 (JUR 2014, 26855) considera oportuno distinguir entre aquellos casos en que la guarda de hecho se ejerce por personas ajenas al círculo familiar de aquellos otros en que se ostenta por familiares)

No debe olvidarse que, como apunta LASARTE ALVÁREZ, C., *Principios de Derecho civil I, Parte General y Derecho de la persona*, Marcial Pons, 2010, 16<sup>a</sup> ed., pgs. 216-217, la guarda de hecho es el mecanismo protector de los más humildes económicamente que, a su vez suelen ser los más generosos de corazón. Por tanto, pocos pleitos generarán las situaciones de guarda de hecho; de otra parte, el análisis de la figura debe estar presidido más que por la desconfianza hacia lo ilegal o paralegal, por una franca actitud de encomio o beneplácito.

<sup>17</sup> Aunque la guarda de hecho resultará insuficiente cuando se requiera realizar en nombre del guardado un acto de enajenación o de representación en juicio. El guardador de hecho no ostenta la representación legal del guardado ni, tal vez, la voluntaria cuando concurra alguna causa de incapacitación *ex art.* 1.732 CC. Al respecto puede verse el art. 164 del Reglamento Notarial modificado por el *Real Decreto 45/2007, de 19 de enero*.

<sup>18</sup> La legitimidad de la guarda de hecho sobre todo tratándose de menores puede plantear serias dudas cuando ésta tiene lugar fuera de los cauces legalmente previstos –como ocurrió en la S. AP de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33272)

<sup>19</sup> Son muchos los riesgos de la no incapacitación de los ancianos que padecen una discapacidad mental, y de la falta de una institución tutelar bajo control judicial. Una persona de edad avanzada sin la debida protección puede disponer inadecuadamente de su patrimonio, despilfarrar el importe obtenido por la venta, ser la víctima de un despojo de terceros, o contraer deudas innecesariamente.

mismo e, incluso, a los terceros que hayan contratado con el guardador, quienes podrán padecer la impugnación del acto realizado con éste si no revierte en la utilidad del discapaz *ex art. 304 CC*. Estas posibles consecuencias adversas hacen que la figura del guardador de hecho sea controvertida, presente importantes luces y sombras, y que algunos autores entiendan que debe ser objeto de tratamiento jurídico pero sólo en fase de liquidación, y que lo que el sistema debería hacer es proceder de manera inmediata a regularizar la situación en cuanto sea detectada su existencia y constituir una tutela o curatela.

## 5. Causas del uso generalizado de esta figura de guarda

Los motivos del ejercicio generalizado de la guarda de hecho prolongada en el tiempo de los mayores discapaces mentalmente son diversos:

- 1º Que al final de la vida de una persona, cuando tiene sus facultades disminuidas pueda aparecer un tercero que en su condición de benefactor espontáneo se encargue del cuidado de los ancianos discapaces, con el peligro que esto comporta, puede tener su razón de ser en que *todavía no se ha generalizado el otorgamiento de los poderes preventivos* previstos en los arts. 223.2 y 1.732 del Código Civil<sup>20</sup>, tal vez por la desconfianza ante una posible falta de control judicial que dejaría al poderdante en manos del apoderado<sup>21</sup>.
- 2º Aunque la incapacitación es una forma de protección de los discapaces que no vulnera la dignidad de la persona y no una medida discriminatoria, lo cierto es que *existe una reticencia o prevención a la adopción de medidas de restricción de la capacidad de obrar por medio de la incapacitación y al nombramiento judicial de una institución tutelar*. Esperemos que esta reticencia desaparezca a medida

---

<sup>20</sup> Estos poderes tienen dos manifestaciones: a) *El poder que subsiste incluso en caso de incapacidad del poderdante*. En este caso el apoderado actúa estando el poderdante capacitado, y pudiendo revocar el poder en cualquier momento; pero el poderdante anticipándose a una posible incapacidad (que automáticamente revoca el poder) decide que esta incapacidad no provoque la extinción del poder y que por tanto el apoderado pueda actuar en nombre del poderdante. b) *El poder que empieza a surtir efectos en caso de incapacidad del poderdante*. A diferencia del caso anterior, sólo en caso de incapacidad del poderdante (nunca antes) el apoderado puede actuar en nombre y representación de este.

Ambos poderes pueden acabar mediante resolución judicial que expresamente se pronuncie sobre la extinción: sea la que declare la incapacidad y nombre tutor, sea una resolución judicial obtenida a posteriori a instancias del tutor se pronuncie sobre la vigencia del poder específicamente

El conocimiento de su existencia por el juez conecedor de la incapacitación se encuentra asegurada por el art. 46ter de la Ley de Registro Civil cuando indica. “En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante”.

<sup>21</sup> Lo que parece podría haber ocurrido en el caso contemplado en la STS de 17 de julio de 2012 (RJ 2012, 8362) si los responsables de la agencia bancario no hubieran denunciado la salida de importantes sumas de dinero a favor del guardador de hecho.

que el espíritu de la Convención invada el pensamiento social, y se haga hincapié en que su fundamento es realizar un apoyo eficaz al discapaz y no privarle de sus capacidades.

- 3<sup>o</sup> Es una institución eficaz que contribuye a la normalización de la vida del discapaz y *aporta agilidad y reconocimiento a las capacidades residuales efectivas* de las personas mayores discapacitadas<sup>22</sup>.
- 4<sup>o</sup> *La falta de dotación para un control efectivo de la situación de estas personas mayores discapacitadas mentales*, determina que se esté produciendo una cesión incontrolada a las familias de obligaciones públicas, lo que no encuentra justificación en que el art. 50 CE reconozca y se decante por el mantenimiento de las obligaciones familiares, este precepto no puede significar que el estado no asuma sus propias responsabilidades públicas de vigilancia y control. Deberá replantearse el principio de intervención mínima que es el que parece regir las situaciones de discapacidad mental planteadas.

## 6. Regulación normativa

La figura del guardador de hecho ha sido regulada por primera vez por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil, en los arts. 303, 304 y 306<sup>23</sup>, esta regulación en cierta medida impide que se pueda seguir considerando a la guarda de hecho como una

<sup>22</sup> Libro Blanco sobre Envejecimiento activo, p. 384.

<sup>23</sup> En el ámbito autonómico destaca el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas que define esta figura en el art. 156 al declarar: “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”. Al igual que ocurre en el Código civil, el art. 157 prevé que “El guardador debe poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal”. En torno al control y vigilancia de esta institución dispone el art. 158: “1. Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, le requerirá para que informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes, así como de la actuación del guardador en relación con ambos extremos. 2. La autoridad judicial podrá establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”. También destaca la regulación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. El art. 225-1 define la figura del guardador de hecho indicando: “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. En el art. 225-2 se prevé la obligación de comunicar la guarda al disponer “1. El guardador de hecho que ha acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por las personas que tienen la obligación de cuidarlo debe comunicarlo a la entidad pública competente en materia de protección de menores o a la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda. 2. En caso de guarda de hecho de una persona mayor de edad en quien se da una causa de incapacitación, si esta está en un establecimiento residencial, la persona titular del establecimiento residencial debe comunicarlo a la autoridad judicial o al ministerio fiscal en el plazo fijado por el apartado 1.”

realidad meramente fáctica<sup>24</sup>. Además, el ejercicio de hecho por el guardador de funciones típicamente tutelares está generando legalmente una progresiva asimilación de régimen jurídico entre las guardas de hecho y de derecho<sup>25</sup>, aunque resulta dudosa la aplicación analógica de las normas de la tutela fuera de los casos expresamente previstos<sup>26</sup>, es más, el propio art. 215 del CC al enumerar las instituciones de protección no se refiere a esta figura jurídica, sólo a la tutela, a la curatela y al defensor judicial<sup>27</sup>.

## 7. La responsabilidad del guardador de hecho

El guardador de hecho es responsable por los daños y perjuicios causados al guardado por la no promoción de la constitución de la tutela<sup>28</sup>, por los actos realizados sobre su patrimonio o persona generadores de una responsabilidad civil extracontractual *ex art.*

---

En torno a la posible retribución del guardador el art. 225-4 se limita a ordenar la oportuna indemnización al disponer “El guardador de hecho tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización por daños por razón de la guarda, a cargo de los bienes de la persona protegida”.

En relación con su extinción declara el art. 225-5 que: “1. La guarda de hecho se extingue por desaparición de las causas que la motivaron, por la declaración de desamparo del menor, por el nombramiento de defensor judicial o por la constitución del pertinente régimen de protección. 2. Al finalizar la guarda de hecho, la autoridad judicial puede disponer que el guardador le rinda cuentas de su gestión si lo justifica la duración de la guarda”. Sobre esta normativa autonómica puede verse JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “Breves consideraciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés”, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

<sup>24</sup> IZQUIERDO TOLSADA, M., *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil, títulos IX y X del Libro I)*. Ediciones ICAI, p. 152, considera que no se trata de una auténtica regulación jurídica, pues su propio nombre quedaría vacío de contenido si tal regulación se produjese, ya que entonces se trataría de verdadera “guarda de derecho”.

<sup>25</sup> *Vid.* al respecto los arts. 216. II CC y 118.1 CP.

<sup>26</sup> A favor de esta posible aplicación analógica se decantó PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, p. 608, para este autor el guardador de hecho no pueda tener, ni respecto del protegido ni respecto de terceros, ni más atribuciones ni menos obligaciones que las que le corresponderían de ser guardador legal. Y, en cambio, podrá ser mayor la posible potestad judicial para intervenir a favor del que está bajo una guarda de hecho. También FÁBREGA RUIZ, C. F., *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 90, se inclina por entender que es aplicable al guardador de hecho lo que, con respecto a derechos y obligaciones, establece la ley para el tutor, puesto que como él es un órgano estable y de actuación habitual.

<sup>27</sup> Fuera de del Código civil, cada vez más normas reconocen su existencia y la dotan de ciertos efectos, así podemos citar la Ley 1/2009, que posibilita en el art. 38 que se anote con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias la existencia de un guardador de hecho y de las medidas de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz. Asimismo el art. 40.3.9 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de 2011, del Registro Civil, al disponer que puede ser objeto de anotación preventiva la guarda de hecho.

<sup>28</sup> Daños que pueden afectar no sólo a su patrimonio sino también a su vida y a su integridad física. No debemos olvidar que en algunos supuestos la desesperación del guardado puede llegar a concluir con el suicidio, desesperación que tal vez se incrementó por los actos realizados por él mismo que tal vez podrían haberse evitado si hubiera sido oportunamente incapacitado..

Al respecto *vid.* las SSTs de 13 de septiembre de 1984 (RJ 1984, 4296) y 5 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1650)

1.902 CC y por los ilícitos penales cometidos contra el discapaz constitutivos de delitos tales como abandono punible, extorsión, estafa, apropiación indebida, etc., generadores de la correspondiente responsabilidad penal<sup>29</sup>.

Tampoco debe olvidarse la responsabilidad del guardador por los perjuicios que el guardado pueda causar a terceros *ex art.* 1.903 CC, precepto que establece la responsabilidad extracontractual de los padres y de los tutores por los perjuicios causados por los menores e incapaces que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía. Este precepto no menciona al guardador de hecho entre los responsables indirectos, discutiéndose por la doctrina la aplicación de este precepto a dicho guardador cuando éste convive con el menor o incapaz. Al respecto se han mantenido dos posturas enfrentadas. La tesis mayoritaria estima que por el carácter taxativo del art. 1.903 CC, no cabe una interpretación extensiva de la norma, ya que lo que se crea es un auténtico deber legal que no existiría si el Código no lo contempla expresamente. No es esta la interpretación mantenida en la SAP de Badajoz de 10 de septiembre de 2001 (JUR 2002, 3269) en la que se atribuye responsabilidad a la esposa por los daños personales y materiales tras una explosión de gas butano por acumulación del gas al dejar las llaves del gas abiertas. La esposa, aunque no convivía con el marido, actuaba como guardadora de hecho por tener éste las facultades mentales disminuidas. Al no promover la incapacitación del mismo, y adoptar una posición de vigilancia respecto del comportamiento de su esposo, entiende la Audiencia que debe llevar a atribuirle responsabilidad por estos hechos (por su propia conducta), tanto por la vía del art. 1.903 CC como, incluso, por la omisión de sus deberes en relación con el posible incapaz, por la vía del art. 1.902 CC. En definitiva parece que al guardador de hecho se le imputa una responsabilidad similar a la de los padres o la del tutor, ya que, en otro caso, la responsabilidad más atenuada, sería un premio al tutor aformal, lo que no sería lógico, si la ley lo que persigue es la formalización de la tutela.

## 8. El pretendido carácter transitorio de la guarda de hecho

Como reconoce la STS de 27 de octubre de 2014 (JUR 2014, 268558) no cabe duda que el ordenamiento jurídico contempla la guarda de hecho como provisional y transitoria. Dicha sentencia también ha declarado, refiriéndose a menores, aunque también podría aplicarse a ancianos discapaces mentalmente *ex arts.* 239 CC, que ni el Código Civil ni la

---

<sup>29</sup> Si el guardador de hecho se entendiera que es un prestador de servicios no retribuido tipo mandatario sería de aplicación el art. 1.726: “El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido. Si su actuación pudiera ser situada en el ámbito de la gestión de negocios ajenos sin mandato resultará de aplicación lo dispuesto en el art. 1.889 CC según el cual “El gestor oficioso debe desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia, e indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione. Los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la importancia de la indemnización según las circunstancias del caso”. En cualquier caso el carácter gratuito de la actuación del guardador parece que modera su obligación de indemnizar.



LOPJM resuelven la cuestión de si un menor de edad que recibe asistencia de un guardador de hecho, es decir, de persona que no ostenta autoridad o poder jurídico alguno sobre el mismo, puede ser declarado en desamparo y sometido a tutela automática. También estima la sentencia que como el guardador de hecho es una figura provisional, *salvo situaciones excepcionales justificadas por el superior interés del menor*, deben las personas e instituciones que vengan obligadas a ello promover los mecanismos jurídicos para alcanzar la protección estable del mismo<sup>30</sup>.

En conclusión, parece que bien se trate de menores o de mayores con discapacidad mental, la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal lo que deben hacer, no es perpetuar esta guarda en el tiempo, sino de forma inmediata, promover las instituciones tutelares, sin perjuicio de las coetáneas medidas de control y vigilancia en interés del guardado. Recordemos que, tanto el art. 124 CE como el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, hablan de la obligación del Ministerio Fiscal de asumir y, en su caso, ostentar la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las Leyes civiles establezcan. Acorde con lo anterior, el art. 299 *bis* CC establece literalmente: “Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un administrador de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida”.

La actuación del Ministerio Fiscal prevista en el art. 299 *bis* CC no implicará la extinción automática de la guarda de hecho, que es perfectamente compatible con su intervención, e incluso el interés del discapaz puede reclamar que así sea. Mientras no se constituya la tutela lo lógico es que el guardador de hecho continúe llevando a cabo su actuación; así, el aspecto personal seguiría siendo responsabilidad del guardador mientras que las actuaciones ante los Tribunales u otros organismos en representación y defensa de estas personas corresponderán al Ministerio Fiscal. Incluso es posible que el Administrador previsto en el art. 299 *bis* CC pudiera ser el propio guardador de hecho, si se considera que es la persona más idónea para el correcto ejercicio de dicho cargo.

Igualmente significativo de esta provisionalidad es el art. 228 CC, cuando establece que “si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela”<sup>31</sup>. Este artículo no deja dudas sobre la voluntad del legislador de que los trámites de constitución de la tutela se inicien en el momento en que el Juez tenga noticia de la situación de guarda de hecho

<sup>30</sup> Provisionalidad que aparece reforzada, como se reconoce en la citada sentencia en el Anteproyecto de la Ley de Protección de la Infancia, presentado al Consejo de Ministros el 24 de abril de 2014.

<sup>31</sup> Este artículo debe ser interpretado en el sentido de que el término tutela también engloba la posible curatela a la que puede ser sometido el discapaz.

de una persona con discapacidad intelectual, la cual se prolongará durante todo el tiempo que dure la sustanciación de esos trámites, a realizar con la mayor premura y sin dilación, sin perjuicio de que el Juez pueda requerirle para que le informe de su gestión e imponerle medidas de control y vigilancia *ex art. 303 CC*, precepto que dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228 cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”. De este precepto no se deduce que deba tener lugar necesariamente el fin de su guarda si se estimara que este tipo de asistencia es suficiente atendiendo a las circunstancias individuales del discapaz<sup>32</sup>.

En definitiva, frente al pretendido carácter transitorio de la guarda de hecho, es una realidad fácilmente constatable que, cuando recae sobre ancianos que padecen ciertas enfermedades degenerativas que persistirán y se agravarán hasta el día de su fallecimiento, no tiene este carácter.

La inmensa mayoría de los ancianos discapaces mentalmente no se encuentran incapacitados y las autoridades no conocen la situación de discapacidad. Tal vez lo más conveniente sería reforzar los canales de información existentes de la situación de discapacidad por los profesionales que por razón de su cargo u oficio están en contacto con los discapaces: servicios sociales, médicos, policía, etc. De esta manera se estaría evitando que un sistema de guarda de pretendido carácter transitorio se esté convirtiendo *sin control alguno* en el sistema definitivo de guarda de los mayores discapaces. No obstante, siguiendo la doctrina de la STS de 27 de octubre de 2014 (JUR 2014, 268558) tal vez sea posible estimar que el art. 303 CC no tiene que significar necesariamente el fin de su guarda, cuando este tipo de asistencia es suficiente atendiendo a las circunstancias individuales del discapaz.

## 9. Ámbitos de la actuación del guardador de hecho

### A. Actuación en el ámbito civil

El Código civil no dispone ninguna norma sobre el contenido de la guarda de hecho, lo que ha permitido que este cargo se haya configurado de manera muy flexible, posibilitando que se lleven a cabo, según las circunstancias, actos de protección, cuidado y atención permanentes e integrales con relevancia en la esfera personal<sup>33</sup> y patrimonial del discapaz,

<sup>32</sup> Respecto a la obligación de rendición de cuentas por parte del guardador, *vid.* S. AP de Bilbao de 25 de febrero de 2008.

<sup>33</sup> El guardador de hecho puede incluso intervenir prestando el consentimiento en actuaciones en el ámbito de la salud del guardado, al respecto el art. 9. 3. a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica declara: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no

con el único límite de que dicha actuación esté regida y motivada por satisfacer de la mejor manera posible el interés del guardado.

La posible ineficacia de los actos realizados por el guardador sería una ineficacia del tipo anulabilidad, que podrá ser instada por el propio discapaz, una vez adquirida la capacidad de obrar en el plazo de cuatro años a contar desde su recuperación, o desde su realización si la ejercita su guardador legal. Estos actos son plenamente eficaces mientras no sean objeto de impugnación<sup>34</sup>.

Para evitar los inconvenientes que podrían surgir de la aplicación indiscriminada del art. 1.259 CC, dispone el art. 304 CC: “Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”. Constituye esta regla un mecanismo de convalidación *a posteriori* de los actos realizados por el guardador de hecho cuando han sido beneficiosos para el guardado. En ese sentido declaró la STS de 10 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1731): “El art. 304 es un precepto excepcional por violentar el artículo 1259 del Código Civil, que es la norma general para los contratos celebrados sin autorización o representación, seguramente justificada por la especial naturaleza de la figura de la guarda de hecho”.

El legislador acoge la teoría de la eficacia plena de los actos realizados por el guardador de hecho, no sólo de carácter personal, sino también los de carácter patrimonial que hubieren redundado en utilidad o beneficio del discapaz, sin distinguir si se trata de actos de naturaleza conservativa, dispositiva, o de administración ordinaria o extraordinaria<sup>35</sup>. La

---

sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

<sup>34</sup> Sobre esta cuestión puede verse RIVERA ÁLVAREZ, J., “Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho”, NUL. *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006.

<sup>35</sup> Esta amplitud, con buen acierto, no es reconocida en el ámbito del Derecho Aragonés, ya que en el art. 159 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas dispone: “1. La actuación del guardador de hecho en función tutelar debe limitarse a cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios. La realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal. 2. Para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida. 3. El acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida”.

Tampoco la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia da esta amplitud a la actuación del guardador de hecho pues en su art. 225-3 al regular las funciones del guardador de hecho declara: “1. El guardador de hecho debe cuidar de la persona en guarda y debe actuar siempre en beneficio de esta. Si asume la gestión patrimonial, debe limitarse a realizar actos de administración ordinaria. 2. En la guarda de hecho de personas que estén en potestad parental o en tutela, la autoridad judicial puede conferir al guardador, si lo solicitan aquellas personas, las funciones tutelares, siempre y cuando concurran circunstancias que lo hagan aconsejable. Las funciones tutelares se atribuyen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la potestad o tutela si es posible. Esta atribución comporta la suspensión de la potestad parental o tutela”.

utilidad es una cuestión de hecho, que habrá de ser objeto de prueba en el proceso y sobre ella habrá de pronunciarse el juez<sup>36</sup>.

### B. *La actuación del guardador de hecho en el ámbito judicial*

Por lo que se refiere a su capacidad de actuación en el ámbito judicial, carece de legitimación activa y pasiva para el ejercicio de acciones judiciales al no ostentar la oportuna representación legal del discapaz<sup>37</sup>. La legitimación procesal corresponderá al defensor judicial nombrado conforme al art. 299 CC. Si se tratara de actuaciones urgentes, será el Ministerio Fiscal a quien correspondería la representación y defensa de manera interina, conforme al art. 299 *bis* CC, en tanto que por el Juzgado correspondiente no se produzca el nombramiento<sup>38</sup>. No obstante, a veces se han convalidado actuaciones procesales llevadas a cabo por el guardador de hecho en las que no ha existido indefensión en el guardado, por la propia aplicación del art. 304 CC, conforme al cual los actos realizados por el guardador no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad<sup>39</sup>.

*En relación con la legitimación para instar la incapacitación y la constitución de la tutela*, a pesar de que el art. 229 CC impone al guardador de hecho la obligación de instar la constitución de la tutela, éste no puede solicitar la modificación de la capacidad del

<sup>36</sup> Como declara la S. AP de Valladolid de 1 de febrero de 2005 (AC 2005, 550) al enjuiciar la validez de un rescate de un plan de pensiones por el guardador de hecho con el objeto de destinarlo al sostenimiento de la persona guardada, “los actos de la persona guardadora de hecho no pueden ser declarados nulos, pues carece de lógica que se niegue una legitimación para accionar a priori, siendo así que la prueba de la utilidad debe producirse en el proceso, a cargo de quien mantiene la validez del acto impugnado”.

<sup>37</sup> Excepcionalmente, el guardador de hecho podrá ser considerado como un representante legal cuando se haya constituido un patrimonio protegido y sea el administrador legal de tal patrimonio *ex art. 7*, de la Ley 41/2003.

<sup>38</sup> Al respecto *vid.* auto de la AP de Cádiz de 21 de marzo de 2001 (JUR 2001, 163133)

<sup>39</sup> Así en la S. AP de Jaén de 12 de mayo de 2004 (AC 2004, 948), que en un supuesto de impugnación del testamento por el guardador de hecho de uno de los sucesores, admite el ejercicio de la acción sin que exista un tutor o defensor judicial nombrado a favor de una persona con Síndrome de Down, por considerar la presunción de capacidad que asiste a toda persona y lo preceptuado en el art. 304 del CC, al estimar que ningún otro interés pudo mover a la guardadora para otorgar el apoderamiento a favor del Procurador en los términos en que se hizo. También en la S. AP de Asturias de 29 de septiembre de 1999 (AC 1999, 6340) se desestima la procedencia de una nulidad de actuaciones en un caso en el que la demandada, persona que según un certificado médico padecía una demencia senil, actuó en el procedimiento a través de una apoderada, que compareció debidamente representada y asistida de dirección letrada, recayendo, además, sentencia favorable a sus intereses.

Por el contrario, en la STS de 9 octubre de 1997 (RJ 1997, 7407) se rechaza la legitimación para impugnar un reconocimiento de paternidad al no haber sido oído en el expediente al guardador de hecho del menor, a pesar de ser la persona designada como tutor en el testamento de la madre del menor, por considerar que al no haberse constituido legalmente la tutela, se trata de un simple guardador de hecho que carece de un interés legítimo en el expediente. Igualmente en la S. AP Vizcaya de 7 de junio de 2000 (AC 2000, 3348) se estima una nulidad de actuaciones de un procedimiento arrendaticio que afecta a derechos arrendaticios de un menor de edad, por considerarse que los intereses de dicho menor no han sido debidamente representados puesto que resulta demandado en su abuela materna que ostentaba la condición de mera guardadora de hecho.

guardado, pues no es uno de los parientes legalmente legitimados *ex art. 757* de la LEC. En este sentido el ATS de 29 de abril de 2004 (RJ 2004, 3463) y la STS de 7 de julio de 2004 (RJ 2004, 5104) consideraron que la legitimación es una norma de orden público y sólo los parientes legalmente indicados podrán demandar la incapacitación. El guardador de hecho lo que deberá hacer es poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que sea éste quien, si lo estima oportuno, inste la citada modificación de capacidad<sup>40</sup>.

C. *La actuación del guardador de hecho en el ámbito de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria*

De conformidad con la Ley 41/2003 beneficiarios de un patrimonio protegido son las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el art. 200 CC y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas.

La constitución del patrimonio corresponde a la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que ésta no tenga capacidad de obrar suficiente, a sus padres, tutores o curadores de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro ordenamiento jurídico, o bien a su guardador de hecho, en el caso de personas con discapacidad psíquica. Sin embargo, cuando la persona con discapacidad tenga capacidad de obrar suficiente, y de acuerdo con el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad que informa nuestro ordenamiento jurídico (artículo 10.1 de la Constitución), no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio o hacer aportaciones al mismo en contra de su voluntad.

Reconocida al guardador de hecho su capacidad para constituir el patrimonio protegido parece lógico atribuirle legitimación para otorgar el documento público exigido para su constitución.

---

<sup>40</sup> A pesar de ser esta la regla, la defensa del interés del guardado ha generado algunas resoluciones contradictorias, así en la S. AP de Vizcaya de 19 de junio de 2007 (AC 2007, 2052) en un caso de promoción de la incapacitación de la persona incapaz por un guardador de hecho declara: "Existe por tanto un defecto, en la constitución jurídico procesal, defecto que sin embargo, no puede abocar a la nulidad pretendida, porque no existe indefensión, ya que la iniciación de este procedimiento, no ha colocado en tal situación, a la única parte que se ve afectada por el contenido de esta resolución, al presunto incapaz, y no lo ha hecho, porque el promover esta demanda no le perjudica, encontrándonos en un supuesto asimilable al de una guarda de hecho, pues el sobrino, no sólo administraba los bienes de la presunta incapaz sino que se preocupaba de su persona, y por ello le resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 304 CC, ya que los actos por él realizados, redundan en beneficio de la presunta incapaz, pues van destinados a procurar su protección".

D. *La actuación del guardador de hecho en relación con la Ley 39/2006, de dependencia de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*

La trascendencia de la existencia de un guardador de hecho de una persona mayor discapacitada mentalmente es de extraordinaria importancia en el ámbito de la dependencia.

a) *Legitimación para instar el reconocimiento de la situación de dependencia*

En relación con la legitimación del guardador de hecho para el reconocimiento de la situación de dependencia, la Ley 39/2006, en su art. 28.1 declara: “1. El procedimiento se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley”. Esta norma fue criticada por la doctrina, pues de alguna manera restringía la capacidad de actuación del guardador de hecho y desconocía la situación en que una persona podía encontrarse cuando, además de carecer de capacidad legal, no tenía un guardador legal<sup>41</sup>. Para evitar los problemas que esta redacción presentaba se aceptó que el guardador de hecho pudiera actuar en este ámbito, de ahí que la Resolución de 16 de julio de 2007 del IMSERSO estableció un modelo especial de declaración para rellenar por el guardador de hecho a los efectos de poder representar ante la Dirección Territorial del IMSERSO en el expediente de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema en la que tras manifestar sus datos personales, debía declarar bajo su responsabilidad: 1º) Las razones por las que tiene bajo su guarda y cuidado a la persona a la que se refiere la solicitud. 2º) Los familiares de la persona en cuyo nombre se actúa. 3º) Que se compromete, supuesto que prospere la solicitud que tiene formulada a favor del interesado a destinar las prestaciones que le pudieran reconocer a éste a la atención y cuidado del mismo y 4º) Que pondrá en conocimiento de la Dirección Territorial del IMSERSO de forma inmediata cualquier cambio que, en relación a la custodia de la persona, pueda acaecer en el futuro.

La presentación de dicha solicitud por parte del guardador constituye un acto de administración; que al redundar en su beneficio, en principio, no será impugnabile y le legítima para realizar actos derivados de dicha presentación, como puede ser la interposición de los recursos pertinentes. En la citada solicitud debía indicarse la capacidad económica

---

<sup>41</sup> Sobre esta cuestión puede verse MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup> F., “El guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones. revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones efectuadas bajo su responsabilidad”, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

del solicitante<sup>42</sup>. El cumplimiento de esta obligación de facilitar toda esta información de contenido económico se ha visto facilitada al haber reconocido el derecho del guardador de hecho a obtener información jurídica y económica de los organismos públicos prevista en la Disposición Adicional Única de la Ley 1/2009<sup>43</sup>.

Además, el guardador de hecho se encontrará obligado a suministrar la información requerida en el art. 4.4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia<sup>44</sup>, siendo responsable de las infracciones tipificadas en el art. 43 de la citada Ley 39/2006<sup>45</sup>.

### *b) El guardador de hecho como un posible cuidador no profesional*

A pesar de que la Ley 39/2006, ha establecido un conjunto de prestaciones de muy diversa índole que progresivamente tratan de descargar a este apoyo informal de esta ardua tarea, es una realidad incuestionable que esta forma de cuidado familiar no va a desaparecer en un futuro inmediato, y distintas razones aconsejan, que sin fomentar demasiado<sup>46</sup>, no

---

<sup>42</sup> Tanto en lo referente a los datos sobre la renta –para lo cual deberá adjuntar la última declaración de la renta y si no estuviese legalmente obligado a realizar dicha declaración presentará documentos acreditativos de las rentas percibidas durante el año por el trabajo, prestaciones sociales, rentas derivadas de actividades económicas, rentas del capital, ganancias y plusvalías– y sobre el patrimonio, debiendo indicar si el solicitante realiza declaración del Impuesto sobre el Patrimonio y si titular de bienes y derechos de contenido económico, excluyendo la vivienda habitual, debe declarar su concepto y valor así como los correspondientes datos sobre prestaciones públicas.

<sup>43</sup> En el apartado 3º de la Disposición Adicional Única se dispone: “La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones.” Como manifiesta LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho civil I, Parte General y Derecho de la persona*, Marcial Pons, 2010, 16ª ed., p. 217, esta norma ha llevado *de facto* una verdadera asimilación entre tutela y guarda de hecho, incrementando así la relevancia de las situaciones fácticas en relación con la protección de las personas desamparadas.

<sup>44</sup> Precepto que dispone: “Las personas en situación de dependencia y, en su caso, familiares o quienes les representen, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las Administraciones competentes, para la valoración de su grado y nivel de dependencia; a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban, y a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas; o a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente.”

<sup>45</sup> Según el cual constituirá infracción: “a) Dificultar o impedir el ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en esta Ley. b) Obstruir la acción de los servicios de inspección. c) Negar el suministro de información o proporcionar datos falsos. d) Aplicar las prestaciones económicas a finalidades distintas a aquellas para las que se otorgan, y recibir ayudas, en especie o económicas, incompatibles con las prestaciones establecidas en la presente Ley. e) Incumplir las normas relativas a la autorización de apertura y funcionamiento y de acreditación de centros de servicios de atención a personas en situación de dependencia. f) Tratar discriminatoriamente a las personas en situación de dependencia. g) Conculcar la dignidad de las personas en situación de dependencia. h) Generar daños o situaciones de riesgo para la integridad física o psíquica. i) Incumplir los requerimientos específicos que formulen las Administraciones Públicas competentes”.

<sup>46</sup> Razones de política legislativa aconsejan que las mujeres salgan a trabajar fuera del entramado familiar.

se olvide ni deje en situación de desprotección a las personas que sin duda van a seguir integrando este colectivo de cuidadores no profesionales<sup>47</sup>.

Frente a la opción de hacer destinatarios a estos cuidadores de una determinada ayuda pública que compensara su dedicación, la Ley 39/2006 ha optado por atribuir a las personas que se encuentren en una situación de dependencia, y cumplan los requisitos establecidos en su art. 5, la condición de titulares de los derechos establecidos en ella, entre los que se encuentra la posible percepción de una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den las condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención (art. 14.4 LD). El beneficiario de la prestación es el dependiente, el cuidador no profesional es un prestador gratuito de servicios, sirviendo su existencia sólo de causa para la prestación económica del sistema de atención a la dependencia. Sin perjuicio claro está en que ese cuidador sea retribuido al margen de la Ley 39/2006 a voluntad del dependiente o sea acordada su remuneración por la autoridad judicial con cargo a los bienes del cuidado.

De acuerdo con los arts. 14.4 y 18 LD esta prestación tiene un carácter excepcional, lo cual resulta totalmente extraño en un país donde son las familias las que mayoritariamente realizan la asistencia personal de las personas dependientes<sup>48</sup>, y son limitados los recursos con los que se cuenta, sobre todo en estos momentos de crisis, para la satisfacción de las necesidades derivadas de la dependencia<sup>49</sup>.

En estos momentos la crisis está poniendo en tela de juicio la viabilidad de esa ley siendo los cuidadores familiares el punto de inflexión de la reforma. En el texto legislativo primigenio se contemplaba que esta figura tenía que ser una excepción; en cambio se ha convertido en lo más común. Para fomentar los servicios sociales, se han bajado los sueldos

---

<sup>47</sup> Sobre la prestación por cuidados en el entorno familiar dispone el art. 18.1 de la LD: “1. Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el art. 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares. 2. Previo acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica. 3. El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente. 4. El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso”

<sup>48</sup> Al respecto *vid.* MONTOYA MELGAR, A. (Director), PÉREZ DE LOS COBOS, F., CAVAS, F., GUTIERREZ, I., SÁNCHEZ, C., HIERRO, F. J., *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de Promoción de la autonomía persona y atención a las personas en situación de dependencia*. Thomson Civitas, 2007 pp. 153-155.

<sup>49</sup> Quizás el principal motivo que ha impulsado a caracterizar así esta prestación es el intento de evitar que con ella surja una forma de subempleo, generalmente femenino, basada en lazos de afectividad que supongan una retirada de estas cuidadoras del mercado de trabajo normalizado



de los cuidadores familiares y no se les pagará la Seguridad Social en el caso de los familiares de los nuevos dependientes<sup>50</sup>.

## 10. Adecuación de la figura para conseguir los objetivos previstos en la Convención

Analizado a grandes rasgos la necesidad de su existencia, y el tratamiento jurídico dispensado a la guarda de hecho, en este apartado se va a tratar de examinar si la guarda de hecho es una figura adecuada para proteger a las personas con una discapacidad intelectual tal y como exige la Convención que se está analizando.

Para ello se analizarán los diversos niveles de protección que cualquier institución tutelar debe cumplir

### A. *La guarda de hecho no protege a la persona de su propia discapacidad mental*

Los procedimientos de modificación de la capacidad y las instituciones tutelares deben proteger a la persona discapacitada también de sí misma, de su propia discapacidad. Cuando la guarda de hecho se refiere a los mayores que presentan cierta discapacidad mental no constituye un modo de guarda óptimo en la medida que no se dificulta que la persona pueda seguir actuando en contra de sus intereses. A veces, la mejor protección es prevenir situaciones perjudiciales para el interesado ocasionadas por su falta de capacidad y libertad<sup>51</sup>.

La actuación omisiva al no instar la oportuna modificación de la capacidad y el oportuno nombramiento de tutor o curador puede llegar a generar importantes daños para la persona afectada por la discapacidad mental e incluso para la familia. Aunque este comportamiento omisivo esté justificado en el respeto a libertad del sujeto, nunca debemos olvidar que en muchas ocasiones la discapacidad merma o hace desaparecer esa libertad.

---

<sup>50</sup> La Disposición transitoria décima del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad establece las *cuantías máximas de las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar, de asistencia personal y de la prestación vinculada al servicio* 1. Hasta tanto se regule reglamentariamente, para los beneficiarios que a la entrada en vigor de este real decreto-ley tuvieran reconocido grado y nivel de dependencia, las prestaciones económicas se mantendrán en las cuantías máximas vigentes a dicha fecha, excepto para la prestación económica por cuidados en el entorno familiar que serán las siguientes: a) Grado III, Gran Dependencia, Nivel 2. 442,59 €; Grado III, Gran Dependencia, Nivel 1. 354,43 €, Grado II, Dependencia Severa, Nivel 2. 286,66 €, Grado II, dependencia severa, Nivel 1. 255,77 €, Grado I, Dependencia Moderada, Nivel 2. 153,00 €.

<sup>51</sup> Para ilustrar este supuesto pensemos en una persona de edad avanzada que padece una enfermedad mental, y que su esposa se convierte en su guardadora de hecho. Si esta enfermedad mental, entre otros problemas, le produce una ludopatía y le genera la necesidad de vender sus bienes, pedir importantes préstamos, y gastar todo el dinero obtenido en el juego y en otras actividades inadecuadas. Aunque su familia le amaba, le atendía, le cuidaba, se preocupaba de él, pero al no atreverse a pedir su incapacitación le estaban permitiendo realizar actos indebidos que al final no sólo le producen la ruina económica, sino que en el peor de los casos puede conducir a que la persona afectada acabe con su vida.

*B. El nombramiento y el control judicial de los organismos tutelares deben servir para proteger al discapaz de la actuación de los propios cuidadores de hecho*

Aunque la guarda de hecho se configura como una institución en la que alguien de manera altruista y generosa se dedica al cuidado de los más necesitados de protección, en muchas ocasiones, la falta de control público de estas guardas propicia, sobre todo cuando se trata de mayores, la existencia de una horrible realidad en la que se desarrollan sórdidas actuaciones por estafadores, ladrones, abusadores de confianza, contratantes dolosos que, en su calidad de guardadores de hecho, pretenden aprovecharse injustamente de la persona guardada, de su especial situación psíquica y física y de sus muchas necesidades de cuidado y afecto, al ser estas personas más propensas –sobre todo cuando se trata de mayores con escasa formación–, a sufrir engaños, coacciones<sup>52</sup>, situaciones violentas e intimidatorias<sup>53</sup> y padecer errores derivados o no de comportamientos dolosos de los guardadores de hecho.

Estas actuaciones engañosas se producen por personas de muy variada condición<sup>54</sup>: empleados del anciano encargados de su cuidado, directores y responsables de la residencia u Hospital donde se encuentran, su propio abogado, el acogedor del anciano, empleado de banco, su administrador judicial, personal sanitario, vecinos, porteros de la finca donde viven e, incluso hasta sus propios familiares<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> En algunas ocasiones se aprecia la existencia de coacciones para compeler al anciano a que haga lo que no quiera, aprovechándose de la situación de soledad, desamparo y precariedad, así en la S. AP de Valladolid de 15 de marzo de 2005 (JUR 2005, 89825) se estimó la nulidad radical del testamento al haber quedado probado que se llevó a cabo bajo coacciones.

<sup>53</sup> Para que la violencia vicie el consentimiento, la fuerza empleada ha de ser una fuerza irresistible. La determinación sobre la posibilidad o imposibilidad de resistencia frente a la fuerza deberá ser valorada de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto y en general tratándose de mayores poca pueden ofrecer frente a dicha violencia. Por su parte, la raíz de la intimidación se encuentra en el “temor” que el contratante sufre, pero su origen hay que encontrarlo en que es un temor “inspirado” Es preciso que exista una amenaza de sufrir un mal inminente y grave, que cree un estado de temor en el sujeto. Está claro que la avanzada edad y la condición de la persona son circunstancias que hacen menos resistentes a las personas a cualquier intento de violencia o intimidación.

<sup>54</sup> Estas personas tal vez aparezcan en la vida del anciano en los últimos años de su vida, por ello la autotutela, incorporada por la Ley 41/2003 (arts. 223, 224 y 1732 CC), supone en palabras del *Libro Blanco* sobre envejecimiento activo, *op. cit.*, pp. 382-383 un buen paso adelante en todo el proceso de incapacitación y un predominio de la autonomía personal, al poder determinar quién queremos que nos sirva de apoyo como en la vejez. Como recuerda la STS 5676/2012, de 17 de julio, el art. 234.1 CC establece un orden de prelación en el que en primer lugar resulta preferido para el nombramiento de tutor, el designado por el propio tutelado, de acuerdo con el art. 223.2 CC. No obstante, no debe olvidarse que el propio art. 234.2 establece que “excepcionalmente el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del incapacitado así lo exigiere.

<sup>55</sup> En ocasiones son los *propios familiares* del anciano quienes previamente captan la confianza de la víctima sobre todo en lo relativo a los temas bancarios y, aprovechándose de las escasas capacidades de éstos, logran el traspaso de importantes cantidades a cuentas suyas (STS –Sala de lo Penal– de 2 de julio de 2008 [RJ 2008, 4751]).

Todas estas indeseables actuaciones deterioran la calidad de vida y la tranquilidad económica y emocional del discapaz. Además cuando estos actos son realizados en el ámbito familiar, se producen sentimientos contradictorios en el anciano, de afecto y a la vez de rechazo, por su dependencia emocional con quien realiza estos actos abusivos, lo que sin duda, en muchas ocasiones, les llevará a encubrir u ocultar estos comportamientos.

Estos presuntos guardadores, que más bien son abusadores de la confianza de los ancianos, no sólo perpetran contra ellos delitos económicos, que les pueden llevar a la más absoluta miseria, sino que incluso les infringen tratos degradantes que menoscaban gravemente su integridad moral<sup>56</sup>.

Frente a estos nefastos comportamientos, las personas de edad avanzada no deben encontrarse solas, no sólo son miembros de una familia, sino también de una sociedad entre cuyos valores se encuentra dar la debida protección a la tercera edad (art. 50 CE), con pleno derecho no sólo a recibir una pensión adecuada, sino también a disfrutar de sus bienes, y a que los servicios sociales y el resto de las Administraciones les garanticen una vida digna, autónoma y libre<sup>57</sup>.

*C. Las instituciones de guarda de los discapacitados también tratan de proteger adecuadamente a los guardadores de hecho*

Estas personas también pueden resultar afectados por importantes responsabilidades por no instar la oportuna incapacitación y la constitución del oficial organismo tutelar.

*D. Las instituciones tutelares deben dotar de la oportuna seguridad al tráfico jurídico*

Los actos realizados por el guardador sólo son válidos si son útiles para el guardado, en definitiva el tercero puede verse afectado por una acción de impugnación si el ánimo del

---

<sup>56</sup> Constituye un trato degradante el encierro en casa, aislándoles socialmente y amenazándole con no proveerles de su medicación si no firman documentos bancarios dirigidos a apropiarse de una importante cantidad de dinero de las cuentas (STS –Sala de lo Penal– de 24 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 7265) o encerrándole en habitaciones sin condiciones de habitabilidad, siendo un trastero destinado a guardar aperos de labranza, sin ningún tipo de ventilación ni luz solar, teniéndola en ese lugar de forma habitual (STS –Sala de lo Penal– de 18 de febrero de 2008 –Sala de lo Penal– [RJ 2008, 2696]) También puede verse la S. AP de Barcelona (Sección 2ª) de 8 enero (JUR 2007, 179032), en la que se enjuicia la actuación de una residencia de ancianos en la que a estos se les encierra y obliga a dormir en un aseo o en una habitación apestando a orines, medio desnudos, sucios e incluso compartiendo cama, cada uno con la cabeza junto a los pies del otro. Al respecto también pueden verse la STS 6 de mayo de 1996 –Sala de lo Penal– (RJ 1996, 4546) y S. AP Toledo de 29 de mayo de 2001 (JUR 2001, 201280)

<sup>57</sup> Al respecto puede MONDÉJAR PEÑA, Mª I., “La obligación de alimentos y las políticas públicas de la administración española sobre la protección de los mayores y dependientes”, *RJUAM*, núm. 14, 2007, pp. 127-185.

guardador no fue invertirlo en su utilidad lo cual es una situación gravemente atentatoria de la seguridad del tráfico jurídico.

#### IV. CONCLUSIONES

- Las personas con discapacidad mental o intelectual, cuando tienen una edad avanzada, tienden a vivir en la sombra y al margen de la sociedad, dejando que su círculo familiar o de confianza se encarguen de ellos.
- Se parte de un principio de intervención mínima en esta situación de discapacidad de los mayores, haciendo a la familia el primer prestador de servicios sociales.
- La guarda de hecho puede cumplir una excelente función para evitar una situación de desamparo, y proteger al discapacitado dependiente, pero también puede llegar a ser inadecuada y propiciadora de abusos si falta todo tipo de control.
- La modificación de la capacidad no debe ser enjuiciada como algo alienante y discriminatorio para los afectados. Por ello, se necesita insistir, creando las oportunas campañas, informando a la opinión pública de que la modificación de la capacidad no tiene otro significado que dar el oportuno apoyo a los discapacitados para evitar daños a su patrimonio y a su persona. La prestación de apoyo no puede ser vista como un ataque a la libertad.
- La Convención pide la “realización progresiva” de la mayor parte de sus disposiciones, en función de las posibilidades financieras de cada país. Las medidas para sustituir la guarda de hecho por una guarda jurificada serán costosas y, en situaciones de crisis, como ocurre en estos momentos su implantación puede ser difícil.
- La guarda de hecho sin control realmente debe ser una institución transitoria, aunque bajo determinadas condiciones personales del anciano discapacitado mentalmente, es posible que sea una institución suficiente para su protección.
- Si por razones presupuestarias no fuera posible constituir en todos los casos de mayores discapacitados mentalmente una tutela o curatela, tal vez en un futuro fuera conveniente retornar a la idea de tutela de familia haciendo intervenir a una pluralidad de familiares en la adopción de las medidas de protección necesarias.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

AFONSO RODRÍGUEZ, E., “La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores”, *Actualidad Civil*, (T. 1995-II), 1995, pp. 317-331.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 303 a 306”, en AMOROS GUARDIOLA, M., BERCOTITZ RODRÍGUEZ-CANO (coords.): *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Madrid. Tecnos, 1986.
- COCA PAYERAS, M., “Guarda de hecho”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Ed. Civitas, 1995, pp. 3285-3286.
- FÁBREGA RUIZ, C. F., *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*. Madrid, Ed. Ramón Areces, 2006.
- HERAS HERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. M., “Novedades en las instituciones jurídico-civiles de protección de menores e incapacitados en la Ley de Derecho de la Persona aragonesa: clases de tutela. La guarda voluntaria a favor de los incapacitados”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enriqu e Lalaguna Domínguez* (coords.: Jose fina ALVENTOSA DEL RÍO y Rosa MOLINER NAVARRO), (Vol. I), Valencia, Universidad de Valencia, 2008, pp. 601-619.
- HEREDIA PUENTE, M. Y FÁBREGA RUIZ, C. F., “La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces”, *La Ley*, (T. 1998-I), 1998, pp. 2090-2095.
- NÚÑEZ MÚÑIZ, C., “La guarda de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, junio 1999, pp. 428-448.
- LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho civil I, Parte General y Derecho de la persona*, Marcial Pons, 2010, 16<sup>a</sup> ed.
- LETE DEL RÍO, J. M., “De la guarda de hecho”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dirs. por Manuel ALBALADEJO), (T. IV), Madrid, EDESA, 1985 (2<sup>a</sup> ed.), pp. 484-494.
- MONDÉJAR PEÑA, M<sup>a</sup> I.; “La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho”, en *Derecho de Familia*, Thomson Reuters, 2011, pp. 2013-2078.
- “El acoso a las personas mayores”, en *Violencia y familia: educar para la paz*. Colex 2013, pp.. 533-558
- MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup> F., “El guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones. Revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones efectuadas bajo su responsabilidad”, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.
- RIVERA ÁLVAREZ, J., “Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho”, NUL. *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006; “¿Realiza el guardador de hecho una función que le legitima para la obtención de información jurídica y económica de los organismos públicos?”, *Hacia una visión global de*

*los mecanismos jurídico-privador de protección en materia de discapacidad*, El justicia de Aragón, Zaragoza 2010, pp. 998, 999, 1003 y 1011.

ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*. Madrid, Ed. Tecnos, 1986.

- Comentario a los artículos 303 a 306, en *Comentario del Código Civil*, (T. I), Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 860-871.

SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003.

TEJEDOR MUÑOZ, L., “Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho”, en *La protección de las personas mayores* (dir.: Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Madrid, Ed. Tecnos, 2007, pp. 234-257.

YZQUIERDO TOLSADA, M., “La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho”, en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984, pgs. 139 y ss.