

1.2. Derecho de familia

Un necesario análisis de la operatividad de las medidas de apoyo tras tres años de vigencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio (2ª parte).

A necessary analysis of the operation of the support measures after three years of validity of Law 8/2021, of June 2 (Part 2)

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora (acreditada a profesora Titular) de Derecho Civil
en la Universidad Complutense de Madrid.*

RESUMEN: Tras casi tres años de vigencia de la Ley 8/2021 corresponde llevar a cabo un análisis crítico-jurídico de la reforma para verificar su implantación y desarrollo operativo. Para ello nos parece oportuno realizar un estudio de la aplicabilidad de las diferentes medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad durante el lapso temporal citado, su tratamiento, implicación jurídica en sus diversas funciones y régimen jurídico y, la interrelación o compatibilidad aplicativa de las diferentes medidas de apoyo. No olvidemos que, se ha llevado a cabo un proceso de revisión de las sentencias dictadas con anterioridad a la citada reforma y, tras la misma, asimismo, se han dictado resoluciones judiciales que han supuesto su puesta en práctica y la verificación o no de la necesaria adaptación de la normativa a la realidad práctica que se deriva de su aplicación.

ABSTRACT: After almost three years of Law 8/2021 being in force, it is necessary to carry out a critical-legal analysis of the reform to verify its implementation and operational development. To this end, it seems appropriate to carry out a study of the applicability of the different support measures for the exercise of the legal capacity of the person with disabilities during the aforementioned period of time, their treatment, legal implication in their various functions and legal regime and, the interrelation or application compatibility of the different support measures. Let us not forget that a

process of review of the sentences handed down prior to the aforementioned reform has been carried out and, after it, judicial resolutions have also been issued that have involved their implementation and the verification or not of the necessary adaptation of the regulations to the practical reality that arises from their application.

PALABRAS CLAVES: persona con discapacidad, medidas de apoyo, voluntad, autonomía, guarda de hecho, curatela, apoderamiento o mandatos preventivos, defensor judicial, asistencia, representación, compatibilidad medidas, control y salvaguardas.

KEYWORDS: *person with a disability, support measures, will, autonomy, de facto custody, conservatorship, power of attorney or preventive mandates, judicial defender, assistance, representation, compatibility measures, control and safeguards.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.— II. MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO Y EL DEFENSOR JUDICIAL.— 1. LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS. 2. LA AUTOCURATELA. A. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA AUTOCURATELA. B. ÁMBITO OBJETIVO DE ACTUACIÓN DE LA AUTOCURATELA. 3. EL DEFENSOR JUDICIAL. III. LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO FORMAL. 1. CONCEPTO, FINALIDAD Y CARACTERÍSTICAS DE LA CURATELA. 2. ÁMBITO DE ACTUACIÓN JURÍDICA DEL CURADOR: ESFERA PERSONAL Y ESFERA PATRIMONIAL. 3. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS Y PUBLICIDAD DE LA CURATELA.— IV. LA GUARDA DE HECHO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. 1. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES. 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GUARDA DE HECHO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. A. *Ámbito objetivo de actuación: asistencia y representación.* B. *Control y vigilancia en la actuación del guardador de hecho.* C. *La prueba y la acreditación de la existencia de la guarda de hecho como medida de apoyo informal.* 3. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS Y PUBLICIDAD DE LA GUARDA DE HECHO.— V. LA COMPATIBILIDAD *VERSUS* INTERRELACIÓN ENTRE LAS MEDIDAS DE APOYO.— VI. BIBLIOGRAFÍA.— VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

IV. LA GUARDA DE HECHO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

La Ley 8/2021 a la hora de concretar las medidas de apoyo otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias, adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autotutela. Se trata de una institución jurídica de apoyo, a semejanza de la curatela, a su mismo nivel y preferente a ésta; si bien, a diferente de la curatela, que precisa de una investidura jurídica formal para su acreditación “la guarda de hecho es una medida informal de apoyos”. Tampoco es necesario que exista un reconocimiento oficial de la discapacidad de la persona, como dice el Preámbulo de la citada Ley 8/2021 “es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo”. Ahora bien, tal como se configura en la Ley 8/2021 la guarda de hecho tiene un mayor alcance, protagonismo en las relaciones jurídico privadas y, en consecuencia, una mayor presencia en el ámbito notarial

Como se destaca, asimismo, el mencionado Preámbulo la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho —generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea, pues, es su propia voluntad la que quiere y determina la existencia de esta medida de apoyo —en el fondo se trata de una medida de apoyo voluntariamente elegida— con una base asistencial. Si bien, para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*; de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso concreto, previo examen de las circunstancias. De ahí que, el guardador sea la persona que presta su apoyo habitual en la vida de la persona con discapacidad.

1. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES

A falta de una definición legal en nuestro Código Civil, en la doctrina LECIÑERA IBARRA manifiesta al respecto que el guardador de hecho “es la persona que de manera espontánea y por iniciativa propia, sin ningún tipo de investidura judicial formal, asiste con carácter de estabilidad y permanente a una persona con discapacidad, con la que le une normalmente una relación de confianza por ser familiar o allegado”¹. Para ÁLVAREZ ÁLVAREZ “es aquella situación en la que la persona, denominado guardador de hecho, asume funciones de protección y de asistencia respecto de un menor de edad o de una persona con discapacidad”². En fin, para LÓPEZ SAN LUIS lo que se pretende con esta medida de apoyo es “que la persona mayor, aquejada de una discapacidad intelectual pueda, con la ayuda de un guardador, tomar decisiones en el ejercicio libre de su capacidad jurídica”³.

Por su parte, la Circular 8/2021, de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sobre “criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores conceptúa en su página 4 la guarda de hecho como “aquella situación en la que una persona asume funciones de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz sin que concurra un específico deber establecido por el ordenamiento jurídico” y en consideración al interés superior del menor plasmado en cuatro objetivos, establece varios criterios de actuación a la vez que, afirma que cabe entender que “la delegación paterna parcial de la patria potestad no genera propiamente una guarda de hecho”.

Si bien, lo que constituye una novedad de la Ley es, precisamente, reforzar la figura jurídica del guardador de hecho al calificarla de medida de apoyo que, asiste a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias y, que puede también operar, aunque existan medidas voluntarias o judiciales, siempre que éstas no se estén aplicando eficazmente (artículo 263 del Código Civil). Por tanto, el legislador es consciente que, existen guardadores de hecho que están prestando su apoyo y que si lo hacen de

forma adecuada y suficiente para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, podría continuar y permanecer desarrollando tal función de apoyo durante el tiempo que resulte necesario —necesidad de la medida— y con el alcance que precise —proporcionalidad de la medida—, sin que deba adoptarse otra medida de apoyo; incluso, podrán operar si las medidas de naturaleza voluntaria o judiciales fueran insuficientes, o se lleven a cabo de un modo incorrecto y se compruebe que existe una guarda de hecho que presta su apoyo de manera suficiente. Por lo que, pueden existir simplemente una guarda de hecho ya constituida, o además de ésta, haber otras medidas de apoyo voluntarias o judiciales que, no se están aplicando eficazmente. De forma que, de ser suficiente como única medida de apoyo se mantendrá en los términos reseñados, y, asimismo, continuará prestando su apoyo, aunque existan otras medidas de apoyo voluntarias o judiciales ineficaces. La importancia de la suficiencia y adecuación a la situación particular de la persona con discapacidad (proporcionalidad, necesidad y mínima intervención) y ha de priorizarse en su configuración legal a los demás apoyos asistenciales o de carácter representativo⁴. Por lo que, si de hecho hay alguien que, a pesar de no haber sido designado voluntariamente por el propio interesado (apoyos voluntarios), ni nombrado por el juez (apoyos judiciales), se está encargando eficazmente de prestar el apoyo que necesita la persona con discapacidad, no se da el presupuesto que exige la nueva Ley para que el juez adopte la medida de apoyo. Además, la regulación más específica de la guarda de hecho da por supuesto que el apoyo del guardador no va a ser sustituyendo, actuando en lugar de la persona con discapacidad (artículo 264 del Código Civil)⁵. En consecuencia, solo en el caso que el guardador de hecho no prestase su apoyo de manera suficiente, o de existir medidas de apoyo voluntarias o judiciales tampoco operen de forma adecuada, corresponderá a la autoridad judicial adoptar las medidas de apoyo necesarias —bien nombrando un curador o removiendo del cargo al anterior, o, en fin, extinguiendo el poder preventivo otorgado en su caso—. De ahí que, si no se actúa de forma adecuada cuando se desatiende a la persona con discapacidad en su ámbito personal (falta de cuidado y atención) o patrimonial (mala administración), o se abusa de la confianza del guardado o se ejerce sobre él una influencia indebida en su propio beneficio no resulta operativa la guarda de hecho⁶. Precisamente, en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022 considera que la guarda de hecho no es adecuada cuando existen “abusos del guardado de hecho o influencia indebida del mismo sobre la persona con discapacidad”⁷. O, en fin, existen conflictos de intereses reiterados entre el guardado y el guardador de hecho⁸.

Por lo que, atendiendo a lo expuesto, en primer lugar, se trata de una medida de origen legal estable, con vocación de permanencia y adaptable de una manera más flexible a cualquier situación jurídica en que se encuentre la personas con discapacidad, siendo procedente que si se “viene ejerciendo adecuadamente”, continúe manteniéndose como tal medida de apoyo, y no se proceda al nombramiento de otra medida como la curatela, sin perjuicio de solicitar la correspondiente autorización judicial en el caso excepcional que se debieran realizar actos representativos distintos de los previstos en el artículo 264 apartado tercero del Código Civil⁹. En este supuesto, se parte de la existencia de la misma; por lo que, la problemática

puede devenir cuando no exista guarda de hecho, o no halla familiares que estén en condiciones de asumirla; en estos casos, lo procedente sería la constitución de una medida de apoyo como la curatela¹⁰.

Al igual que, podría suceder si la propia guarda de hecho no funciona correctamente en su función asistencial, o en su caso, representativa, no motivado ello necesariamente por la actuación del guardador/es, sino por la propia circunstancia personal del guardado, o de la estructura familiar que, pese a sus esfuerzos, se ve imposibilitada para asumir tal función de apoyo¹¹.

O, en fin, de la propia condición personal y/o patrimonial del guardador que, le impide ejercer adecuadamente la guarda de hecho¹².

Y, en segundo lugar, se ha constatado en el artículo 264 que la guarda de hecho continúe incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial “siempre que no se estén aplicando eficazmente”. La cuestión puede derivar si, existiendo tales medidas de apoyo voluntarias o judiciales, y el guardado acude a un notario para llevar a cabo una actuación patrimonial concreta, y aquél conoce la existencia de tales medidas de apoyo voluntarias o judiciales —certificación del registro civil acreditativa de las mismas—, corresponde, en principio, aplicarlas y, por su parte, al guardador de hecho alegar su insuficiencia o no aplicación eficaz de las mismas para justificar su actuación. En tal situación, corresponderá al guardador probar tales circunstancias, pues, no consideramos que, esa labor indagatoria corresponda realizarla al notario¹³. De forma que, si las pruebas aportadas por el guardador corroboran que las medidas de apoyo voluntarias o judiciales no se están aplicando eficazmente, puede proceder a dar carta de naturaleza a la función asistencial del guardador que, opera adecuadamente, pues, de tratarse de una actuación representativa vendrá precedida de autorización judicial¹⁴. De no considerar suficiente la documentación probatoria aportada por el guardador de hecho; no obstante, el notario procederá a dar operatividad al acto, si la persona con discapacidad es capaz de tomar sus propias decisiones (—juicio de capacidad positivo—, prescindiendo de los apoyos existentes —voluntarios, judiciales e informales —guardador de hecho—) sin riesgo de la anulación del contrato; o tras el juicio de capacidad correspondiente —positivo—, se reconoce por la persona con discapacidad al guardador de hecho como medida de apoyo —incluso, se aportan pruebas¹⁵. Por lo que, no se da prevalencia a las medidas voluntarias o judiciales existentes en la realización de la correspondiente actuación patrimonial; o de no existir tal reconocimiento, valerse de tales apoyos voluntarios o judiciales; o, en fin, optar por remitir la cuestión al ámbito judicial —expediente de jurisdicción voluntaria—. Si bien, conviene precisar que, la guarda de hecho por su carácter de medida de apoyo informal, no hay un cauce específico en la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria para que el juez declare que una persona determinada tiene la condición de guardadora de hecho de otra.

En todo caso, se muestra la dificultad de operatividad de la guarda de hecho asistencial, cuando existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, aunque no se estén aplicando eficazmente, pues, solo cuando excepcionalmente, se requiera una actuación representativa del guardador de hecho, es cuando habrá de obtenerse la correspondiente autorización judicial para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad y un reconocimiento judicial de su existencia. No obstante,

tal planteamiento lógico, nada impide que, en este caso de existencia de una guarda de hecho asistencial, su reconocimiento como medida de apoyo venga desde el ámbito notarial, como analizaremos.

En este contexto, ciertamente, ni se ha previsto expediente de jurisdicción voluntaria específico que, reconozca al guardador de hecho como medida de apoyo, ya que partimos de su naturaleza informal, ni tampoco se ha previsto que se le reconozca su actuación asistencial frente a la existencia de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que, no se están aplicando eficazmente. Pese a la pretendida desjudicialización, al final, compete a la autoridad judicial determinar si tales medidas voluntarias o judiciales se están aplicando eficazmente o no, porque si no, a nuestro entender, se deja sin operatividad la actuación asistencial del guardador de hecho en estos casos. Salvo que el notario confía en la propia existencia del guardador de hecho y en la insuficiencia de las medidas voluntarias y judiciales existentes, máxime cuando la propia persona del guardador suele ser un familiar de la persona en un reconocimiento formal de su existencia. Aunque en la práctica, como hemos indicado, el carácter informal de esta medida de apoyo va a provocar sobre todo en estos casos el problema de su legitimación para poder actuar y el ámbito de facultades que ha de desplegar en asistencia a la persona con discapacidad¹⁶.

En todo caso, el guardador de hecho, en el desarrollo de su función de apoyo, deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona guardada, apoyándole en su toma de decisiones, ya que el consentimiento lo prestará la persona con discapacidad. Con ello se ofrece a los terceros la seguridad que, la voluntad de la persona con discapacidad se ha conformado con plenas garantías —ya que ha sido informado, ayudado en su comprensión y dado plena efectividad a su voluntad, preferencias con el apoyo del guardador de hecho—. Estamos ante un consentimiento informado que, prestan las personas con discapacidad.

No obstante, además de su función asistencial, podrá realizar actos representativos concretos mediante autorización judicial, sin necesidad de entablar un previo procedimiento judicial de determinación de apoyos.

Por lo que, si alguien viniera ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad —cónyuge, padres, hermanos, o hijos—, continuará en el desempeño de su función, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, que se estén aplicando eficazmente —de ahí, su consideración de medida de apoyo de carácter continuista y estable—. Por tanto, las medidas judiciales (curatela, asistencial o representativa) operan con carácter subsidiario; esto es, en defecto de guarda de hecho eficaz.

En todo caso, la guarda de hecho no es incompatible con la existencia de medidas voluntarias o legales; si bien, su operatividad tiene lugar cuando ésta medidas de apoyo voluntarias o judiciales, no resulten eficaces; y, principalmente, cuando éstas no existan. No obstante, puede compartir espacio de actuación en el ámbito personal con el representante sanitario nombrado en documentos de instrucciones previas, o asumir tal posición; o, en fin, operar de forma compartida con un curador nombrado, como analizaremos.

Por otra parte, en el tratamiento jurídico de las medidas de apoyo que ofrece el Código Civil, como hemos analizado, la institución que es objeto de una regulación más detenida, es la curatela que se configura como principal medida de

apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. La curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial —cuidado— lo que tiene como finalidad: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica. No obstante, en aquellos casos en que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas. Lo mismo que, se ha previsto para el guardador de hecho.

Ahora bien a propósito de la posibilidad de establecer una concurrencia de la guarda de hecho y otra medida de apoyo judicial se señala en el Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria constituido por el CGPJ con ocasión de la entrada en vigor de la reforma por ley 8/2021 se indica que “cuando exista una guarda de hecho que en la práctica se desarrolle de forma adecuada y suficiente, no se adoptarán medidas de apoyo judiciales. Sin perjuicio que la guarda de hecho puede coexistir con una medida de apoyo judicial cuanto esta última sea necesaria para algún tipo de acto o esfera en la que no es suficiente o adecuada la guarda de hecho. Para tomar esa decisión judicial es preciso valorar la situación concreta, esto es, estudiar la realidad socio-familiar de la persona con discapacidad; atender a la situación actual en cada población y la implementación social de la reforma. No obstante, con carácter general y a modo de aproximación podemos hacer las siguientes consideraciones: (...) la guarda de hecho se podrá entender no suficiente cuando, por las circunstancias de la persona con discapacidad, se advierta que va a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales por el guardador, para acudir de modo reiterado al juzgado (por ejemplo, en caso de patrimonio que por su entidad o cantidad implica una administración superior a la entendida como ordinaria) (...). Por cuanto, la autoridad judicial en cada caso deberá constatar, en primer lugar, si existe una guarda de hecho y en el caso de que así sea habrá de valorar: si procede respetar dicha guarda por ser adecuada y suficiente; o bien completarla con una medida judicial de apoyo para alguna esfera concreta en que la guarda de hecho no viene actuando o no es suficiente o adecuada; o si se sustituye totalmente por una medida judicial de apoyo”¹⁷.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GUARDA DE HECHO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

El guardador, en el desarrollo de su función de apoyo, aun siendo reiterativos, deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona guardada, apoyándole en su toma de decisiones, ya que el consentimiento lo prestará la persona con discapacidad.

No obstante, además de su función asistencial encomendada por ministerio de la Ley, podrá realizar actos representativos concretos mediante autorización judicial, sin necesidad de entablar un previo procedimiento judicial de determinación de apoyos. Y, como novedad el reconocimiento de la capacidad de representar que se atribuye al guardador de hecho en situaciones excepcionales. De todas formas, ya con la reforma por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en la reforma del contenido del antiguo artículo 303 se le otorgaron judicialmente facultades tutelares a los guardadores de hecho cautelarmente, mientras se mantuviese la situación de

guarda de hecho y hasta que se constituyera la medida de protección adecuado, por lo que ya se ampliaron en ese momento sus funciones, además de dotarle de cierta permanencia. En todo caso, la regla general es que el guardador de hecho deberá prestar apoyo asistiendo a la persona con discapacidad, procurando que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus voluntad, deseos o preferencias. Ahora bien, como ocurre con otras medidas de apoyo la regla general de operatividad es la no sustitución, ni complemento, ni representación; con una matización de esto último, que solo excepcionalmente puede asumir una posición representativa¹⁸.

Como hemos señalado, con esta reforma operada por la Ley 8/2021 se conforma la guarda de hecho como medida de apoyo informal, esto es, sin ninguna investidura formal (ni escritura pública, ni acta de notoriedad, ni resolución judicial —expediente de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de guardador de hecho—, ni la incoación de diligencias preprocesales) que asiste a la persona del guardado de manera espontánea y por iniciativa propia y al que le une una relación de confianza. Es, por ello, que se trata de una medida de apoyo asistencial y, excepcionalmente con facultades representativas, como sucede con la curatela¹⁹.

Por tanto, la naturaleza de la guarda de hecho en la nueva regulación es la de constituir una medida de apoyo más que, requerirá de autorización judicial únicamente para realizar actos jurídicos representativos. De ahí que, cuando excepcionalmente el guardador de hecho requiera la autorización representativa, éste habrá de obtener autorización judicial para realizarla a través del expediente de jurisdicción voluntaria en el que se oirá a la persona con discapacidad (artículo 264.1 y 2 del Código Civil). En todo caso, para conceder autorización judicial, habrá de comprobarse previamente la necesidad de establecer esta medida a favor de la persona con discapacidad en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso; y, podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo (artículo 264.1 del Código Civil). Por lo que, no será necesario plantear un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que bastará con la autorización para el supuesto concreto previo examen de las circunstancias personales y patrimoniales de la persona con discapacidad.

Sobre tales bases, estamos ante una medida de apoyo informal de carácter estable, permanente y con vocación de continuidad.

Ahora bien, desde tal planteamiento lleva a la doctrina a excluir del ámbito de la guarda de hecho a quien interviene de manera puntual²⁰, o actúa en casos aislados, que no se repiten en el tiempo; por lo que, para la doctrina en estos supuestos encajaría más en el contrato de mandato, en la gestión de negocios sin mandato, o, incluso, en una posible delegación²¹. O, como señala, SOLÉ RESINA estamos ante “otras medidas de apoyo alternativas a la guarda de hecho, de la que también pueden ser complementarias, como son las “redes de apoyo” entre iguales y los grupos de ayuda, promovidos por movimientos asociativos, así como las ayudas proporcionadas por profesionales y fundaciones u otro tipo de entidades con fines orientativos a este objetivo, que ofrecen apoyos para la toma de decisiones sobre temas personales y patrimoniales, con servicios de acompañamiento, de super-

visión de cuentas y gestión de ingresos y gastos, etc., que son de gran utilidad e interés para muchas personas”²².

En todo caso, el carácter permanente de la guarda de hecho no excluye que su actuación pueda ser ocasional, y que, con el tiempo, pueda incrementarse su presencia en la vida de la persona guardada. Precisamente, se fomenta que la persona con discapacidad sea autónoma en la toma de sus propias decisiones; de ahí que, atendiendo a las circunstancias personales y patrimoniales de la persona no requiera una asistencia o apoyo de forma continuada y permanente, sino un apoyo o asistencia puntual²³. Lo que, no impide que, en los términos apuntados, en un momento posterior se torne en una situación asistencial más permanente y estable en el tiempo, o, incluso representativa, si las circunstancias personales del guardado se han visto modificadas ante, por ejemplo, un avance progresivo de una enfermedad neurodegenerativa.

Por otra parte, la guarda de hecho no resulta incompatible con la existencia de medidas voluntarias o legales; si bien, su operatividad tiene lugar cuando ésta medidas de apoyo voluntarias o judiciales no resulten eficaces; y, principalmente, cuando éstas no existan. Efectivamente, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela.

Fuera de ellas, la figura de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo adquiere especial preferencia, en cuanto no resulta necesario iniciar un expediente de provisión de apoyos para nombrar un curador y, se manifiesta compatible y necesaria cuando las medidas judiciales o voluntarias no se ejercitan adecuada y eficazmente. Por lo que, la guarda de hecho coexiste con tales medidas judiciales o voluntarias existentes, operando cuando son insuficientes y manteniéndose en “suspense o letargo” cuando resultan suficientes. Ahora bien, retornará en su actuación y función asistencial cuando cualquiera de aquellas, de nuevo, no se estén aplicando eficazmente —sean inadecuadas e ineficaces—. Por tanto, la guarda de hecho es una medida de apoyo informal, autónoma, y preferente en cuanto opera cuando no existen otras formas de apoyo voluntarias o judiciales; o de forma subsidiaria, cuando no se estén éstas aplicando eficazmente; coexistiendo, además, con las mismas. Ciertamente, si las medidas legales o judiciales operan eficazmente, la guarda de hecho entra, como hemos definido, en una especie de “letargo jurídico” que, renacerá o volverá a actuar, apoyar a la persona con discapacidad en caso de ineficacia de aquellas.

Se califica de medida de apoyo informal por la falta de un título formal que la legitime; de ahí que, no haga falta forma documental alguna que, la acredite para prestar la asistencia necesaria a la persona con discapacidad. No obstante, adquiere “formalización” cuando el guardador pretenda ejercer funciones representativas —en el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria—. Si bien, se trata de una institución que se desarrolla antes de su reconocimiento “formal” en cuanto medida de apoyo asistencial y, por tanto, no es ajena a la persona con discapacidad en cuanto opta por su reconocimiento y elección como medida de apoyo.

En este contexto, aunque responda más a una cuestión terminológica y en cierta forma predeterminada por su naturaleza de institución de apoyo de carácter informal, a nuestro entender, la nueva regulación la convierte en una “guarda de derecho” —aunque se siga manteniendo su nomenclatura de antaño— en cuanto su reconocimiento y tratamiento al mismo nivel que las demás medidas de apoyo.

En este contexto, cuando la guarda de hecho resulta insuficiente o no se está desarrollando de forma correcta, se puede adoptar una medida de apoyo judicial como la curatela que cubra esas carencias²⁴.

A. Ámbito objetivo de actuación: asistencia y representación

La guarda de hecho será, primordialmente, de naturaleza asistencial (mera asistencia, acompañamiento o colaboración con el guardado que conserva habilidades para tomar decisiones y actuar con dicho apoyo por sí mismo). No obstante, en los casos en los que sea preciso y solo de manera excepcional podrá atribuirse al guardador de hecho funciones representativas —actuación del guardador en representación del guardado ante un mayor deterioro de las facultades—. Efectivamente, las personas con discapacidad gozan de plena capacidad jurídica y en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos, por lo que, lo determinante es que, como todos, sea capaz de entender y ser consciente de las consecuencias jurídicas, económicas y familiares de los actos o negocios en que interviene. Por tanto, tras la reforma cuando una persona con discapacidad, por ejemplo, necesite celebrar un negocio jurídico, no tiene porqué designar una persona que la sustituya, sino que, podrá actuar por sí sola o podrá valerse de un apoyo como el propio guardador de hecho que, con su intervención como medida de apoyo asistencial, le orientará, ayudará y, en esencia, le asistirá en su toma de decisiones, siendo quien consiente, decide y formaliza el negocio la propia persona interesada²⁵; y si se acude al notario, corresponde a éste realizar el juicio de capacidad como cuando se trata de cualquier otro ciudadano²⁶. Como se indica en la Circular informativa 3/2021, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, p. 5 que “el guardador de hecho puede comparecer ante notario para prestar simplemente su apoyo instrumental, para ayudar a la persona con discapacidad a entender y ser entendida, sin que su intervención represente una confirmación o aprobación de la decisión adoptada por el interesado en el ejercicio de su capacidad jurídica”. A continuación se pregunta, si “por imitación a la curatela”, “debe el notario, atendidas las circunstancias del caso, demandar su asentimiento”, concluyendo que “el notario no es juez, que pueda condicionar el otorgamiento del instrumento público a la aprobación del guardador” y que “la función del guardador de hecho en el ámbito notarial, no debe ir más allá de prestar auxilio a la persona con discapacidad para expresar o tomar su decisión y comprender el contenido del instrumento público notarial”. Todo ello en el contexto que la guarda de hecho puede como destaca la Circular ser un apoyo voluntario o un apoyo necesario en función de las circunstancias. Así “el artículo 264 se refiere a la guarda de hecho en caso de necesidad; mientras que el artículo 267 se refiere a la guarda de hecho voluntaria, cuando señala que “cesará “cuando la

persona a quien presente apoyo solicite que se organice de otra manera”. De forma que “el guardador de hecho cuando comparece ante el notario, presta su auxilio sin otra acreditación que la voluntad de la persona con discapacidad. En cambio, en los casos de necesidad, el notario debe abstenerse e informar de la necesaria autorización judicial prevista en el artículo 264 del Código Civil”.

Precisamente, en aras al respeto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la guarda de hecho como persona que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente, procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. De ahí que, en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. Lo que, para parte de la doctrina, entre la que me incluyo, en la operatividad de esta medida de apoyo informal resulta posible acudir también al criterio del interés de la persona con discapacidad²⁷. En todo caso, la persona que necesita apoyos o asistencia no ve judicializada su vida personal y patrimonial, si hay un sistema de apoyos voluntarios adecuados, o en su caso, un guardador de hecho que, también tiene una base voluntaria en cuanto es la voluntad de la persona la que ejerce su preferencia por esa medida concreta de apoyo. Ciertamente, la naturaleza de la actuación del guardador; puesta en relación con la voluntad de la persona con discapacidad, es variable y gradual y opera entre los dos extremos indicados, según las mayores o menores dificultades que existan para que la voluntad del guardado se manifieste por sí misma. De ahí que, sean muchos los supuestos en que oscile la intensidad de intervención del guardador en relación, precisamente, con las posibilidades y dificultades de acceso a la voluntad, deseos y preferencias del guardado, directamente manifestados o evidenciados en su trayectoria vital. De ahí que, en la práctica, como dice nuestro Tribunal Supremo, se puede ser configurar la guarda de hecho con excesiva amplitud y flexibilidad que, desconfigure los extremos de la suficiencia en la actuación del guardador; y, en esencia, su propia función como medida de apoyo, generando más recelo, ni ser excesivamente automatistas en la determinación de la medida de apoyo más adecuado y necesaria y siempre que, exista una duda sobre la voluntad del guardado se opte por la curatela. Se debe encontrar el justo equilibrio entre la judicialización y desjudicialización de las medidas de apoyo, operando simplemente con los principios que el propio legislador establece —mínima intervención, proporcionalidad y necesidad— y, la atención prioritaria a la voluntad, deseos y preferencia de la persona.

Ahora bien, como hemos indicado, si en la actuación se considera operativa la presencia de notario, corresponde a la persona consentir (consentimiento informado), siendo la labor del guardador de hecho en el proceso interno de formación de la voluntad del guardado, de apoyo, en concreto, orientándole, asistiéndole e

informándole. En todo caso, aunque no interviene en el acto como otorgante del mismo, si ha asistido al mismo en calidad de medida de apoyo, haciéndose constar ello por el notario en la correspondiente escritura pública. Ahora bien, en esta formación del consentimiento, aunque resulte reiterativo manifestarlo, de nuevo, resulta esencial el juicio notarial de capacidad que, representa la base fundamental sobre el que se sustenta la validez y eficacia del sistema negocial²⁸.

En este contexto, la función de la guarda de hecho consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso respetando su voluntad, deseos y preferencias²⁹. No obstante, en los supuestos que fuera necesario y solo de manera excepcional podrá atribuirse al guardador de hecho funciones representativas. Estas facultades representativas unas provienen directamente de la Ley (artículo 264 apartado 3 del Código Civil); mientras que, otras, vienen otorgadas previa autorización judicial en caso de necesidad.

Al respecto, el artículo 264.2 del Código Civil dispone que, cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso³⁰.

No obstante, se podrá conceder la autorización judicial para un caso concreto, mediante un acto de jurisdicción voluntaria, o alcanzar a una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria sean necesario para el desarrollo de la función de apoyo. En este caso, estamos ante una autorización genérica para determinados actos. No es necesario, por tanto, incoar un procedimiento general de provisión de apoyos, basta la autorización judicial para realizar determinados actos representativos.

De ahí que, podamos señalar que, la actuación representativa del guardador de hecho: de una parte, implique una actuación representativa directa, por sí mismo, del guardado; y de otra parte, la actuación representativa necesitada de autorización judicial. Con carácter general puede convenirse que el apoyo directo ejercitable por el guardador por sí mismo, sin necesidad de autorización judicial, se identifique con la gestión común, diaria, habitual, de las necesidades ordinarias del guardado. No obstante, conviene poner de manifiesto, que de nuevo el legislador en la actuación representativa del guardado, así como sus límites remite a conceptos jurídicos indeterminados, necesitados de precisión.

Ahora bien, no debemos de nuevo olvidar que, ya con la reforma de la Ley 26/2015 se había modificado el antiguo artículo 303 del Código Civil, revitalizando con ello esta institución de guarda, al conceder cautelarmente al guardador de hecho hasta que se constituyese una medida de protección adecuado el otorgamiento judicial de facultades tutelares a los guardadores. Con la nueva reforma, se va más lejos, como hemos indicado, pues, se le instituye como medida de apoyo, dejando de tener carácter provisional y, en consecuencia, con cierta permanencia en su mantenimiento como tal medida y, también se le concede facultades representativas sin necesidad de acudir a ningún procedimiento judicial de determinación de apoyos. De forma que, acreditada ante el juez la existencia de guarda de

hecho, éste le podrá autorizar para realizar uno o varios actos representativos y, en algún caso con la necesaria autorización judicial.

Ciertamente, partimos de la base esencialmente asistencial de la guarda de hecho; pero excepcionalmente, se posibilita que la autoridad judicial le autorice para actuar como representante, concediéndole para ello autorización judicial que, podrá abarcar uno o varios actos. La función representativa ha de ser concretada en la correspondiente actuación/es representativas concedidas. En todo caso, siempre habrá de recabar autorización judicial para los actos enumerados por el artículo 287 del Código Civil³¹. Por lo que, a diferencia de aquellos casos en que excepcionalmente se requiera una actuación representativa del guardado, que exigirá del juez una previa comprobación de esa necesidad, atendiendo a las circunstancias del caso —personales y patrimoniales del guardado—, en los supuestos enumerados en el citado artículo 287 en sede de curatela representativa ya los propios actos contenidos en tal precepto determinan una necesaria actuación representativa; por lo que, en este caso la función representativa y autorización judicial van de la mano y operan de forma unitaria³². No hace falta realizar ninguna comprobación previa, ni atender a los términos y a los requisitos adecuados a las circunstancias del caso.

De todas formas, la Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad (p. 5) opta por una doble autorización, cuando refiriéndose al contenido del artículo 264 del Código Civil señala que “el guardador debe actuar en representación de la persona con discapacidad por causa de necesidad, que habrá de justificar ante el juez para que autorice su actuación representativa, sin perjuicio de recabar adicionalmente, de darse el caso, la autorización judicial prevista en el artículo 287 del Código Civil”. La propia resolución judicial que otorga funciones representativas al guardador de hecho, ya determina que actos puede realizar el guardador. En todo caso, siempre para los del artículo 287 del Código Civil se necesita autorización judicial, salvo que ya estuvieran incluidos como tales en la citada resolución. Este artículo 287 en relación con el mencionado artículo 264 resulta aplicable a la guarda de hecho asistencial y a la representativa³³.

Ahora bien, recientemente la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de enero de 2024³⁴ en un supuesto de partición realizada por contador partidor de una herencia de una madre viuda con tres hijos herederos en la que uno de ellos había sido incapacitado antes de la Ley 8/2021, prorrogándose la patria potestad y siendo ahora sus hermanos guardadores de hecho al fallecimiento de sus padres. Tras indicar que, la guarda de hecho en este caso es una circunstancia sobrevenida por el fallecimiento de los progenitores, que no responde a la revisión judicial de las medidas anteriormente adoptadas que, entre tanto no se modifiquen seguirán vigentes, aun cuando este vacante la figura del representante legal y sean ejercidas provisionalmente por el guardador, correspondiendo a la autoridad judicial determinar su suficiencia, idoneidad y permanencia, realiza los siguientes razonamientos: 1. No consta que, fallecidos los progenitores titulares de la patria potestad prorrogada, se haya puesto dicha circunstancia en conocimiento del Juzgado en el que se siguió el procedimiento de incapacitación, a fin de que puedan adoptarse las medidas necesarias para la

adecuada protección de la persona en situación de discapacidad; 2. En tanto no medie esa revisión, y aunque, en hipótesis, se pudiera constatar que la persona con discapacidad pueda eventualmente requerir como medida de apoyo una curatela asistencial y no representativa, o incluso que sea suficiente la guarda de hecho sobrevenida, esta es una decisión que compete al juez. Así es corroborado en el tenor literal de un precepto como el artículo 291 del Código Civil, relativo a la extinción de la curatela; 3. Si en el presente supuesto existiera falta absoluta de discernimiento, la medida de apoyo que habría de sustituir a la extinguida patria potestad rehabilitada debería contemplar la representación, pero a través de la curatela, en su modalidad representativa.

De ahí que, concluya que, por un lado que, en el presente expediente, existiendo ya medidas judiciales que han quedado extinguidas y no habiéndose producido conocimiento o control alguno por parte del juzgado competente en torno a la idoneidad de la guarda de hecho como sustitutiva de la medida anteriormente adoptada, debe concluirse que debió ponerse en conocimiento del Juzgado competente el fallecimiento de los progenitores y la situación de guarda de hecho adoptada por los familiares, citarse al Ministerio Fiscal para que, en su caso impulse el procedimiento de jurisdicción voluntaria pertinente; o, si hubiera sido nombrado, al defensor judicial a que se refiere el artículo 295 del Código Civil.

Y, por otro que, en el caso que por la autoridad judicial se valorase como idónea la guarda de hecho ejercida por los dos hermanos, estos deberían asumir la representación de los intereses de Don F. A. en el trámite de citación a la formación de inventario que prevé el artículo 1057 del Código Civil. Además, tratándose de una función representativa que excede de la prevista para la guarda de hecho, habrán de obtener la preceptiva autorización judicial que establece el expuesto párrafo primero del artículo 264 del Código Civil. Todo ello, salvo que el juez determine otras medidas de apoyo aplicables en este caso para auxiliar a Don F. A. M. C. en el ejercicio de su capacidad, en cuyo caso a estas habría que atenerse.

Ciertamente, se ha de revisar las incapacitaciones judiciales establecidas con anterioridad a la reforma, pues así lo exige la Ley 8/2021 (Disposición Adicional 5ª). Ahora bien, no se duda que al haber fallecido los padres y ya no resultar operativa la patria potestad prorrogada por esta causa —no obstante, la Disposición Transitoria 5ª apartado tercero que mantiene su operatividad hasta su revisión— al existir una persona con discapacidad que necesita una medida de apoyo, debe acudir a falta de medidas de apoyo voluntarias, a la medida de apoyo subsidiaria que es la guarda de hecho —que asumen sus hermanos— con la exigencia, como señala el Centro Directivo de una previa declaración judicial para adoptar una medida de apoyo —proceso de revisión de medidas—; y, añade que los guardadores de hecho necesitan solicitar autorización judicial para la citación a la formación inventario. Todo ello sin olvidar que, la guarda de hecho es una medida de apoyo informal que contribuye a la desjudicialización del sistema y, responde su actuación a los principios de proporcionalidad, necesidad y mínima intervención; de ahí, su carácter asistencial como regla general, sin perjuicio de excepcionalmente tener una función representativa con la exigencia de la correspondiente autorización judicial cuando la naturaleza del acto así lo exige, y, en todo caso, en los supuestos del artículo 287 del Código Civil.

Ahora bien, en el apoyo de tipo representativo señalado y, por ende, en la necesidad de autorización judicial *ad hoc* hay que, tener en cuenta que todas las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales y las personas que prestan apoyo —guardador de hecho— deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera; e, igualmente, habrá de procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Si bien, lo expuesto, no es menos cierto que cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, se puede operar asumiendo, excepcionalmente, funciones representativas. En este caso, el guardador de hecho en el ejercicio de sus funciones deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

Pues bien, en estos casos de apoyo representativo, como hemos indicado, el guardador de hecho de una persona con discapacidad deberá solicitar autorización judicial y ésta antes de tomar una decisión entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad —lo que resulta esencial— y podrá solicitará un informe pericial para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite (artículo 52.3 de la LJV). Realizadas todas estas actuaciones, y, asimismo, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso, procederá a conceder la autorización judicial.

Ahora bien, atendiendo a lo expuesto, la actuación representativa del guardador podrá implicar la autorización para intervenir en uno o varios actos del guardado necesarios para el desarrollo de su apoyo, correspondiendo a la autoridad judicial determinar en alcance cuantitativo de tal apoyo representativo. Por otra parte, teniendo en cuenta que la protección integral de la persona con discapacidad alcanza no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria —domicilio, salud, comunicaciones, etc.—, el guardador podrá actuar en la esfera personal, como patrimonial del guardador, y en relación a esta última, solicitar autorización judicial para los actos de administración —ordinaria y extraordinaria— y de actos de disposición.

Lo cierto es que, de forma expresa se destaca que, en el ámbito patrimonial, necesitará el guardador de hecho autorización judicial para prestar el consentimiento en los actos enumerados en el citado artículo 287 del Código Civil en sede de curatela con facultades representativas expuestos en línea precedente a lo que nos remitimos. Por lo que, la remisión que hace el artículo 264.2 del Código Civil a dicho precepto opera solo para la curatela representativa, pues, en la propia redacción del mismo habla de que, en todo caso, quien ejerza guarda de hecho deberá recabar autorización judicial para prestar el consentimiento en los actos enumerados tal precepto. Por lo que, prestar consentimiento como señala la norma, solo puede operar en la guarda representativa, no en la asistencial. En todo caso,

resulta curioso que, en este artículo 264.2 se hable de prestar el consentimiento para el guardador de hecho, y esa mención no se haga en el artículo 287 —al que remite dicho precepto— para el curador con funciones de representación, pues, solo se habla del ejercicio de tales funciones por parte de éste. Es, pues, distinto el guardador de hecho que presta el consentimiento, del guardador de hecho representativo al que se concede autorización judicial para actuar como representante en uno o varios actos. Parece que la respuesta es clara, no.

Además, existe una correlación entre el apartado primero y segundo del mencionado artículo 264, en cuanto en su apartado segundo remite al primero, al señalar que, el guardador de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior, referido, como bien sabemos, a la guarda de hecho representativa.

Y, por supuesto, tenemos claro que, si, se impone autorización judicial al guardador de hecho para actuar como representante, deja de ser la guarda de hecho asistencial. En este sentido, se exige autorización judicial para nombrar al guardador de hecho representativo, autorizarle a actuar y en cierta forma controlar su actuación. Ahora bien, ello no prejuzga que, aun nombrado como guardador de hecho representativo y autorizado para actuar en determinados actos, necesariamente debe siempre solicitar autorización judicial para llevar a cabo los actos enumerados en el artículo 287 —nueva autorización judicial³⁵.

Sobre tales bases, la constancia expresa de prestar el consentimiento no es más que la consideración de una guarda de hecho representativa —quizá sobra la aclaración—; pues, tanto representa —presta el consentimiento— el guardador de hecho al que se autoriza actuar como representante en uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo, como el que recaba la autorización judicial para los actos enumerados en el artículo 287 y, por supuesto, el curador que ejerce su función de representación para los actos que determinen la resolución judicial que lo nombra y, en todo caso, para los actos del tantas veces mencionado artículo 287.

Por tanto, las funciones del guardador alcanzan, como hemos precisado, no sólo a actos de administración ordinaria, sino también actos de administración extraordinaria o de disposición o gravamen; procediendo a llevar cabo una enumeración expresa de los actos que, necesita autorización judicial. Si bien, en ningún caso el guardador con facultades representativa sustituye la voluntad del guardado, pues, en todo momento está vinculado por la voluntad de éste. Cuando no se pueda determinar ésta, habrá de tenerse en cuenta por el guardador con facultades representativas en el ejercicio de su función, la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación (artículo 249.3 del Código Civil). De todas formas, el juez concederá la correspondiente autorización judicial previa comprobación de la necesidad y atendiendo a las circunstancias del caso³⁶. Ahora bien, la exigencia de autorización judicial opera sólo cuando la guarda de hecho es representativa, no cuando es asistencial; pues, quien actúa en este último caso es la persona con discapacidad con la ayuda del guardador de hecho en esta toma de decisiones, informándole, asesorándole, o aconsejándole en su caso³⁷.

En cuanto, a la sanción de los actos realizados por el guardador sin la preceptiva autorización judicial, existe un debate doctrina acerca de su consideración de actos anulables o nulos; si bien, optando por este último supuesto ante la exigencia imperativa de autorización judicial que, impone el artículo 264 del Código Civil —en relación con el artículo 6.3 de dicho cuerpo legal³⁸. No obstante, no faltan quienes, en apoyo a la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2018³⁹, entienden que, lo procedente es aplicar como sanción la anulabilidad, como ocurrió, con los actos realizados por el tutor sin autorización judicial.

Ahora bien, no será necesaria autorización judicial, pues, se trata de facultades concedidas directamente por la ley, cuando el guardador de hecho —asistencial o representativo— solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona —reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones a las que se refiere el artículo 28 de la Ley 39/2006—⁴⁰; o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar —criterios ambos cumulativos y operables atendiendo al contexto económico del guardado⁴¹—. No obstante, se trata de conceptos jurídicos indeterminados cuyo alcance puede generar no pocas dudas interpretativas, además de impedir el desarrollo de su actuación asistencial, pues, tales términos sujetos a interpretación del operador jurídico o económico o incluso administrativo, pueden dar lugar a situaciones absurdas de no permitir determinadas operaciones de la vida cotidiana del guardado que, constituyen situaciones de poca relevancia económica y beneficiosas para el mismo, por entender que aquél carece de autorización expresa para ello, desconociendo la norma y su alcance y debiendo acudir a la autoridad judicial para recabar la correspondiente autorización judicial⁴².

De todas formas, las operaciones que tengan cierta relevancia económica dependerán de la situación personal y patrimonial o económica de cada persona, pues, no resulta igual la calificación jurídica de una operación de escasa relevancia económica de quien dispone de un cuantioso patrimonio; de aquel que, está en lo que se califica de clase media —media alta y media baja— quienes serán lo que, con más frecuencia recurran a guardadores de hecho. Por lo que, no serán muy numerosas las operaciones o actuaciones de cierta relevancia económica que exigen autorización judicial; de ahí que, entendamos que no se judicializará en exceso la vida del guardado. De lo que no cabe duda es que, además en la calificación de actos de escasa relevancia económica y que carezcan de especial significado personal o familiar va a exigir en todo caso un análisis no sólo de la voluntad, deseos o preferencias de la persona, de su trayectoria vital —su modo de vida— sus creencias, sus valores, sino también de su histórico patrimonial o bancario —esto es, su forma de operar en sus actuaciones patrimoniales—, o de su histórico personal o familiar —esto es, como interactuaba en el ámbito social y familiar—. En todo caso, en última instancia corresponde al juez en cada caso valorar tales conceptos indeterminados⁴³. Un enfoque restrictivo de tales conceptos dejaría un exiguo margen de actuación al guardador, en franca contradicción con los principios generales de la reforma; y, además, una interpretación que condujera a judicializar toda la actuación ordinaria del guardador vendría a vulnerar la premisa

de la que la ley ha hecho regla que la guarda de hecho se configura como medida de apoyo alternativa al apoyo judicial en defecto de apoyos voluntarios formalizados en escritura pública. Precisamente, en las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021 se dispone que “la determinación de cuáles son estos actos dependerá de cada caso concreto, por lo que resulta necesario tener en cuenta el contexto personal, su modo de vida, ingresos (atender al “histórico bancario” que puede resultar revelador a estos efectos), etc.”. Asimismo, en el Documento interpretativo al protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias (Documento 1) sobre la guarda de hecho en la Ley 8/2021 de julio de 2023, pp. 7 a 9 se manifiesta que “con carácter general puede convenirse que el apoyo directo ejercitable por el guardador por sí mismo, sin necesidad de autorización judicial, se identifica con la gestión común, diaria, habitual, de las necesidades ordinarios del guardado”. En todo caso, con arreglo a la ley “en el ámbito personal, la actuación directa del guardador quedará circunscrita a todo aquello que no suponga actuación “de trascendencia personal o familiar”, ya que, en otro caso, requerirá autorización judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 287.1 del Código Civil. Dicha “trascendencia personal o familiar” deberá interpretarse como referida a aquellas decisiones que supongan cambios sustanciales en su modo de vida, con arreglo a su trayectoria vital, como podría ser, a modo de ejemplo, el cambio de residencia habitual”. En cuanto al límite de “escasa relevancia económica” (...) no presenta dificultades la categorización como tales de los gastos y disposiciones finalistas que respondan a cargos habituales en cuenta o contra factura por tratarse de la atención de necesidades básicas de cuidado personal, habitación, alimentación, vestido o salud; gastos relativos a la conservación ordinaria de su patrimonio en la parte necesaria para asegurar su disponibilidad para sus necesidades de cuidado; pago de suministros y prestaciones de servicio vitales; finalmente, otros gastos que, sin ser esenciales para su cuidado, sean acordes con sus deseos y preferencias y se hubieran consolidado en su trayectoria anterior siempre que sean acordes a sus medios y posibilidades”. En relación a las disposiciones de efectivo no finalista —como salvaguarda en consideración a que el guardado de hecho no rendirá habitualmente cuenta judicial de su gestión—, se hace imprescindible como buena práctica establecer límites cuantitativos de referencia. A tal efecto, son útiles, como pautas o cuantificaciones orientativas, las que resultan de los índices estadísticos oficiales relativos a gasto medio por persona y/o hogar que periódicamente publica el Instituto Nacional de Estadística (al vencimiento del primer semestre del año siguiente). El establecimiento de estas referencias no obsta a su flexibilización en razón de las circunstancias —medios y necesidades— del caso concreto”.

Por otra parte, tampoco necesitará autorización judicial conforme establece el artículo 3.1 b) de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre para constituir patrimonio protegido, ni para aquellos actos de escasa relevancia económica o que la persona con discapacidad o, en su caso, el menor puede realizar por sí solos. Asimismo, se excluyen de la correspondiente autorización judicial los actos personalísimos.

Aunque, la remisión es al artículo 287 del Código Civil cabe ampliar la misma a lo previsto en el artículo 288 del citado cuerpo legal, pues, la autoridad judicial

cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad podrá autorizar al guardador (con facultades representativas) la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o, referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos. Pensemos en aquellos supuestos en que la persona con discapacidad tenga intereses en elementos patrimoniales diversos (inmuebles en arrendamiento, acciones, títulos, imposiciones a plazos, fondos de inversión) cuya adecuada administración requiera la adopción de decisiones periódicas⁴⁴.

Por supuesto, no alcanza la citada remisión al artículo 289 del citado Código Civil en lo referente a la excepción de los actos particionales o de división de la cosa común que, como bien sabemos, el guardador como regla general carece de facultades representativas; por lo que, será necesaria autorización judicial para estos actos y para la venta de bienes muebles del guardado, aunque el mencionado artículo 287 solo se refiere a la venta de bienes inmuebles⁴⁵.

En todo caso, la legitimación de la actuación del guardador de hecho podrá resultar acreditada mediante actuación notarial, siendo recomendable la forma de escritura pública. El artículo 17.1 apartado segundo de la Ley del Notariado dispone que, las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.

Respecto a lo que representa el ámbito personal del guardado, procede indicar que, quien ejerza la guarda de hecho, deberá recabar autorización judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria para prestar consentimiento en los actos que, impliquen actos de trascendencia personal, a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

Ahora bien, en esta reforma no se modifica la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, por lo que, en relación con el consentimiento por representación se otorgará en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no 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; b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia; c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) señalados, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

En los supuestos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. Asimismo, éste participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento⁴⁶.

Por tanto, en relación con el guardador de hecho podrá decidir cualquier actuación sanitaria del guardado prestando su consentimiento, cuando el paciente no 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 y, el paciente carezca de representante sanitario nombrado en instrucciones previas. De forma que, en el ámbito de la salud el guardador de hecho se encuentra asimilado al “cuidador personal”, “allegado”, o “persona vinculada por razones familiares o de hecho”.

Respecto al documento de las instrucciones previas éste podrá ser otorgado por una persona mayor de edad, capaz y libre y supone una manifiesta anticipada del consentimiento informado que, será operativo en el momento en que llegue a situaciones en las que la persona mayor de edad (paciente) no sea capaz de expresar personal tal consentimiento relativo a los cuidados y el tratamiento de su salud; o, una vez, llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. De todas formas, el otorgante del documento, como hemos indicado, puede designar un representante (representante sanitario) para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. Este representante sanitario podrá convivir con la existencia de un guardador de hecho y tomar aquél las decisiones relativas a los tratamientos médicos de la persona con discapacidad. O, ser el guardador también el representante sanitario.

En todo caso, las instrucciones previas de cada persona deberán constar siempre por escrito. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la “lex artis”, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito. Serán inscritas

en el Registro nacional de instrucciones previas (artículos 1, 2 y 4 del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero por el que se regula el Registro Nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal).

En relación con la legalización de la eutanasia activa o el suicidio asistido en España, el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo establece que en los casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades, ni puede prestar su conformidad libre voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, cumpla lo previsto en el apartado 1) —sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable— y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (mandatos y apoderamientos preventivos) se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento, y si se ha nombrado representante en ese documento —*vgr.*, el propio guardador de hecho— será el interlocutor válido con el médico responsable.

Ahora bien, hemos indicado que, el guardador de hecho opera en un doble campo de actuación: personal y patrimonial. Ahora bien, en el personal puede, a la vez, concurrir con el representante sanitario nombrado en un documento de instrucciones previas —o voluntades anticipadas— y, asimismo, puede darse el caso que, el guardador de hecho opere sólo en la esfera personal, mientras que un apoderado preventivo lo haga en la esfera patrimonial convergiendo/cooperando en el apoyo a la persona con discapacidad como en el supuesto anterior planteado y, que ambas medidas de apoyo funcionen eficazmente. De todas formas, lo que puede resultar la realidad práctica más habitual es que, el guardador opere en la esfera personal, y que, si también lo hace en la patrimonial, debe recabar, en la mayoría de las ocasiones, la correspondiente autorización judicial. Todo ello sin perder de vista que, la regla general en todas las medidas de apoyo es la asistencia a la persona con discapacidad, y excepcionalmente, pueden otorgarse funciones representativas. En todo caso, las posibles actuaciones en las que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo puede concretarse también en otros numerosos contextos: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centro de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a bancos, etc. La función del guardador tiene también reconocimiento en entornos sanitarios como se encuentra asimilado en el ámbito de la salud, como hemos indicado, al cuidador principal, allegado o persona vinculada por razones familiares o de hecho (artículos 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2022 y el Anexo III apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización. En fin, en las peticiones de auxilio a las FFCCSE por parte de guardadores de hecho ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental, tienen amparo en el marco del artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado⁴⁷.

En este contexto, aunque en la nueva regulación se considere a la guarda de hecho como medida legal de apoyo con labor asistencial o, excepcionalmente, con representación acreditada a través de la correspondiente autorización judicial

concedida en expediente de jurisdicción voluntaria; ello no impide que, cuando la autoridad judicial lo crea conveniente, podrá nombrar un defensor judicial, precisamente, para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan (artículo 264.4 del Código Civil). Asimismo, hemos de indicar que, al determinar las medidas de apoyo se ha de procurar evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

Por lo que, se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes: 1. Cuando por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona; 2. Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo; 3. Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario, 4. Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de bienes hasta que recaiga resolución judicial; 5. Cuando la persona con discapacidad requiera medidas de apoyo con carácter ocasional, aunque sea recurrente (artículo 295 del Código Civil).

Si bien, nos permitimos señalar que, a nuestro entender, para apoyos ocasionales no entendemos el nombramiento de defensor judicial y no se ha optado por regular una medida de apoyo como la que si se recoge en el Código Civil catalán que es la asistencia. Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquélla.

No obstante, serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador, así como las obligaciones que, a este se atribuyen de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo.

En todo caso, no será necesario tal nombramiento de defensor judicial, cuando, como señala el artículo 296 del Código Civil, se haya encomendado el apoyo a más de una persona (a más de un guardador), salvo que ninguna pueda actuar o la propia autoridad judicial de forma motivada considere necesario el nombramiento

Sobre tales bases, la guarda de hecho es una medida de apoyo, aunque informal y está sometida al control y vigilancia de la autoridad judicial; por lo que, ésta acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan —*vgr.*, un conflicto de intereses entre el guardador de hecho y el guardado—.

B. Control y vigilancia en la actuación del guardador de hecho

El artículo 265 del Código Civil contiene tres actuaciones del guardador de hecho que pueden ser requeridas por la autoridad judicial en cualquier momento, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado —tenga interés legítimo—, en concreto: 1. Requerirle para que informe sobre su actuación y la situación personal y patrimonial del guardado; pudiendo establecer las medidas de control

y vigilancia que estime oportunas (artículo 265 del Código Civil y artículo 52.1 y 2 de la LJV). La legitimación para solicitar tal requerimiento de información es muy amplia: de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal, o a instancia de cualquier interesado (expediente de jurisdicción voluntaria). Esta previsión se completa con lo dispuesto en el artículo 52.1 de la LJV. Lo que, favorece que la guarda de hecho se opere de forma adecuada, se eviten riesgos de abusos e influencias indebidas y el control *ex post* venga favorecido por la actuación de un número importante de actores; 2. Establecer las salvaguardas que estime conveniente para impedir abuso o influencias indebidas en el proceso de formación de la voluntad del guardador y, por ende, en su consentimiento. Se adoptarán citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal. En expediente de jurisdicción voluntaria el juez podrá “establecer las salvaguardas que estime necesarias”, disponiendo el artículo 52.2 de la LJV que “el juez podrá establecer las medidas de control y vigilancia que estime oportunas”. Entre estas salvaguardas podría incluirse el nombramiento de un defensor judicial, sin existiese algún conflicto de intereses entre el guardador de hecho y la persona con discapacidad⁴⁸. Por su parte, en el artículo 762 de la LEC se prevé que, cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, podrá adoptar de oficio aquellas medidas cautelares que estime necesarias para la adecuada protección de la personas con discapacidad o de su patrimonio y, además podrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria. En las mismas circunstancias tal Ministerio Público podrá también solicitar del Tribunal la inmediata adopción de tales medidas cautelares. En todo caso, éstas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento. Y, siempre que, la urgencia de la situación no lo impida se podrán acordar previa audiencia de las personas con discapacidad. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta misma Ley (*vgr.*, por imposibilidad o falta de actuación del guardador). De todas formas, la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de la actual normativa —respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales; ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad; actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera—, y, en particular, atiende a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera (artículo 249 apartado 4 del Código Civil). De ahí que, resulte quizá más coherente que, las medidas de control y fiscalización funcionen desde la constitución de la curatela, y no desde ese momento temporal —constitución— para el caso del guardador de hecho; dado que, en la mayoría de los casos, precisamente, para su constitución, se parte de su consideración como un cargo de confianza. Si bien, ello no impide que, ante el conocimiento por la autoridad judicial de la existencia de guarda de hecho por el juez se procure evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida, adoptando para ello las medidas de control y garantías adecuadas, esto es, *a posteriori*, si resultase necesario (artículo 250 apartado 7 del Código Civil)⁴⁹; 3. Solicitar la rendición de cuentas de su actuación en cualquier momento⁵⁰, aplicando, a falta de regulación

específica, lo previsto en sede de curatela en los artículos 292 y 293 del Código Civil y 51 de la LJV.

En todo caso, ante la actuación del guardado de hecho, como ocurre con otras medidas de apoyo, podrá la autoridad judicial dictar las salvaguardas que considere oportunas para evitar abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas. Además de asegurar que, el ejercicio de las medidas de apoyo se ajusta al respecto de la dignidad de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales, a la par que las mismas atienden a su voluntad, deseos y preferencias (artículo 249.4 del Código Civil. De todas formas, únicamente en defecto o insuficiente de medidas de naturaleza voluntaria y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otra supletoria o complementaria siempre bajo la premisa que se trata de un apoyo asistencial (artículo 255.5 del Código Civil).

Ahora bien, en el desarrollo de sus funciones, el guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo (artículo 266 del Código Civil)⁵¹. Su ámbito de aplicación alcanza a los gastos que sean justificados en los que haya incurrido el guardador.

En cuanto a la indemnización por los daños derivados de la guarda serán a cargo del patrimonio del guardado, siempre que, no se pueda obtener por otro medio el resarcimiento y no medie culpa por parte del guardador en la causación de los mismos. Se trata de daños sufridos en el ejercicio de la guarda, causados por la propia persona guardada, o, por un tercero. Por tanto, al resultar producidos durante el desempeño de su actuación de guardador, aquellos que no se causen en este ámbito operativo, o dentro del mismo y, en consecuencia, respondan a un ejercicio extralimitado de sus funciones, no serán daños indemnizables. En cuanto al tipo de daños, pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales y resultan, como hemos señalado, a cargo del patrimonio del guardado, sino hay otra forma de obtener el resarcimiento. De no haber bienes suficientes en el patrimonio del guardado para cubrir dichos daños, no serán indemnizables.

Respecto a la posible retribución o remuneración del cargo de guardado, no se dice nada en la reforma, a diferencia del curador. No obstante, ello no impide que la propia persona del guardado la fije, o aplicando el artículo 281 del Código Civil en sede de curatela sea la autoridad judicial la que fije el importe de la retribución y el modo de percibirlo; para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes. Todo ello, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita⁵².

Por otra parte, el artículo 251.1 del Código Civil nos recuerda que se prohíbe a quien desempeñe alguna institución jurídica de apoyo: *“Recibir liberalidades de la persona que precisa apoyo o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor”*. Por otra parte, el artículo 753.3 del citado cuerpo legal dispone que *“las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales, o de naturaleza análoga al causante, solo podrá ser favorecidas en la sucesión de éste, si es ordenada en testamento notarial abierto”*.

C. La prueba y acreditación de la existencia de la guarda de hecho como medida de apoyo informal

La desjudicialización que implica la guarda de hecho como medida de apoyo, su propia naturaleza informal y de hecho de la guarda supone que, el ordenamiento no establezca una forma específica de acreditación de su realidad, ni tampoco configura un título formal habilitante para su ejercicio. Tiene la ventaja de la simplicidad en su nacimiento, al no existir requisitos de investidura que haya que cumplir; si bien, tiene todos los inconvenientes propios de la informalidad, como es la inseguridad jurídica y la dificultad de la prueba (Circular de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Canarias, acuerdo aprobado en sesión celebrada el día 29 de abril de 2022, p. 6). De ahí, la necesidad de facilitar la prueba de su existencia no sólo para allanar el cambio para su ejercicio, sino también con el objetivo de garantizar los derechos de la persona con discapacidad, evitando fraudes, abusos e influencias indebidas, además de perjuicios para terceros. Todo ello en aras de la seguridad del tráfico jurídico.

En todo caso, las atribuciones del guardador derivan directamente de la Ley. A tal fin, deberá proceder atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente, procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, se fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. Cuando, pese a un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. En la mayor parte de los casos, el guardador asistirá a la persona sin sustituirla en la toma de decisiones respetando su voluntad, deseos y preferencias en los términos apuntados. En este contexto, precisamente, puede convenirse que la guarda de hecho, además de ponerse de manifiesto mediante la voluntad concordante de guardador y guardado cuando las circunstancias del caso lo permitan, y a través del testimonio de su entorno familiar y social, que pueden constatar la convivencia y el vínculo existente entre guardador y guardado, además existen otras diversas formas de acreditar su existencia: libro de familia; el historial de certificados empadronamiento y de convivencia; informes de servicios sociales; informes de servicios públicos de salud y otros servicios públicos, el reconocimiento como cuidador en la Ley de la Dependencia.

Ahora bien, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, se podrá incluir funciones representativas en el ámbito de actuación del guardador de hecho, como tantas veces hemos mencionado. De ahí que, el artículo 264 del Código Civil excepcionalmente, otorgue a éste una actuación representativa y obtenga la correspondiente autorización para realizarla a través del expediente de jurisdicción voluntaria que se incoe al efecto en el que se oirá a la persona con discapacidad. A tal fin, la propia autorización judicial y la resolución en la que consta, le permite actuar como representante. En todo

caso, dicha autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Pese a la consideración de medida de apoyo informal, en la práctica ante el recelo por su carácter informal, se vienen exigiendo para actuar un título documental para ello, a través de dos vías: la judicial y la notarial. La primera, se reconoce expresamente en el Código Civil en su remisión a la Ley de Jurisdicción Voluntaria (auto de declaración de la condición de guardador de hecho en un proceso de jurisdicción voluntaria) y se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria y, la segunda la denominada acta de notoriedad que se tramita por vía notarial. Una y otra tienen por objeto acreditar la situación de guarda de hecho. Todo ello, sin perjuicio que, de forma incidental, pueda constatare la existencia de una guarda de hecho suficiente y adecuada en resoluciones de los órganos judiciales o de la fiscalía.

Pero ciertamente, la configuración del guardador de hecho se legitima cada día con su actuación en tanto no desaparezcan las causas que la motivaron (artículo 267.2 *a sensu contrario* del Código Civil). Además, como dispone el artículo 209 apartado 1 del Reglamento Notarial las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica. Y aquí no se trata propiamente de la comprobación y fijación de un hecho, sino de otorgar título de legitimación para actuar al guardador de hecho. No obstante, en la Guía sobre el impacto de la reforma del derecho civil elaborada en colaboración entre el CERMI, la Fundación Once para la cooperación e inclusión social de las personas con discapacidad, la Fundación Aequitas y el Consejo General del Notariado, se insiste en su página 11 en la necesidad de acreditar la existencia de guardador de hecho mediante “la denominada acta de notoriedad que se tramita por vía notarial”, con el objeto de “verificar la situación de guarda de hecho que se venía dándose con anterioridad”, es decir, con la finalidad de proporcionar al guardado un “título documental” para poder actuar. Esto ha sido criticado desde instancias notariales⁵³. Pero también en el ámbito jurisprudencial la exigencia de su constancia judicial cuando su finalidad es esencialmente asistencial ha sido objeto de llamada de atención ante una tendencia “errónea” a la judicialización de la figura y de desconocimiento de su alcance y operatividad con la actual reforma.

Asimismo, en la Circular de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Canarias en Acuerdo adoptado en sesión celebrada el 29 de abril de 2022, p. 1 se apuesta por el acta de notoriedad como medio para acreditar el ejercicio de la guarda de hecho, y se adjunta un modelo de acta de notoriedad. También se pronuncia en este sentido la Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, p. 6, destacándose la importancia de la fecha de su otorgamiento, en aras a comprobar si sigue siendo guardador de hecho quien pretende realizar el acto en nombre de la persona con discapacidad⁵⁴.

En todo caso, para la formalización de las actas en la Circular de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Canarias, acuerdo en sesión celebrada el día 29 de abril de 2022, pp. 8 y 9 se indica que “con carácter general el requeri-

miento debe formularse conjuntamente por el guardador de hecho y por la persona apoyada. Ambos tienen que comparecer y aseverar bajo su responsabilidad la certeza del hecho cuya notoriedad se pretende establecer; es decir: la existencia de la guarda de hecho; que el guardador viene prestando su apoyo de forma adecuada; que no existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente; y que no concurre entre la persona apoyada y el guardador relación contractual que le obligue a la prestación de servicios asistenciales o de naturaleza análoga u otros apoyos (artículo 250 del Código Civil)". Si bien, observa que "en los casos excepcionales en los que la persona guardada no tenga aptitud para consentir (pensemos en las situaciones de personas mayores que están bajo el cuidado de un familiar, pero que no tienen aptitud para prestar un consentimiento) el acta de notoriedad puede ser también un instrumento que permita la actuación del guardador dentro de los límites legales que señala el artículo 264 del Código Civil"; concluyendo que "en este caso, el Notario dejará constancia de la imposibilidad de hecho de manifestar y conformar la voluntad y de la inaptitud de prestar el consentimiento por parte de la persona guardada, debiendo en este supuesto advertir expresamente que la actuación del guardado queda dentro de los límites del artículo 264, requiriéndose autorización judicial en los casos prevenidos en dicho artículo; si bien "no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan especial significado personal o familiar"". Respecto de las pruebas esta misma Circular remite al artículo 209 del Reglamento Notarial, el cual prevé que "el Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente", concretamente, considera recomendable, dada la naturaleza de los hechos a probar "la prueba testifical. Los testigos han de conocer al guardador y a la persona apoyada y les debe constar que son ciertos los hechos manifestados por los requirentes, en especial, la existencia de la guarda y que se viene ejerciendo adecuadamente. Otras pruebas recomendables a practicar podrían ser solicitar informe al trabajador social, la obtención de información del registro Civil o cualesquiera otras pruebas que el Notario considere conveniente". Concluye que "no parece aconsejable la publicación de edictos a fin de preservar el derecho a la intimidad de la persona con discapacidad".

Respecto de los documentos de prueba que se protocolizan en las actas de notoriedad y proteger los datos personales, se indica en la Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho (Ley 8/2021), p. 20 considera conveniente que "A fin de evitar que circulen "datos informativos" cuya difusión debe ser cuidadosamente valorada, se entiende conveniente que (el acta de notoriedad) se formalice en dos instrumentos públicos, lo que permite que se acredite la existencia de la notoriedad solo con la exhibición del acta de cierre, en la que consta la declaración de notoriedad". Y añade que "incluso aunque se inicie, se practiquen las pruebas y concluya en el mismo día y en un solo acto, se debe documentar en dos instrumentos públicos: un acta inicial que "contendrá las declaraciones, las pruebas y documentación"

y se incorporará al protocolo como instrumento independiente”; y un acta final que sólo “contendrá una escueta relación de las pruebas practicadas, sin entrar en detalles y el juicio de notoriedad por el Notario””.

De todas formas, si la persona con discapacidad puede en presencia del Notario declarar quien es su guardador de hecho, no resultaría necesario el acta de notoriedad y, como señalamos en líneas precedentes, bastaría con que constase tal designación en el acta notarial de manifestaciones, atendiendo a la voluntad de aquélla.

Por su parte, en esta línea de reconocimiento de la condición de guardador de hecho en el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 3 del Córdoba, 8/2022, de 11 de enero se ha tenido que considerar a D^a Roberta madre de Lidia como guardadora de hecho de su hija frente a la entidad BBK Bank Cajasur y en consecuencia, declarar frente a dicha entidad que D^a Roberta se encuentra legitimada por ley para realizar respecto de cuentas bancarias de la que su hija Lidia sea titular, funciones de administración ordinaria y disposición en los términos previstas en el artículo 263 del Código Civil (que no supongan un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tenga escasa relevancia económica).

Igualmente, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Córdoba 81/2022, de 7 de febrero subraya y observa que “la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal. Sin embargo, D^a Emilia, hermana de D^a Raquel, conviviente y encargada de velar por ella, se ve necesitada de recabar el auxilio judicial con el objeto de que se reconozca por parte de entes públicos y privados las facultades que ya vienen reconocidas legalmente en aras, única y exclusivamente, a tutelar los intereses de su hermana, cuya discapacidad consta acreditada en autor. Esta cuestión no deja de ser preocupante pues, lleva insito un desconocimiento e incumplimiento por parte de dichos entes de la nueva regulación legal para la protección de las personas con discapacidad, obstaculizando, entorpeciendo y retrasando que puedan ejercitar sus derechos a través de sus guardadores de hecho”. Y la juez pone las situaciones cotidianas que, impiden el ejercicio de la guarda de hecho. Así señala que, D^a Emilia, guardadora de hecho de su hermana D^a Raquel, acude a la entidad bancaria con el fin de anular una cuenta titularidad de su hermana de la que intuimos solo le genera gastos bancarios. Es una actuación beneficiosa para D^a Raquel y amparada en el artículo 264 del Código Civil ya que no supone un cambio significativo en la forma de vida de la persona y es un acto jurídico sobre bienes de esta que tiene escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar; por otra parte, D^a Emilia necesita solicitar atrasos correspondientes a su hermana D^a Raquel tras la concesión a ésta de una pensión de orfandad. Puede acreditar la discapacidad de su hermana ya que tiene reconocido un grado de minusvalía del 78% y de acuerdo con el artículo 269 y concordantes del Código Civil no necesita autorización judicial para ello; en fin, D^a Emilia, guardadora de hecho de su hermana, en interés único y exclusivo de ésta, se ha visto necesitada de recabar el auxilio judicial para que se declare su condición de guardador a de hecho para disponer de una cantidad por defunción de un tercero que corresponde a su hermana discapacitada. En todas estas actuaciones, como declara la jueza, D^a Emilia no precisa que se declare su condición de guardadora de hecho conforme a la nueva regulación vigente, no precisa de

autorización judicial tal y como venimos analizando, pero ha venido que formular la correspondiente solicitud de jurisdicción voluntaria con el único fin de poder llevar a cabo las situaciones descritas para la tutela de los derechos e intereses de su hermana con un grado de discapacidad del 78% acreditado ante los obstáculos a los que ha hecho frente. Es por ello que, la citada jueza observa que, D^a Emilia no precisa de una resolución judicial por virtud de la cual se declare la guarda de hecho respecto de su hermana D^a Raquel y que no necesita autorización judicial para cancelar la cuenta en la entidad bancaria BBK Bank Cajasur, ni para solicitar los atrasos que corresponden a su hermana por la pensión de orfandad que tiene reconocida por el INNS, ni para disponer de la cantidad que le corresponde a ésta por el seguro de defunción de Mapfre porque el Código Civil, norma de obligado cumplimiento para todos, establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal para la guarda de hecho, ni para los actos descritos. Sin embargo, dado los obstáculos a los que se enfrenta la demandante para poder ejercer sus funciones, se accede a lo solicitado y se declara a D^a Emilia guardadora de hecho de su hermana D^a Raquel a todos los efectos legales⁵⁵.

En los supuestos descritos, se pone de manifiesto que la desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo no ha sido asumida en muchos sectores y por los propios operadores jurídicos y financieros —entidades bancarias, entre otras—, Administraciones estatales, autonómicas y municipales, poderes públicos, e, incluso, en el ámbito notarial y a las pruebas nos remitimos. Se debe aceptar que la guarda de hecho es ahora una medida de apoyo informal con un campo de actuación determinado y habilitado por la ley. Por lo que, es la propia Ley la que legitima su actuación asistencial y, excepcionalmente, representativa, exigiendo para este último caso, como ocurre con otras medidas de apoyo como la curatela, la correspondiente autorización judicial. No lo acredita ni un documento, ni un acta de notoriedad, ni una resolución judicial o administrativa. Como bien señala SANTOS ORBANEJA hay que dejar claro que “en la época del “Estado Burocrático” esto resulta difícil de entender, pues, está extendida la sensación, tanto entre el ciudadano medio como entre los funcionarios, que sin “papeles” no se puede actuar”⁵⁶.

También, los procesos de revisión de medidas se pueden utilizar como prueba acreditativa de la existencia de la guarda de hecho, indicando al respecto también los actos que pueda realizar. En las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores de 2021 se afirma que “realizado un proceso de revisión de medidas que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitadas, acordadas con anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho, dicha resolución constituirá un título acreditativo extraordinario sobre esta institución, así como la propia sentencia que en su día las constituyó”.

En todo caso, las medidas de apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera y será la propia persona con discapacidad quien desarrollará su propio proceso de toma de decisiones. Por lo que, corresponderá a ella “legitimar” la asistencia del guardador de hecho con la finalidad de, si resulta necesario, le informe, ayude en la comprensión del acto o actuación concreta o le aconseje. Si no acredita con su presencia la guarda de

hecho como medida de apoyo informal, en las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021 se indica que, podrá acompañarse de concretos documentos que, al menos, determinen una relación asistencial con la persona guardada (certificado de empadronamiento u otros que acrediten en la convivencia; o a través de documentación “periférica” (sanitaria al efecto —documentos de instrucciones previas u otra documentación sanitaria o asistencial expedida al efecto—; administrativa, doméstica) que refleje su condición; también se apuntó el libro de familia con el que identificar su relación de parentesco; pruebas testificales; o en fin, mediante la eventual anotación preventiva registral (artículo 40 de la LRC) —aunque sin valor probatorio— o, la realización de un proceso de revisión de la medida que concluya en un archivo de la tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho⁵⁷. Por su parte, las Conclusiones de la reunión del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria del Consejo General del Poder Judicial los días 9 y 10 de junio de 2022 destaca como medios de acreditación: si son familiares cercanos, el libro de familia; informes sociales, sanitarios, administrativos, modelos de declaración responsable de guarda de echo elaborados por la Administración para cursar peticiones de reconocimiento de situaciones de dependencia; empadronamiento; informes periciales; y si la persona se encuentra ingresada en una residencia, mediante un informe residencial; informes vecinales; testificales; en algunos supuestos, mediante acta de notoriedad; en algunos casos también podrá desprenderse la existencia de una guarda de hecho del decreto del Ministerio Fiscal de archivo de una diligencias pre procesales; resoluciones de archivo en procedimientos de revisión de la Disposición Transitoria 5ª por entender adecuada y suficiente la guarda de hecho (pp. 5 y 6). Asimismo, la Consulta INSS de 30 de noviembre de 2021 en relación a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad ha declarado que “el guardador de hecho puede solicitar la prestación económica de la Seguridad Social a favor de la persona con discapacidad”, añadiendo que “la condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante el libro de familia (que acredita en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardado y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición”. Efectivamente, la existencia de una guarda de hecho se puede poner de manifiesto mediante la voluntad concordante de guardado y guardador y con las diferentes formar acreditativas que hemos señalados. De ahí que, se indique que la mayor proximidad de la relación de parentesco y un acuerdo familiar faciliten dicha acreditación o condición de guardador⁵⁸.

En todo caso, en la entrevista con la persona con discapacidad se le puede preguntar por este extremo sí, en atención a sus circunstancias, se aprecia oportuno y de forma más adecuada. Por otra parte, se indica que, si en el expediente instado por el guardador de hecho para solicitar una autorización judicial para un acto concreto (artículo 52.3 de la LJV) existen dudas sobre la realidad de la guar-

da de hecho o su adecuación y suficiencia, o se detectan conflictos familiares con ocasión del ejercicio de esa guarda de hecho, habría que archivar el expediente y remitir testimonio al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones legales pertinentes. A todo ello, se añade que “es recomendable que en la misma resolución del expediente de provisión de apoyos se deje constancia de la existencia de una guarda de hecho ejercida por NN en relación a la persona de NN y reseñar las funciones que el Código Civil atribuye al guardador de hecho” (p. 8). En las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de la sección de atención a personas con discapacidad y mayores, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021 se comentó la idoneidad de las diligencias preprocesales para acometer el estudio individualizado sobre la procedencia de promover acciones tendentes a proveer los apoyos que pueda precisar una persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, ya sea en el ámbito personal como en el patrimonial (p. 2).

Y, en fin, en el Documento interpretativo al protocolo marco entre la FGE y Asociaciones Bancarias de julio de 2023 (Grupo de Trabajo de la Fiscalía General del Estado y Asociaciones Bancarias) se destaca la fórmula de declaración responsable ante la entidad bancaria como buena práctica para garantizar la salvaguarda de su adecuado ejercicio, especialmente en ausencia de obligación de rendir cuentas periódicas a la fiscalía o a la autoridad judicial (p. 10). También se indica que, para facilitar el desarrollo de la expresión de la voluntad y preferencias de la persona titular en los documentos y operaciones bancarias, a entidad bancaria le ofrezca información en las adecuadas condiciones de comprensión y accesibilidad. Y en el ejercicio de su voluntad el titular podrá utilizar la asistencia como persona de apoyo de su guardador de hecho, sin perjuicio de auxiliarse de forma complementaria con una persona de su confianza, o un facilitador o profesional que le ayude en la comunicación (p. 12). Y, en fin, se aconseja para una eficaz salvaguarda de la buena actuación del apoyo la reconducción y vinculación a una única cuenta bancaria de todos los ingresos y gastos ordinarios de la persona con discapacidad, así como los productos accesorios a la misma, como puede ser tarjetas monedero y otros medios de pago o débito. Esta pretensión evitará la afectación de la privacidad de otros eventuales cotitulares; y, si la cotitularidad es con el guardador de hecho, con esta forma de operar se evita la confusión de patrimonios y disposiciones de los mismos, ya fuera en beneficio propio, o de la persona con discapacidad (pp. 12-13).

Como acertadamente, señala DE VERDA Y BEAMONTE “dicho documento, en rigor, es un poder realizado ante el banco por la persona, que aun teniendo una discapacidad; no obstante, puede manifestar una voluntad libremente formada; y ello con la finalidad de legitimar a quien designa como guardador, para realizar una serie de operaciones dentro de los límites establecidos en el documento de apoderamiento”. De forma que, añade ““la declaración de responsabilidad” es inoperante en el caso para el que originariamente se pensó, es decir, para la acreditación de la condición de guardador de hecho de la persona que no puede manifestar su voluntad libre y responsable, caso este, en el que Documento interpretativo resalta la “especial eficacia” de las actas de notoriedad, “por aportar mayor seguridad jurídica”, “en cuanto dan fe de los elementos esenciales de la guarda, es decir,

la discapacidad que requiere el apoyo, el vínculo entre las partes y la suficiencia y adecuación de la propia guarda”⁵⁹.

Finalmente, se ha planteado desde entidades públicas de apoyo a las personas con discapacidad, la aprobación de un Código de Buenas prácticas, como ha hecho la Comunidad de Madrid, atendiendo a lo dispuesto en la Disposición Final cuarta de la Ley 1/2023, de 15 de febrero. Y, asimismo, desde las Administraciones autonómicas en las solicitudes de reconocimiento del grado de discapacidad o la dependencia se está comenzando a admitir las presentadas por el guardador de hechos a través de declaraciones de responsabilidad.

Ciertamente, la propia naturaleza de la guarda, eminentemente familiar, cuando nos movemos en el entorno familiar más próximo, en particular, el indicado el supuesto de progenitores que tras alcanzar su hijo con discapacidad la mayoría de edad continúa prestándole apoyos, la acreditación vendrá facilitada directamente por su ejercicio inmediatamente anterior, que en la generalidad de estos supuestos será por sí mismo notorio. No obstante, atendiendo al momento temporal de adopción de la medida se deberá proceder a una actualización de la necesidad para detectar si se han producido eventuales cambios en la situación de guarda, sin perjuicio de la obligación del guardador de comunicar dichos cambios o variación de las circunstancias desde el mismo momento en que tengan lugar. Atendiendo a lo expuesto, si nos momentos en un entorno familiar menos próximo o de amistad y precisamente, la persona con discapacidad no se encuentra en condiciones de expresar su voluntad, será más difícil probar la vinculación con el guardado en consideración de su trayectoria vital, salvo en este caso que, quede acreditado con la suficiencia en acta de notoriedad.

Como hemos indicado en líneas precedentes, existen modelos de declaración responsable de la guarda de hecho elaborados por las administraciones al efecto de cursar las peticiones de reconocimiento de la situación de dependencia, o por la propia doctrina que, pueden ser un modelo a seguir. Todo ello, con la operatividad señalada y partiendo del hecho que no se precisa de ninguna autorización judicial para aquellos actos para los que el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar (artículo 264.3 del Código Civil). O, simplemente, opere en la función asistencial que la caracteriza como medida de apoyo informal: así en peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, solicitudes a los bancos; en el ámbito de la salud el guardador de hecho se encuentra asimilado al “cuidador principal” o “allegado” o “personas vinculada por razones familiares o de hecho (artículo 5.3 y 9.2 de la Ley 41/23002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y el Anexo III apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización); y, en fin, las peticiones de auxilio a las Fuerza y Cuerpos de Seguridad del Estado por parte de los guardadores: incidentes, altercados familiares de la

persona con discapacidad o trastorno mental, con amparo en el marco del artículo 1.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado⁶⁰.

Lo que constituye una realidad es que la Ley dota a la guarda de hecho de su propio régimen jurídico, por lo que no precisa de investidura formal; de ahí, su naturaleza de medida de apoyo informal. También se contiene un mandato por parte del legislador de desjudicialización en la provisión de medidas de apoyo, atendiendo siempre a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, y de no ser posible tener en cuenta su trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación (artículo 255 *in fine* del Código Civil). Por lo que, operando sobre tal base operativa lo razonable es señalar que, las facultades de actuación vienen dadas directamente por la ley, en cuanto medida de apoyo asistencial, y no por una resolución judicial. Solo y excepcionalmente, se podrán solicitar funciones representativas y en todo caso, solicitar autorización judicial para los casos previstos en el artículo 287 del Código Civil. No obstante, lo expuesto, una de las cuestiones que, se pueden derivar de la actuación del guardador de hecho es la necesidad de acreditar su condición de medida de apoyo, poniendo de manifiesto la necesidad de fomentar en todas las instancias un cambio de mentalidad y de actitudes respecto de lo que representa y es la guarda de hecho como medida de apoyo informal. Si bien, mientras esto no sucede, seguirá necesitando demostrar el guardador de hecho su condición de medida de apoyo. Efectivamente, mientras no se comience a aplicar de manera generalizada esta medida de apoyo y por ende, su actuación tal como se ha regulado tras la reforma operada por la Ley 8/2021; fuera de los supuestos (documentos) de acreditación descritos, el guardador deberá acudir a la autoridad judicial, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, o al notario mediante acta notarial para que se le reconozca la cualidad de guardador de hecho con relación a aquel acto o aquellos actos asistenciales que, haya de realizar con relación al guardado y que le autoriza la ley como medida de apoyo.

En este contexto, resulta loable destacar la forma de operar desde la propia Administración de Justicia al mostrar y criticar, a la vez, la falta de conocimiento por parte, en este caso, de las entidades financieras del alcance de la reforma, pero que se puede ampliar a otros sectores y, además, de obligar a quienes ejercen la función de guardador de hecho a promover expedientes de jurisdicción voluntaria con el solo objetivo que se le reconozca su condición de medida de apoyo informal para realizar actos para los que no se requiere autorización judicial (función asistencial de las medidas de apoyo que constituye la regla general). Recordemos que, el apartado segundo del artículo 250 del Código Civil dispone al efecto que, la función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Ahora bien, la realidad práctica determina que, en muchas actuaciones patrimoniales que lleve a cabo guardador de hecho, van a requerir autorización judicial, pese a que se parte de su naturaleza de medida de apoyo asistencial, por su falta de acreditación o la insuficiencia de la misma, esto es, de ausencia de título de legitimación para actuar, pese a que la Ley, no lo impone. Desde la institución del Ministerio Fiscal se opta en algunos casos por la efectividad del Decreto de

Archivo de Diligencias preprocesales en lo que se acuerda no proceder a iniciar la provisión judicial de apoyo al existir ya un guardador de hecho que, está operando eficazmente como medida de apoyo⁶¹; o, de no optarse por tal recurso procesal promover un expediente de provisión de apoyos bien por parte del Ministerio Fiscal, de la propia persona con discapacidad, de su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, o por sus descendientes, ascendientes o hermanos. Y, en la entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad que se celebre en la comparecencia —que resulta la principal novedad de esta Ley por su importancia—, ésta le pueda informar de la existencia de un guardador de hecho y de su voluntad que sea su medida de apoyo (artículos 42 bis a) 3 y 42 bis b) 3 de la LJV)⁶². Por lo que, atendiendo a ello, se adopte como tal medida de apoyo —se le nombre (“formalice”)— en el auto que ponga fin al expediente (artículo 42 bis c) 1 de la LJV).

Ahora bien, puede darse el caso que, existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que no se estén aplicando eficazmente (por ejemplo, un apoderado preventivo o una curatela) y, que como interesados, se opongan a la medida de apoyo elegida por la persona con discapacidad en la comparecencia —recordemos, puede ser un guardador de hecho—. Tal oposición podrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso (artículo 42 bis b) 5 de la LJV). A tal fin, el artículo 756.2 de la LEC señala como competente para conocer de las demandas sobre la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad la autoridad judicial que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que la persona a la que se refiera la solicitud cambie con posterioridad de residencia, en cuyo caso lo será el juez de primera instancia del lugar en que esta resida; y, entre las pruebas preceptivas en primer y segunda instancia el artículo 759.1.1º de la LEC se entrevistará el juez con la persona con discapacidad en la que, de nuevo, le podrá manifestar la elección de la guarda de hecho como medida de apoyo y la persona concreta que asuma dicha medida, adoptándose como tal, si lo considera pertinente la autoridad judicial en la sentencia que dicte al efecto (artículo 760 de la LEC).

O, en fin, moviéndonos fuera de este ámbito procesal, optar, como hemos indicado, por la vía notarial mediante el otorgamiento de un acta de notoriedad, al amparo del artículo 209 del Reglamento Notarial, en el que se reconozca su condición de guardador de hecho, máxime si se trata de actuaciones representativas y que no requieren autorización judicial —y sobre todo de alcance patrimonial.

3. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS Y PUBLICIDAD DE LA GUARDA DE HECHO

Como hemos señalado en la curatela y resulta aplicable también a esta figura, las medidas de apoyo adoptadas serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años y, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas (artículo 255.3 del Código Civil).

Como medida de apoyo informal, su publicidad registral tendrá lugar mediante anotación en el Registro Civil (artículo 40.9 de la LRC), siempre que su haya constatado su existencia judicialmente, bien porque la autoridad judicial le requiere al guardador por algún motivo, bien porque el guardador de hecho solicita autorización judicial. No obstante, la anotación no tiene el mismo valor probatorio que la inscripción, quedando limitado su efecto a un valor meramente informativo. Dicha anotación podrá extenderse a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado.

Ahora bien, el guardador de hecho puede solicitar autorización judicial para realizar una actuación representativa a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad, y tal autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo. Pues bien, el auto que le otorgue tal facultad representativa, al ser una resolución judicial podrá ser inscrito en el Registro Civil.

Recordemos que, el artículo 300 dispone que las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil. Así, el artículo 4.11º de la LRC declara inscribibles las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. Por lo que, el título habilitante de la existencia de la guarda de hecho puede derivar de una resolución judicial en el ámbito de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, cuyos trámites vienen recogidos en el artículo 52 de la LJV. Y dicha resolución puede ser solicitando información de su actuación, o, simplemente, establecer las salvaguardas que estime necesarias (artículo 265 del Código Civil); o, en fin, para actuar como representante, comprendiendo uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo (artículo 264 párrafo primero del Código Civil).

En esta línea, ante un proceso de revisión de medidas que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con la regulación anterior a la reforma por entender que la guarda de hecho resulta ahora suficiente y adecuada como medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, constituyendo dicha resolución un título acreditativo también de dicha institución.

No obstante, si la guarda de hecho no figura en el Registro Civil podrá acreditarse bien, mediante acta de notoriedad notarial —en este caso, el notario informará conforme al artículo 40.2.9ª de la LRC, siendo objeto de anotación⁶³; otorgándole poderes; o por Decreto del Ministerio Fiscal emitido en un expediente informativo, o mediante certificado o testimonio del Letrado de la Administración de Justicia en base al artículo 145.3 de la LEC al poder certificar que en un determinado acto una persona ha actuado como guardador de hecho⁶⁴.

V. LA COMPATIBILIDAD *VERSUS* INTERRELACIÓN ENTRE LAS MEDIDAS DE APOYO

Atendiendo a lo expuestos en líneas precedentes relativo al funcionamiento de ambas medidas de apoyo. Lo cierto es que, si bien se observa cierta dificultad en la actuación del guardador de hecho en determinados ámbitos jurídico, económicos

y sanitarios, no es menos cierto que la tendencia actual es hacia la desjudicialización a la hora de concretar las medidas de apoyo, la mínima intervención, la proporcionalidad de la medida y su necesidad, primando siempre la voluntad, deseos y preferencia de la persona y, caso de no ser posible tal expresión, atender a su trayectoria vital.

Como hemos destacado la guarda de hecho es una medida de apoyo informal que existe cuando no hay medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. Desde esta perspectiva, la guarda de hecho se configura como una vocación subsidiaria o complementaria a cualquier otra forma de apoyo, voluntaria o judicial, en defecto de estas o cuando no cubran todas las necesidades de la persona. Además, la propia regulación que ofrece el Código Civil restringe las medidas judiciales al destacar que “solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria y a falta de guarda de hecho que supongan apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias” (artículo 255 del Código Civil). Atendiendo al contenido de este precepto, siempre y cuando las medidas voluntarias, como la guarda de hecho, sean suficientes, no cabe adoptar medidas judiciales porque no son necesarias. Además, la guarda de hecho está sometida a la regla general establecida para todas las clases de apoyo en el artículo 249 del Código Civil que, recordemos, dispone que “solo en casos excepcionales cuando, pese a haber hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas”. Por supuesto, la regulación de la guarda de hecho parte de la premisa que el apoyo del guardador no va a ser sustituyendo, actuando en lugar de la persona con discapacidad. En este sentido, de nuevo, recordamos que el artículo 264 del Código Civil señala “cuando excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287. No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”.

En todo caso, cuando la función de apoyo la presta un guardador de hecho y operamos en un ámbito de actuación representativo “la autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan” (artículo 264 último párrafo y artículo 295.1 del Código Civil). Habitualmente, esto sucederá no sólo cuando se aprecie conflicto de intereses, sino también cuando la propia complejidad del acto puede determinar que el guardador de hecho no sea la persona más idónea para llevarlo a cabo. De todas

formas, la guarda de hecho como cualquier medida de apoyo no está exenta de controles ante el riesgo de abusos, como hemos analizado, y le resultan de aplicación las salvaguardas legales que, a modo de prohibiciones, prevé el artículo 251 del Código Civil.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2023⁶⁵ resolvió a favor de la guarda de hecho prestada por la hija al considerar suficiente tal medida de apoyo y no precisar de la constitución de un apoyo judicial en el procedo promovido por el Ministerio Fiscal. Además, tampoco se reveló durante el procedimiento que la guarda de hecho fuese contra la voluntad de la Sra. Blanca (artículo 267.1 del Código Civil), ni, por supuesto, existen problemas o dificultades que llevan a concluir que no funciona eficazmente y sea preciso recurrir a las medidas judiciales de apoyo (artículo 267.4 del Código Civil). Igualmente, resulta de la prueba practicada que, el apoyo prestado por el hijo es suficiente en atención a las circunstancias de la Sra. Blanca, pues no se advierte que vaya a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales para actuar en representación suya de forma reiterada, dado que la gestión de su pensión no implica una administración superior a la entendida como ordinaria. Por lo demás, tampoco existe conflicto con la hija de la Sra. Blanca que compareció en la entrevista del juzgado mostrando su conformidad con la función que desempeñada por su hermano.

Ahora bien, si las medidas voluntarias fueran insuficientes respecto a las necesidades de apoyo no cubiertas, se debería proceder a la adopción de medidas judiciales. Este planteamiento exige concreción y matización. Conforme al sistema de apoyos instaurado con la Ley 8/2021, si existe una guarda de hecho que cubre de manera adecuada todas las necesidades de apoyo de la persona, en principio, deja de ser necesario constituir un apoyo formal, porque la guarda de hecho es un medio legal de provisión de apoyos, aunque no requiera de una constitución formal. Pues, bien para nuestro Tribunal Supremo, Sala de lo Civil en sentencia de 20 de octubre de 2023⁶⁶ tal previsión no puede interpretarse de manera rígida, desatendiendo las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho. Además, la suficiencia de la guarda de hecho no implica que queden excluidas de aplicación las medidas judiciales de apoyo. De lo que no discrepamos.

Ciertamente, nuestro Alto Tribunal está pensando en los principios de proporcionalidad, necesidad y mínima intervención y que se ha de atender a las circunstancias del caso (“traje a medida”). De ahí que, como bien señala, no haya que interpretar la regulación de las medidas de apoyo de forma rígida y descontextualizada. Si aplicásemos que forma rígida y automática la norma, podríamos dejar sin operatividad la curatela, si ya hay una medida de apoyo como la guarda de hecho.

Efectivamente, hay que atender a las circunstancias del caso concreto y, a la voluntad, deseos y preferencias de la persona y, en su caso a su trayectoria vital. Por lo que, si los apoyos que precisa la persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, no hace falta recurrir a una provisión judicial de apoyos. Tampoco esta provisión judicial, si se adopta, tiene una connotación negativa. Hay que atender a lo que resulta más conveniente para la persona con discapacidad en lo que constituye la prestación de apoyos. De ahí que, pueda darse el supuesto que,

atendiendo a las circunstancias de la persona y su evolución, existiendo una guarda de hecho, deviene ésta insuficiente, y se aconseja la adopción de una curatela.

Ahora bien, no debemos olvidar, y así nos lo recuerda la sentencia, que el artículo 263 del Código Civil, al regular la guarda de hecho, prevé la compatibilidad de la misma con las medidas de apoyo voluntarias o judiciales, respecto de aquellas necesidades no cubiertas por estas últimas. Asimismo, esta norma no impide que el guardador solicite formalizar judicialmente la prestación del apoyo, mediante su nombramiento como curador, con las mismas funciones asistenciales y de representación que hasta ahora prestaba el guardador. Lo que para la Sala puede también ocurrir cuando quien prestar la guarda de hecho poner de manifiesto la insuficiencia de la medida y advierte de la conveniencia de una constitución formal de apoyo que facilite en sus específicas circunstancias prestar su función de asistencia y representación del mejor modo posible.

De nuevo, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil en sentencia de la misma fecha de 20 de octubre de 2023⁶⁷ se pronuncia sobre la compatibilidad o, en su caso, interrelación entre medidas de apoyo voluntario e informal como la guarda de hecho y medidas de apoyo judicial como la curatela. Incide en los mismos argumentos, pero añade algo más las dificultades de actuación que en la práctica se encuentra un guardador de hecho. Así en su escrito de oposición al recurso de casación del Ministerio Fiscal, la esposa (guardadora de hecho) explica los problemas diarios que afronta para realizar gestiones en nombre de su esposo, en las que debería firmar él, pero que no comprende ni tiene el menor interés, porque no comprende el valor del dinero, y que la esposa soluciona firmando con “autorización tácita” del marido. Es cierto que la regulación de la guarda de hecho permite al guardador de hecho solicitar autorización judicial para actuar en representación de la persona con discapacidad y que, la autorización puede comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo (artículo 264 del Código Civil), pero cuando por la discapacidad que afecta a la persona no puede prestar consentimiento y se precisa de manera diaria la actuación representativa de quien de manera reiterada y continua revela la insuficiencia de la guarda de hecho, la falta de agilidad en su actuación y en el desempeño de la prestación de apoyos, su falta de adecuación a la necesidad de apoyo requerido y el consecuencia, la conveniencia de una medida judicial.

La guarda de hecho representa una medida de apoyo informal con un ámbito de aplicación flexible. Sin embargo, sigue representando recelo su actuación como tal en determinados sectores económicos, comerciales, asegurativos y sanitarios que reducen su operatividad, a lo que se suma el tener que acudir frecuentemente al sistema judicial en solicitud de autorizaciones puntuales que complementen su legitimación para actuar en tales ámbitos, conlleva un incremento de la carga asistencial que puede generar resistencia o pasividad en algunos casos para asumir la guarda de hecho por los familiares más propios, generándose un efecto no querido por la propia Ley 8/2021. Ciertamente, hemos expuesto, los diferentes medios de acreditación de la guarda de hecho, y destacando la importancia que en el nombramiento en la sentencia que establece la guarda de hecho se ratifique su existencia. Ahora bien, ese rechazo o recelo a lo que no representa una medida formal y judicial ante la posible existencia de abusos e influencias indebidas; de-

bemos señalar la importancia de los controles y las salvaguardas que protegen a la persona con discapacidad.

En este contexto, lo que hay que tener presente es que solo se debe atender a las circunstancias concretas para determinar si está justificada la constitución de la guarda de hecho, en vez de una curatela. A la postre se deben adoptarse las medidas más idóneas para la persona y atender a su voluntad, deseos y preferencia, o, en su caso, a su trayectoria vital. Lo esencial es que se constituya la medida de apoyo que precise y sea más adecuada a la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad, y a cargo de quien se considere más idóneo para asistirle o, en su caso, representarla. No se trata, como bien señalar el Alto Tribunal en ambas resoluciones citadas, de aplicar de forma rígida y automática la figura de la guarda de hecho, como tampoco dotar de una connotación negativa a la adopción de medidas judiciales —que recuerden épocas pasadas de tutela e incapacitación—.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2ª, de 14 de septiembre de 2022⁶⁸ destaca que resulta operativa la guarda de hecho cuando esta se desarrolla satisfactoriamente y no nos hallamos en ninguno de los supuestos que, en principio, podrán hacer precisa una medida de apoyo de mayor alcance e intensidad (como sería la curatela); así, como con carácter enunciativo, alguno de los siguientes: 1. Existencia de conflictos de intereses reiterados, conflictos de índole personal, abusos del guardador de hecho o influencia indebida del mismo sobre la persona con discapacidad; 2. Que, por las circunstancias de la persona con discapacidad, se advierta que va a ser necesaria la solicitud reiterada y continuada de autorizaciones jurídicas por el guardador de hecho, para actuar en representación de la persona con discapacidad, tales como supuestos de patrimonios que por su entidad o cantidad implican una administración superior a la entendida como ordinaria; y, 3. Existencia de conflictos alrededor de la guarda de hecho (así, por ejemplo, que varios familiares se irrigen de forma conjunta la guarda de hecho en detrimento del resto, o bien que los familiares no guardadores de hecho se opongan a los actos del que sí actúa como tal), que sirvan a constatar que se está perjudicando o dificultando el desenvolvimiento de la vida de la persona con discapacidad.

En todo caso, conviene recordar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho que se transforma en una institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional, cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. Además, el artículo 255 *in fine* del Código Civil, en los términos ya apuntados, contiene un mandato de desjudicialización “razonable” que pasa por asumir con naturalidad que las facultades de actuación no vienen dadas por una resolución judicial, sino directamente por la ley. Por lo que, solo se acordará la constitución de la curatela de forma residual, es decir, como medida de apoyo cuando no exista otra medida o éste sea insuficiente para la persona con discapacidad y en el caso excepcional en que resulten imprescindible la concesión de facultades representativas, será necesario que se motiven los actos concretos en los que el curador deba asumir la representación⁶⁹. Ahora bien, pese a que la guarda de hecho ni precisa de una investidura judicial formal; no obstante, en ocasiones el guardador de hecho se ve necesitado de recabar el auxilio judicial con el objeto que se reconozca su existencia por parte

de entes públicos y privados, las facultades que ya tiene reconocida por la Ley. Efectivamente, el guardador de hecho no necesita que se declare judicialmente su condición de tal a efectos de poder cancelar una cuenta bancaria o servicios y suministros del domicilio del guardado. Sin embargo, dado los obstáculos a los que se enfrentan los guardadores de hecho, los jueces acceden a la pretensión del guardador y se les reconoce sin necesidad de investidura formal, guardador de hecho “a todos los efectos legales”, entre otros poder representar plena y totalmente a la persona discapacitada en actos como: gestión, administración, disposición ante entidad bancaria en la que la persona con discapacidad ingresa su pensión; o en cualquier acto ante la Administración General del Estado y organismos dependientes, como AEAT y ante la Administración autonómica y Local y en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de la persona con discapacidad en relación con empresas que presten servicios o suministros a la vivienda que constituye el domicilio de la persona discapacitada. Por lo que, en el propio expediente de jurisdicción voluntaria se reconoce valor como medida de apoyo al guardador de hecho⁷⁰. Al respecto en el citado Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria, celebrado por el CGPJ recordamos que entre las conclusiones se propuso la recomendación de “dejar constancia de la existencia de una guarda de hecho ejercida por NN en relación a la persona NN y reseñar las funciones que el código atribuye al guardador de hecho”⁷¹; si bien, también señala que ha de darse preferencia a la guarda de hecho ya existente sin necesidad de intervención judicial justificando su existencia (“desjudicialización”). Y, aunque se pueden adoptar, como sucede para todas las medidas de apoyo que, la autoridad judicial podrá fijar los controles y las salvaguardas que considere oportunas para asegurar que aquellas se ajustan a los criterios resultantes del artículo 249 del Código Civil y, en articular atiende a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera (artículo 249 apartado 5). En las mencionadas conclusiones se destaca que, con respecto al ejercicio de una guarda de hecho respecto a una persona que vive en un centro residencial puede precisar salvaguarda, si esa persona no tiene otra medida de apoyo (por ejemplo, otro guardador de hecho personal que complete). Tengamos en cuenta que la residencia, en base a lo dispuesto en el artículo 250 del Código Civil no puede ejercer ninguna medida de apoyo. Tras este breve inciso, continúa las citadas conclusiones recomendando “la necesaria adopción de salvaguardas y el control del ejercicio de la guarda de hecho. Si es necesario realizar un acto jurídico para que la persona con discapacidad (en residencia o cetro asimilado) precisa de apoyo, debe ser prestado por un defensor judicial con amparo en el artículo 295.5 del Código Civil)” (p. 6).

Sobre tales bases, cuando, normalmente se necesita de ayuda o apoyo continuado, o la patología que sufre la persona discapacitada es irreversible se opta por la medida de apoyo judicial como es la curatela representativa y se la califica de medida idónea para con ello lograr el pleno desarrollo de la personalidad y desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad de la persona discapacitada⁷². Aunque en estos casos la guarda de hecho haya sido operativa, se torna en apoyo insuficiente para atender debidamente a las necesidades de aquélla, cuando se precisa un continuado recurso a la obtención de autorizaciones judiciales “*para uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo*” conforme a

lo que dispone el artículo 269 del Código Civil, siendo así que ese mismo precepto prevé que “la actuación representativa del guardador de hecho” solo puede darse “excepcionalmente”. Lo cierto es que cuando la situación de deterioro progresivo irreversible de la persona, la imposibilidad absoluta de que pueda manifestar ningún grado de mínima voluntad tendente a realizar cualquier actividad de la vida ordinaria, incluidas las más básicas, la exigencia de apoyo continuo se traduce en la inviabilidad material para que el guardador de hecho puede realizar en nombre e interés de la persona con discapacidad cualquier actuación para la que se exija que conste formalmente un consentimiento expreso. Lo expuesto hace que la medida informal de apoyo en que la guarda de hecho consiste, se torne en medida de apoyo insuficiente, lo que justifica la adopción de la oportuna medida de apoyo judicial de carácter formal tal y como prevén los artículos 255 y 269 del Código Civil ajustada a los “principios de necesidad y proporcionalidad”, como dispone el artículo 249 del citado cuerpo legal⁷³. Si bien, no faltan supuestos en que se mantiene la guarda de hecho pese a que la persona con discapacidad parece una enfermedad que afecta directamente a su capacidad para tomar decisiones y a su capacidad de autodeterminación; o se trata de una persona de avanzada edad que sufre un proceso de deterioro físico, cognitivo y personal, una demencia moderada, careciendo de capacidad para el manejo de dinero o un proceso de demencia de perfil degenerativo y progresivo que no afecta especialmente a su capacidad volitiva y a su capacidad para tomar decisiones⁷⁴.

Tampoco parece que se pueda mantener la guarda de hecho cuando las personas implicadas, el propio guardador de hecho no la acepta y solicita la intervención judicial para constituir otra medida de apoyo⁷⁵.

Asimismo, cuando existe un patrimonio, cuya administración requiere la petición de continuas autorizaciones judiciales para realizar actuaciones representativas. Precisamente, en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria de 2022 (Cod. EX2201) se afirma que podrá entenderse que la guarda de hecho no es una medida de apoyo suficiente “cuando por las circunstancias de la persona con discapacidad se advierta que va a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales por el guardador, para actuar en representación de la persona con discapacidad de forma reiterada, y por ello, deberá acudir de modo reiterado al juzgado (por ejemplo, en caso de patrimonio que por su entidad o cantidad implica una administración superior a la entendida como ordinaria”).

En todo caso, procede señalar que, cuando existe una guarda de hecho que en la práctica se desarrolla de forma adecuada y suficiente, no se adoptarán medidas de apoyo judicial, sin perjuicio que la guarda de hecho puede coexistir con una medida de apoyo judicial cuando ésta última sea necesaria para algún gasto o esfera en que no es suficiente la guarda de hecho⁷⁶. Ahora bien, además de solicitar autorización judicial en los supuestos previstos en el artículo 287 del Código Civil, nada impide que en la propia sentencia que constituye la guarda de hecho como medida de apoyo, autorice al guardador de hecho a representar al guardado ante las compañías de suministro como agua, luz, o comunicaciones del domicilio en el que vive⁷⁷. Ciertamente, a diferencia de la regulación anterior, en la que la guarda de hecho se contemplaba como una situación transitoria, en la legislación vigente,

por el contrario, la guarda de hecho se contempla como una medida de apoyo duradero al cual la ley da prevalencia respecto de las medidas de apoyo judiciales. Esta preeminencia supone que la judicialización de los apoyos, no procederá allí donde exista guarda de hecho adecuada y suficiente. Además, el nuevo tratamiento legal de la discapacidad descansa en los principios de proporcionalidad y necesidad para la adopción de cualquiera de las medidas judiciales de apoyo, como tantas veces hemos señalado, siendo por tanto exigible que la decisión se motive suficientemente las razones por las que debe proveerse un apoyo judicial, a lo que debe añadirse el carácter excepcional de la curatela con funciones representativas⁷⁸.

En consecuencia, la guarda de hecho, donde exista, se debe preservar, garantizando su ejercicio en la forma más compatible posible con la voluntad, deseos y preferencias del guardado —en quien reside la facultad de ponerle fin interesando que el apoyo se organice de otro modo—, sin perjuicio que, dada la flexibilidad y compatibilidad de los diversos medios de apoyo establecidos en la nueva regulación, la guarda de hecho pueda ser completada con los apoyos notariales o judiciales que su insuficiencia parcial pueda requerir, o con los controles o salvaguardas oportunas en garantía de su correcto funcionamiento. Asimismo, la garantía y respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad compete, en razón de su eficacia horizontal, no sólo a las instituciones y poderes públicos, sino también a la ciudadanía y a las entidades privadas en sus relaciones particulares. De ahí, la importancia de colaboración entre instituciones y entidades prestadoras de servicios —entidades bancarias, entidades de seguro, entidades sanitarias, entidades comerciales— ya que la operatividad es esencial a fin de garantizar la autonomía financiera, comercial, asegurativa, sanitaria de las personas con discapacidad— en orden a convenir instrumentos de buenas prácticas y pautas de actuación que a modo de *soft law* contribuyan a consolidar en camino en la aplicabilidad práctica de la nueva legislación.

Como hemos indicado, debemos alejarnos de una mimética sustitución de tutelas por curatelas representativas, o antes cualquier duda de la voluntad, deseos y preferencias de las personas y su trayectoria vital optar por judicializar la situación y nombrar un curador asistencial, existiendo una guarda de hecho suficiente y adecuada. A la vez debemos evitar una remisión generalizada a las guardas de hecho sin analizar la circunstancias concretas —personales y patrimoniales— en que se encuentra la persona con discapacidad, su entorno familiar, su realidad socio familiar y, de nuevo, sin analizar su voluntad, deseos y preferencia y, por ende, su trayectoria vital.

De todas formas, conviene reiterar que, pese a la desjudicialización que se pretende con la guarda de hecho dotándola de la naturaleza de medida de apoyo informal es necesario en la práctica ante las dificultades de su aceptación y reconocimiento como tal acudir a un acta de notoriedad o, en su caso, a un auto de declaración de la condición de guardador de hecho frente a la entidad bancaria o asegurativa a través de un proceso de jurisdicción voluntaria. No obstante, en el auto de jurisdicción voluntaria donde se deje constancia de la existencia de una guarda de hecho, se enumeren los actos que puede realizar. Y, en fin, se aprovechen los procesos de revisión de medidas que concluyan con el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con ante-

rrioridad de esta reforma y el nombramiento un guardador de hecho. Constituyendo dicha resolución título acreditativo de la existencia de esta institución (vid., Concusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a la persona con discapacidad y mayores de 2021).

Por otra parte, una cuestión de orden procesal que se concreta en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a la persona con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022 “cuando el guardador de hecho solicite una autorización para representar a la persona con discapacidad en la enajenación de bienes inmuebles, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 61 y siguientes de la LJV, por ser el más específico para este acto, y no el general del artículo 52.3 de la LJV”⁷⁹.

Ahora bien, en líneas precedentes hemos determinado la posible compatibilidad e interrelación entre curatela y guarda de hecho, procede referirnos a la existente entre la asistencia tras la reforma por Real Decreto-Ley 19/2021 y la guarda de hecho. Ciertamente, bajo la legislación vigente (en fase de revisión) como en la anterior el contenido de la guarda de hecho y de la asistencia no es idéntico. El de la guarda de hecho viene determinado en tanto no se reforme por el artículo 225-3 del Código Civil catalán “cuidar de la persona en guarda y actuar siempre en beneficio de esta y si asume la gestión patrimonial debe limitarse a realizar actos de administración ordinaria”, mientras que las funciones del asistente las define la autoridad judicial, si no hay medida voluntaria, o la propia persona interesada en escritura pública (artículos 226-1 y 226-4 del Código Civil catalán). La diferencia no sólo radica en la forma de constitución (informal o formal), sino en la determinación de sus funciones que deben ajustarse a las necesidades de la persona con discapacidad para garantizar el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad. La circunstancia que la petición de asistencia la formule la persona que vienen actuando como guardador de hecho poner de manifiesto *a priori* la necesidad de una medida de apoyo con funciones más amplias, necesidad que debe ser valorada desde la perspectiva de la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona afectada. De ahí que, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 29 de junio de 2022⁸⁰ entienda que, en definitiva la constitución de la asistencia es necesaria incluso en los supuestos en los que exista una persona que haya asumido la guarda de hecho cuando el nivel de apoyo que puede llevar a cabo no sea suficiente y adecuado, lo que debe verificarse en cada caso, atendiendo al principio de necesidad al que hace referencia el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de septiembre de 2021 y no solo en los supuestos de inexistencia de guardador de hecho o de conflictividad.

En fin, es posible que el guardador de hecho se convierta en curador de la persona, cuando sea procedente adoptar esta última medida⁸¹.

En cuanto a las medidas voluntarias de apoyo, en su relación (compatibilidad) con la guarda de hecho, el artículo 255 apartado 5 del Código Civil dispone que, solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

Respecto, al apoderamiento o mandato preventivo, cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el

apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa (artículo 258 apartado cuarto del Código Civil). De forma que, pueden subsistir los mandatos o apoderamientos preventivos con la curatela, siempre que sean compatibles; e, igualmente, podrán subsistir si, a pesar de concurrir causas para la remoción del tutor, el poderdante hubiera dispuesto otra cosa, esto es, la subsistencia del poder, aunque se dieran tales circunstancias.

Por último, indicar que, el mandato preventivo se extingue: 1. Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición; y, 2. Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos (artículo 1732 apartado 4 y 5 del Código Civil).

En lo que se refiere al defensor judicial, éste opera o como medida de apoyo autónoma en el supuesto que, la persona con discapacidad requiera el establecimiento de la misma, aunque sea nombrada para operar de forma ocasional, provisional o temporal o, en fin, sea recurrente en su actuación. Ahora bien, es compatible su funcionamiento con otras medidas de apoyo ya existentes: 1. Cuando por cualquier causa, el guardador de hecho, el curador nombrado o el apoderado o mandatario no pueden cumplir con su función de apoyo temporalmente, prestando su apoyo al defensor hasta que cese la causa que determina la imposibilidad de actuación u opte el juez a designar otra persona; 2. Cuando exista conflicto de intereses entre el guardador, curador o apoderado preventivo y la persona con discapacidad; 3. Mientras se tramita el expediente de excusa alegada por el curador o el guardador de hecho y el juez lo considera pertinente; 4. Cuando promovida la provisión judicial de apoyo y hasta que recaiga resolución judicial, el juez considere necesario que el defensor judicial se encarga de la administración de los bienes de la persona con discapacidad; y, 5. También cuando es precisa la autorización judicial para una actuación representativa del guardador de hecho, el artículo 264 del Código Civil en su último párrafo expresamente establece que el juez “podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan”.

En todo caso, no procede el nombramiento de defensor en los supuestos indicados, cuando haya varios curadores o guardadores que pueden actuar. Todo ello salvo que, el juez en decisión motivada, considere necesario su nombramiento, pese a la existencia de una curatela o guarda de hecho pluripersonal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). “Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1)”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 112, enero-junio, Pp. 499-556.
- (2021). “Comentario al artículo 238 del Código Civil”. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson

Reuters.

- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2021). “Voluntad y consentimiento informado en la ley para el apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del siglo XXI*, número 100, noviembre-diciembre, pp. 76-82.
- (2022). “Protección o derecho a equivocarse en la Ley 8/2021 (más sobre la STS de 8 de septiembre de 2021)”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril, núm. 102, pp. 24-29.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019). “Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas vulnerables”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 10, febrero, pp. 224-281.
- (2022). *La curatela tras la Ley 8/2021*, Valencia: tirant lo blanch.
- AMMERMAN YEBRA, J. (2022). “Comentario al artículo 275 del Código Civil”. En: M^a.P. García Rubio y M^a. J. Moro Almaraz (dirs.), I. Varela Castro (coord.), *Comentario al articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2022). “La curatela: ¿una nueva institución?”. En: M. Pereña Vicente y M^a del M Heras Hernández (dirs.) y M. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: tirant lo blanch.
- CORRIPIO GIL-DELGADO, M^a. R. (2022). “El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, núm. 790, pp. 669-713.
- DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Madrid: Reus.
- (2019). “El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo”. En: por S. De Salas Murillo y M^a. V. Mayor Del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia, tirant lo blanch.
- DE SALAS MURILLO, S. (2021). “Comentarios a los artículos 275 y 276 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2022). “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, número 10021, sección Dossier, de 3 de marzo, pp. 1-20.
- DÍAZ PARDO, G. (2022). “Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio”. En: M. Pereña Vicente, M.M. Heras Hernández (dirs.) y M. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: tirant lo blanch.
- DONADO VARA, A. (2022). “Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familiar. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 33, sección A Fondo, primer trimestre, pp. 124-131.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2022). “Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad”, *LA LEY Derecho de Familia*, enero-marzo, núm. 33, pp. 6-45.

- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- GARCÍA RUBIO, M^a.P. (2018). “Las medidas de apoyo con carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre, vol. 5, núm. 3, pp. 29-60.
- (2020). “Notas sobre el propósito y significado del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con incapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”. En: M^a. Del C. Gete-Alonso Calera (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Madrid: Marcial Pons.
- (2022). “Comentario al artículo 250 del Código Civil”. En: M^a.P. García Rubio y M^a.J. Moro Almaraz (dirs.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
- GARCÍA RUBIO, M^a.P. Y TORRES COSTAS, M^a. E. (2022). “Comentario al artículo 249 del Código Civil”. En: M^a.P. García Rubio y M^a.J. Moro Almaraz (dirs.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- LEGERÉN-MOLINA, A. (2012). *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.2 del Código Civil*, Madrid: Editorial Ramón Areces.
- (2019). “La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos”. En: S. De Salas Murillo y M^a. V. Mayor Del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020). “El principio de respecto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Indret*, número 2, pp. 111-138.
- (2022). *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid: Francis Lefebvre.
- (2024). “La representación en la guarda de hecho de la persona con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril, pp. 44-49.
- LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021). “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *El Notario del Siglo XXI*, número 99, septiembre-octubre, pp. 32-37.
- MARÍN VELARDE, A. (2020). “La discapacidad: su delimitación jurídica”. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapa-*

- ciudad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Navarra: Aranzadi.
- MIGUEL ALHAMBRA, L. Y CHACÓN CAMPOLLO, R. (2022). “Internamiento en residencia de ancianos con demencia. Reflexiones con motivo de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril, núm. 102, pp. 30-39.
- MUNAR BERNAT, P.A. (2020). “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, vol. XXI, pp. 436-470.
- (2022). “Comentario al artículo 269 del Código Civil”. En: M^a.P. García Rubio y M^a. J. Moro Almaraz (dirs.), I. Varela Castro (coord.), *Comentario al articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- ORTIZ TEJONERO, M. (2022). “La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021”, *Diario La Ley*, número 10053, sección Tribunal, de 21 de abril, pp. 1-6.
- PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2021). “Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica”. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Moya (dirs.) y C. Gil Membrano y J.J. Pretel Serrano (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid: La Ley.
- PALLARÉS NEILA, J. (2022). “El ejercicio de la nueva curatela”. En: M. Pereña Vicente y M^a. del M. Heras Hernández (dirs.) y M^a. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: tirant lo blanch.
- PARRA LUCÁN, M^a. Á. (2013). “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”. En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid: Dykinson.
- PAU PEDRÓN, A. (2020). “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, vol. XXI, pp. 411-435.
- PEREÑA VICENTE, M. (2016). “Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa”, *Revista de Derecho Privado*, número 100, abril (4), pp. 3-40.
- (2018). “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad”. En: M. Pereña Vicente (dir.) y G. Díaz Pardo y M. Núñez Núñez (coords.), *La voluntad de la persona protegida*, Madrid: Dykinson.
- PETIT SÁNCHEZ, M.: (2020). “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, *Revista de Derecho Civil*, octubre-diciembre, vol. VII, núm. 5, pp. 266-313.
- RIBOT IGUALADA, J. (2019). “La nueva curatela: diferencia con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”. En: S. de Salas Murillo y M^a. V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de las Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: tirant lo blanch.
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2021). “Medidas de apoyo a personas con disca-

- pacidad y sistema tutelar de menores”. En: Fco. J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil IV Derecho de familia y sucesiones*, 10ª ed., Valencia: tirant lo blanch.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista de Derecho Civil*, octubre-diciembre, vol. 7, núm. 5, pp. 385-428.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á. (2022). “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho*, enero, núm. 33, pp. 14-51.
- SANTOS URBANEJA, F. (2021). *Sistema de apoyo a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Madrid: Cuniep Editorial.
- SOLÉ RESINA, J. (2021). “Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho (1)”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 31, sección A Fondo, tercer trimestre, pp. 18-33.
- (2024). “La asistencia: la medida formal de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica del Derecho catalán (1)”, *Actualidad Civil*, número 4, abril 2024, pp. 1-13.
- TORAL LARA, E. (2022). “Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyo en el Código Civil”, En: E. Llamas Pombo; N. Martínez Rodríguez y E. Toral Lara (dirs.), *El nuevo derecho de las discapacidades. De la incapacitación al nuevo reconocimiento*, Madrid: La Ley.
- UREÑA CARAZO, B. (2022). “El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista”, *LA LEY, Derecho de familia*, enero-marzo, núm. 33, pp. 189-200.
- VALLS i XUFRE, J. (2022). “El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos”. En: M. Pereña Vicente y M.M. Heras Hernández (dirs.) y M. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia, tirant lo Blanch.
- VELILLA ANTOLÍN, N. (2021). “Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del siglo XXI*, número 99, septiembre-octubre, pp. 12-17.
- VIVÁS TESÓN, I. (2021). “Curatela y asistencia”. En: P. M. A. Munar Bernat (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Madrid: Marcial Pons.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC (Pleno), 20 abril 2023.
- STS, Pleno de la sala de lo Civil, 10 enero 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 10 mayo 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 8 septiembre 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 19 octubre 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 2 noviembre 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 21 diciembre 2021.

- STS, Sala de lo Civil, 14 marzo 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 21 diciembre 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 23 enero 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 21 marzo 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 20 octubre 2023.
- RDGSJYFP de 19 de julio de 2022.
- RDGSJYFP de 4 de noviembre de 2022.
- RDGSJYFP de 26 de julio de 2023.
- RDGSJYFP de 19 de enero de 2024.
- RDGSJYFP de 15 de febrero de 2024.
- RDGSJYFP de 20 de marzo de 2024.
- RDGSJYFP de 25 de marzo de 2024.
- SAP Huelva, secc. 2ª, 14 septiembre 2018.
- SAP Badajoz, secc. 3ª, 17 febrero 2021.
- SAP Navarra, secc. 3ª, 3 junio 2021.
- SAP León, secc. 2ª, 19 julio 2021.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 10 septiembre 2021.
- SAP Ourense, secc. 1ª, 24 septiembre 2021.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 20 octubre 2021.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 27 octubre 2021.
- SAP Ourense, secc. 1ª, 22 noviembre 2021.
- SAP Asturias, secc. 5ª, 1 diciembre 2021.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 13 enero 2022.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 10 febrero 2022.
- SAP Santander, secc. 2ª, 14 febrero 2022.
- SAP Cantabria, secc. 2ª, 14 febrero 2022.
- SAP Madrid, secc. 24ª, 11 marzo 2022.
- SAP Toledo, secc. 1º, 14 marzo 2022.
- SAP León, secc. 1ª, 21 marzo 2022.
- SAP Cantabria, secc. 2ª, 30 marzo 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 12 mayo 2022.
- SAP Cantabria, secc. 2ª, 31 mayo 2022.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 29 junio 2022.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 6 julio 2022.
- SAP Palencia, secc. 1ª, 12 julio 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 5 septiembre 2022.
- SAP Málaga, secc. 6ª, 18 octubre 2022.
- SAP Alicante, secc. 6ª, 25 octubre 2022.
- SAP Lugo, secc. 1ª, 9 noviembre 2022.
- SAP Ourense, secc. 1ª, 10 noviembre 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 2 diciembre 2022.
- SAP Madrid, secc. 3ª, 14 diciembre 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 17 diciembre 2022.
- SAP Málaga, secc. 6ª, 28 diciembre 2022.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 9 enero 2023.
- SAP Vitoria-Gasteiz, secc. 1ª, 17 enero 2023.
- SAP Málaga, secc. 6ª, 2 febrero 2023.

- SAP Pamplona, secc. 3ª, 6 febrero 2023.
- AAP Asturias, secc. 5ª, 28 febrero 2023.
- SAP Islas Baleares, secc. 4ª, 31 marzo 2023.
- SAP Vizcaya, secc. 4ª, 28 abril 2023.
- SAP Ourense, secc. 1ª, 9 mayo 2023.
- SAP Alicante, secc. 6ª, 11 mayo 2023.
- SAP Granada, secc. 5ª, 19 mayo 2023.
- AAP Málaga, secc. 6ª, 14 junio 2023.
- SAP A Coruña, secc. 5ª, 27 junio 2023.
- SAP Córdoba, secc. 5ª, 27 junio 2023.
- SAP Asturias, secc. 7ª, 7 julio 2023.
- SAP León, secc. 1ª, 28 julio 2023.
- SAP Madrid, secc. 22ª, 22 septiembre 2023.
- SAP Alicante, secc. 6ª, 5 octubre 2023.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 9 octubre 2023.
- SAP Bilbao, secc. 4ª, 31 octubre 2023.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 28 noviembre 2023.
- SAP Madrid, secc. 24ª, 20 noviembre 2023.
- SAP Madrid, secc. 24ª, 17 enero 2024.
- SAP Madrid, secc. 22ª, 5 julio 2024.
- AAP Alicante, secc. 6ª, 5 julio 2024.
- AAP Alicante, sec. 6ª, 12 julio 2024.
- SAP Madrid, secc. 22ª, 27 julio 2024
- AJPI, número 6, Santiago de Compostela, 20 enero 2021.
- SJPI, número 5, de Córdoba, 30 septiembre 2021 (dos).
- SJPI, número 9, Castellón de la Plana, 4 octubre 2021.
- SJPII, número 4, Massamagrell (Valencia), 21 septiembre 2021.
- SJPI, número 6, Jaén, 22 septiembre 2021.
- SJPI, número 7, Sevilla, 27 septiembre 2021 (dos).
- SJPI, número 5, Córdoba, 30 septiembre 2021 (dos).
- SJPI Castellón de la Plana, número 9, 4 octubre 2021
- AJPI, número 6, Girona, 3 diciembre 2021.
- AJPII, número 1, Tafalla, 15 diciembre 2021.

NOTAS

¹ LECIÑERA IBARRA, A (2021). “Comentario al artículo 263 del Código Civil”. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 652.

² ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). “Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1)”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 112, enero-junio, p. 523.

³ LÓPEZ SAN LUIS, R. (2022). *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, p. 77.

⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 4 de julio de 2022 (JUR 2022,336477); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 26 de septiembre de 2022 (Roj. SAP CO 658/2022) la guarda de hecho, a diferencia de la curatela representativa para una significativa pluralidad de actos, es plenamente proporcionada a las circunstancias del caso y conforme con los principios de libertad, autonomía y respeto a los propios derechos de la personalidad que constituyen la finalidad perseguida por la nueva legislación; de la Audiencia Provincial de Santander, secc. 2ª, de 12 de julio de 2022 (Roj. SAP S 963/2022); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 13 de octubre de 2022 (Roj. SAP MA 4024/2022) la suficiencia de la guarda de hecho que coexiste con una red social de apoyos; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 31 de marzo de 2023 (Roj. SAP M 5189/2023); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, de 3 de mayo de 2023 (Roj. SAP SE 981/2023); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, de 28 de junio de 2023 (Roj. SAP M 15981/2023); de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 28 de julio de 2023 (Roj. SAP LE 972/2023); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, de 20 de noviembre de 2023 (Roj. SAP M 19124/2023). Asimismo, vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3ª, de 29 de marzo de 2023 (JUR 2023,344181); y de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 17 de abril de 2023 (JUR 2023,353260).

⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2023 (RJ 2023,2350). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 9 de octubre de 2023 (Roj. SAP CA 2145/2023; ECLI:ES:APCA;2023;2145) teniendo en cuenta su enfermedad, Regina, está siendo tratada convenientemente y está recibiendo los cuidados y la ayuda para las actividades básicas de su vida. De modo que, hoy por hoy, tanto desde el punto de vista asistencial como patrimonial, sus necesidades se encuentran suficientemente cubiertas. En este sentido, y una vez examinada la prueba y a la vista de las circunstancias del presente caso en que la persona que sufre dicha discapacidad se aprecia correcta y plenamente tratada y apoyada en su necesidades, la Sala habida cuenta de no ser necesaria la constitución de una curatela simple ni representativa, pues, es más que suficiente la guarda de hecho que vienen desempeñando sus hijas más directamente, con la colaboración mencionada, asimismo, una cuidadora, y en particular, a través de la hija Justa, respecto de la que todas se muestran en conformidad en considerar, en definitiva, como referente en la relación particular con la madre y frente a terceros con los que ha de relacionarse para los temas de salud, institucionales y de banco o económicos del día a día ordinarios; de la Audiencia Provincial de Bilbao, secc. 4ª, de 31 de octubre de 2023 (Roj. SAP BI 853/2023; ECLI:ES:AP-BI;2023;853) en el supuesto de autos se ha revisado la resolución que le limitó su capacidad (fecha 28 de abril de 2023) y de la misma se infiere que basta una guarda de hecho y no una curatela representativa; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, de 17 de enero de 2024 (Roj. SAP M 571/2024; ECLI:ES:APMA;2024;571) teniendo en cuenta que D. Enrique sigue poseyendo plenas capacidades volitivas e intelectivas y que Dª. Fidela le cuida y le apoya en todos los aspectos necesarios para su desenvolvimiento personal, es por lo que, y conforme a la voluntad de la persona con discapacidad, se va a revocar la resolución recurrida reintegrando al apelante su plena capacidad y dejando a Dª. Fidela siga ejerciendo esa guarda “de facto” como ha hecho hasta ahora.

⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 3 de junio de 2022 (LA LEY 207152/2022) una persona que padecía “corea de hutchington” y que, según informe del médico forense, no tenía autonomía personal, se constató que por parte del guardador de hecho no estaban “cubiertas sus necesidades básicas”, pues, el padre presentaba un estado higiénico-dietético muy deficiente, las condiciones higiénicas de la casa en la que vivían eran “deplorables”, hallándose, además, en un estado de asilamiento, sin que durante, aproximadamente, cinco años hubiera salido de la vivienda y sin apenas levantarse de la cama. Por ello, se considera que la guarda de hecho ejercida por la familia no era “la medida idónea para la salvaguardar los apoyos necesarios”, conformando la sentencia recurrida que, había encomendado la curatela a una entidad pública y desestimando el recurso del guardador que se le nombrara curador de su padre.

⁷ Vid., la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 9, de Castellón de la Plana de 4 de octubre de 2021 (LA LEY 179219/2021) persona soltera de 35 años que convivía con sus padres, guardadores de hecho, que padecía un trastorno esquizoafectivo con patrón bipolar, lo que le provocaba fases en que presentaba vivencias expansivas con dimensión delirante de tipo megalómano. Durante dichas fases era vulnerable a influencias externas, habiendo sido instrumentalizada económicamente por terceras personas, que le había inducido a adquirir bienes que luego tuvo que malvender, así como por oportunistas habiendo podido salud de situaciones comprometidas gracias a la protección de la familia con la que convivía. Por ello, se consideró conveniente la existencia de un apoyo judicial para evitar que la persona con discapacidad tomara decisiones e hiciera planes desajustados que pusieran en riesgo su vida y bienes. En consecuencia, se nombró al padre como curador con facultades de representación.

⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 6 de mayo de 2022 (LA LEY 170338/2022) se nombra como curadora al Instituto valenciano de Atención Social y Sanitaria pues, se trata de una persona que padece un trastorno límite de la personalidad, un trastorno depresivo crónico y un trastorno explosivo como consecuencia del consumo de cannabis, cocaína y alcohol y, habida cuenta de la situación en el hogar y el problema de convivencia con sus padres de avanzada edad.

⁹ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 20 de enero de 2023 (Roj. SAP CA 21/2023) se indica que resulta suficientemente acreditado que cuenta con apoyo suficiente a través de la guarda de hecho ejercida por sus hijos, por lo que no estaría justificada la adopción de medidas judiciales ya que la Ley dota a la guarda de hecho de su propio régimen jurídico, por lo que no precisa de constitución e investidura judicial formal; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 29 de marzo de 2023 (JUR 2023,259463) teniendo en cuenta la enfermedad de Santiago está siendo tratado convenientemente y está recibiendo los cuidados y la ayuda para las actividades básicas de su vida. De modo que, hoy por hoy, tanto desde el punto de vista asistencial como patrimonial, sus necesidades se encuentran suficientemente cubiertas. En este sentido, la Sala no considera necesaria la constitución de una curatela ni simple ni representativa, pues, es más que suficiente la guarda de hecho que viene desempeñando su mujer más directamente con la colaboración de sus hijos Secundino y Ovidio; en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 6, Jaén 545/2021, 22 septiembre se precisa que, la realidad demuestra que, en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho, generalmente, un familiar, pues, la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente, en lo que atañe a sus miembros más vulnerables. En el caso de autos, no es necesario adoptar judicialmente un tipo de medida de apoyo para la Srta. Paula, puesto que, ha quedado plenamente constatado que la misma se encuentra bajo la guarda de hecho de su madre, la demandante y con la ayuda de ella vienen desarrollando una vida más o menos normalizada y puede ir tomando decisiones en aquellas cuestiones que le afectan a la misma con el apoyo de su propia progenitora, lo que evidencia lo innecesario de adoptar judicialmente alguna de las medidas de apo-

yo que contempla actualmente nuestro Código Civil, esencialmente, la curatela y la curatela con funciones representativas; asimismo, en esta línea, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 7, Sevilla 561/2021, 27 septiembre se indica, al respecto, que del conjunto de la prueba practicada en este procedimiento, consistente en documental médica e informe elaborado por el médico forense, así como exploración judicial, ha resultado probado que D^a. Manuela, de 75 años padece un trastorno cognitivo moderado derivada de una demencia moderada, lo que le lleva a una limitación en su autonomía para la función de tareas básicas de su vida diaria requiriendo supervisión y ayuda para ellas, y para las actividades funcionales de la vida diaria, careciendo de capacidad para el manejo del dinero. Se ha explorado a los parientes más próximos y en concreto a su hija Adela, la cual ha relatado que su madre es atendida en una residencia hace tres años, que es titular de una pensión de 1050 euros y se destina íntegra al pago de la residencia, siendo la misma cotitular de la cuenta donde se ingresa dicha pensión de su madre, de tal forma que hoy vienen realizando todas las gestiones necesarias para administrarla sin impedimento alguno. Vistas las circunstancias del caso, se estima por el juez que, lo procedente es la desestimación de la demanda teniendo en cuenta que por parte de la actora se ha solicitándose nombre como medida de apoyo la curatela lo que no procede, ya que de hecho si viene ejerciendo una guarda por la hija Adela, lo que no requiere pronunciamiento judicial alguno, entendiéndose que con ello queda salvaguardadas las necesidades de la demandada, conforme lo previsto en los artículos 263 y siguientes. En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Córdoba 343/2021, de 30 de septiembre examinada la actual regulación se trata de determinar si existen otras medidas de apoyo para D. Manuel cuya discapacidad ha quedado acreditada y en este caso, se da la circunstancia de que D^a Juana, con el apoyo y colaboración de sus hijos Emilio, Alberto y Marta, viene ejerciendo como guardadora de hecho de su esposo de forma satisfactoria y beneficiosa para él. En el caso de auto, no ha quedado acreditada la necesidad de constituir una curatela y que dicha curatela lo sea con funciones representativas. Y ello sin perjuicio que D^a Juana como guardadora de hecho de su esposo, deba seguir ejerciendo su labor con el apoyo y colaboración de sus hijos tal y como vienen haciendo y sin perjuicio que en el caso que de forma excepcional necesite ejercer funciones representativas para los casos del artículo 287 del Código Civil inste el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria tal y como lo permite y regula el artículo 264 del Código Civil; y, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 5, Córdoba 346/2021, 30 septiembre en el presente caso, ha quedado acreditado que D. Francisco de 58 años de edad vive en Córdoba, en la residencia de gravemente afectados XX donde ingresó el día 28 de junio de 2010. De conformidad con el informe médico forense D. Francisco padece un cuadro secular físico y psíquico (encefalopatía anóxica) o estado de mínima respuesta secundario a un TCE grave. Dicho trastorno es de carácter permanente, existiendo escasa posibilidad de recuperación de las habilidades perdidas. Como consecuencia de lo anterior, desde el punto de vista médico el actor no posee en la actualidad capacidad suficiente para atender las distintas facetas que conforman su autogobierno y las que afectan a la administración de su patrimonio. Examinada la actual regulación, se trata de determinar si existen otras medidas de apoyo para D. Francisco cuya discapacidad ha quedado acreditada y en este caso se da la circunstancia que D^a Rosa vienen ejerciendo como guardadora de hecho de su hermano de forma satisfactoria y beneficiosa para él. En el caso de autos no ha quedado acreditada la necesidad de constituir una curatela y que dicha curatela lo sea con funciones representativas ya que no se puede olvidar que cuando se necesite autorización para algún acto concreto de los previstos en el artículo 287 del Código Civil la guardadora de hecho pueda pedir autorización judicial en los términos del artículo 264 del Código Civil sin necesidad de que para ello se deba constituir curatela representativa. Por ello y dado que la medida de apoyo judicial que se insta (curatela con funciones representativas) no obedece al principio de necesidad no de proporcionalidad en el que se inspira la reforma operada por la Ley 8/2021 debe procederse al dictado de una sentencia desestimatoria de la demanda. Y ello sin perjuicio de que D^a Rosa, como guardadora de hecho de su hermano, deba seguir ejerciendo sui labora como guardadora de hecho yal

y como vienen haciendo (artículo 263) y sin perjuicio que en el caso que de forma excepcional necesite ejercer funciones representativas para los casos del artículo 287 del Código Civil inste el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria tal y como permite y regula el artículo 264 del Código Civil.

¹⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, 10 septiembre 2021 (Tol 8.660.564; Roj. SAP V 2021/3273; ECLI:ES:APV:2021:3273) se trata de una persona que padece un trastorno mental grave del espectro de la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos, que le produce un deterioro de las funciones (pensamiento, afectividad y capacidad ejecutiva) de las que depende la propia conciencia de enfermedad y que constituyen la base psicológica de su capacidad civil. Requiere apoyo externo que garantice la adecuada cumplimiento y adherencia terapéutica, dada su nula conciencia de enfermedad. Requiere de un apoyo psicosocial que atienda y resuelva su problemática atendiendo a sus deseos. Es recomendable adoptar medidas de protección jurídica en la toma de decisiones que afecten a su esfera patrimonial que supongan para sí o para terceros un riesgo para la garantía de su estabilidad económica futura (actos relacionados con la propiedad de bienes muebles e inmuebles, activos financieros de cierta importancia, compraventa, permuta, donaciones, hipotecas (...). valorados todos los elementos de prueba practicados en el proceso, la Sala opta, a la vista de la discapacidad que presenta la recurrente, por proporcionar a la persona demandada una medida de apoyo de consistente en la curatela, de acuerdo con el artículo 250 del Código Civil, pues la apelante precisa el apoyo de modo continuado. La curatela no tendrá carácter representativo. Asimismo, el objeto de esta medida de apoyo no comprenderá actuaciones de carácter patrimonial se nombra como curador al Instituto valenciano de Atención Social y Sanitaria, dado, además, que la recurrente carece de personas allegadas que puedan ejercer con garantías este cargo, como se desprende de sus propias manifestaciones hechas en la vista de apelación en la que dejó claro que no tiene familiares en España, ni mantiene contacto con los que viven en Colombia.

¹¹ Vid., la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 9, de Castellón de la Plana, 4 octubre 2021 (Tol 8.622.355; Roj. JPI 2021/1531; ECLI:ES:JPI:2021:1531) Leopoldo tiene 35 años de edad, ha realizado estudios universitarios de ingeniería industrial, es soltero, el mayor de 3 hermanos y actualmente convive con sus padres en Castellón. Sus dos hermanas viven de forma independiente, D. Leopoldo está diagnosticado de trastorno esquizoafectivo con patrón bipolar. La sintomatología de la enfermedad consiste en presentar vivencias expansivas que tienen una dimensión delirante de tipo megalómano, impregnan su forma de verse a sí mismo y entender el mundo, se siente con cualidades superiores, incapaz de percibir los aspectos negativo en el día a día. Que estas vivencias hacen que carezca de un sentido de realidad, no dándose cuenta de los aspectos negativos de algunas decisiones que toma, careciendo de conciencia de la realidad. Que ello ha desestabilizado su vida y truncado planes laborales, afectivos y vitales, presenta cambios en el estado de ánimo, pasando de estados expansivos en los que se enzarza en comprar o planes desajustados de vida, a otros extremos en los que entra en apatía, desánimo, pérdida de ilusión y tristeza, permaneciendo recluido en su domicilio. Actualmente tiene una pensión de incapacidad permanente de grado de absoluta para todo tipo de trabajo con una base reguladora de 1856,77 euros mensuales. Aunque Leopoldo tiene los apoyos de su familia, especialmente de sus adre que, son sus guardadores de hecho, y la prestan los apoyos que precisa en cada momento, apoyando en lo personal, control de medicación asistencia a visitas médicas, seguimiento de tratamiento médico y gestión de su dinero, de forma que no precisa curador para dichos actos del ejercicio de la capacidad jurídica, puesto que, dispone ya de guardador de hecho, también ha quedado acreditado que estos apoyos que realizan los padres como guardadores de hecho, en especial su padre que es quien se encarga de forma más persona, son insuficientes para todos los ámbitos de ejercicio de su capacidad jurídica, puesto que, debido a su patología, precisa de apoyos representativos, por lo que se estima procedente nombrar un curador representativo para ello y que recaiga en su padre D. Juan; asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, 20 octubre 2021 (Tol 8.747.620; Roj. SAP V 2021/3705;

ECLI:ES:APV:2021:3705) en el informe forense que se elaboró en el IML pone de manifiesto que el Sr. Ignacio está diagnosticado de esquizofrenia paranoide, con abuso de sustancias psicoactivas, cánnabis y ludopatía, presentando una disminución importante de sus facultades intelectuales, de su conducta adaptativa y de su capacidad de obrar y de entender, así como de su capacidad de independencia personal y social. Indica el informe que el informado carece de habilidades para la vida independiente en los aspectos relativos al auto cuidado, las actividades instrumentales cotidianas, las decisiones de contenido económico e incluso para otorgar poderes o manejar dinero de bolsillo. En cuanto a su salud, señala el informe que el Sr. Ignacio carece de habilidades para el manejo de medicamentos, seguimiento de pautas alimenticias, autocuidado y consentimiento para el tratamiento sin que conozca el objeto del procedimiento, ni sus consecuencias. En cuanto a su capacidad contractual, se determina que no conoce el alcance de préstamos, donaciones o cualquier otra disposición patrimonial. En el acto de la vista fue oído el Sr. Ignacio, actualmente está ingresado en el Centro Socio-sanitario Monduberbarx que, manifestó que quería que se le nombrase un curador, también declaró la madre del recurrente, y sus hermanos, Virginia y José Carlos, poniendo de manifiesto todos ellos la imposibilidad actual de convivencia con el recurrente, admitiendo no poder hacerse cargo de su hijo y hermano respectivamente, también manifestaron que Ignacio o es consciente de su enfermedad y que no puede gestionar su propio dinero. En atención a las circunstancias e nombra curador con funciones representativas, cargo que debe recaer en el IVASS en atención a las graves dificultades en las que se desarrolla la relación del Sr. Ignacio con su familia y que impiden que se puedan hacer cargo de su hijo y hermano respectivamente. Un caso de prodigalidad que deriva en nombramiento de curador representativo a cargo del IVASS, ya que la propia familia no puede hacerse cargo del mismo. Todo ellos, madres y hermanos habían puesto de manifiesto la imposibilidad actual de convivencia con el demandado y admitiendo no poderse hacer cargo del mismo.

¹² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 20 octubre 2021 (Tol 8.747.621; Roj. SAP V 2021/3743; ECLI:ES:APV:2021:3743) Felipe vive en casa de su madre de 84 años de edad, junto a ella. Su hermana mayor Regina acude diariamente a la vivienda, encargándose de hacer la comida, su limpieza y atención a su madre. Tiene reconocido Felipe una discapacidad del 72% posee el graduado escolar, y cobra dos pensiones, una de orfandad alrededor de 210 euros mensuales y otra por minusvalía de alrededor de 395 euros, que gestiona su madre. Las relaciones familiares son muy positivas, considerándose los tres muy unidos afectivamente. Si bien, la mala evolución de la enfermedad derivada del incumplimiento de su tratamiento anterior hace necesario administrarles neurolépticos por vía depot. Su madre, guardadora de hecho de su hijo, tiene una edad avanzada y se ha de nombrar una persona que vele por su cuidado y sus intereses, manifestando Felipe la preferencia que el preste apoyos su hermana mayor. Se nombra como curadora asistencial.

¹³ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021). “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *El Notario del Siglo XXI*, número 99, *septiembre-octubre*, p. 32 en la práctica como notario les obliga a investigar mediante consulta al Registro Civil e interrogatorio de interesados, si existen medidas de apoyo ya establecidas para el afectado por la guarda de hecho”. Por su parte, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). “Algunas aplicaciones notariales en la ley de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *El Notario del Siglo XXI*, número 99, *septiembre-octubre*, p. 21 le parece prudente que “el notario se reuniese a solas con la persona con discapacidad para que sin influencias le manifieste quien es su guardador, sin perjuicio de aportar medios de prueba; el notario deberá dejar constancia de ello”.

¹⁴ Como señalan LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021). “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *op. cit.*, p. 37 “el notario no debe realizar un juicio general sobre la actuación del guardador, sino que bastará, en línea con los principios generales que deben presidir todas las actuaciones de apoyo a las personas con discapacidad que no se aprecien abusos ni influencias indebidas”.

¹⁵ O, en el fondo, se le puede estar reconociendo como un apoderado de hecho.

¹⁶ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021). “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *op. cit.*, p. 33 como notarios se encuentran muchas veces en la práctica, precisamente que, “los apoderados designados han perdido sus facultades como, por ejemplo, cónyuges que se han apoderado recíprocamente y que ambos se encuentran en una situación de deterioro cognitivo que les impediría ser el apoyo del otro; o en los casos, frecuentes también, en que los padres han sido el apoyo de su hijo con discapacidad hasta su fallecimiento (normalmente a través del mecanismo de la patria potestad prorrogada) y, al fallecer ambos, son acogidos por un hermano, que no realiza ningún trámite adicional para su designación como tutor (tutor en la nomenclatura antigua)”.

¹⁷ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, de 28 de febrero de 2023 (JUR 22023,372765) se complementa la guarda de hecho con una curatela en el ámbito asistencia, pues la patología que padece D^a Paulina lleva la necesaria adopción judicial de esta medida para suplir su voluntad en cualquier tratamiento médico-quirúrgico en que sea preciso.

¹⁸ En esta línea, DONADO VARA, A. (2022). “Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familiar. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 33, sección A Fondo, primer trimestre, p. 7.

Por su parte, VELILLA ANTOLÍN, N. (2021). “Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del siglo XXI*, número 99, septiembre-octubre, p. 14 después de manifestar que la guarda de hecho quizá se convierta en la práctica en la medida de apoyo más solicitada por su sencillez y limitación finalista; no obstante, en una crítica al texto de la Ley destaca que, habrá de tenerse en cuenta el aumento de expedientes en los casos de actuación representativa del guardador de hecho que, de no venir acompañado de una mejor dotación de los juzgados con competencias en la materia, podrá, a su juicio, frustrar la utilizada para la que ha sido prevista la guarda de hecho por los retrasos que tal falta de previsión ocasionarán.

¹⁹ En esta línea, SANTOS URBANEJA, F. (2021). *Sistema de apoyo a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Madrid: Cuniep Editorial, p. 191 señala que “hay que dejar claro que en la guarda de hecho la habilitación para actuar proviene directamente de la ley, no de un documento o de una resolución judicial o administrativa previa”.

²⁰ PARRA LUCÁN, M^a. Á. (2013). “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”. En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid: Dykinson, p. 212.

²¹ LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, pp. 49-50.

²² SOLÉ RESINA, J. (2021). “Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho (1)”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 31, sección A Fondo, tercer trimestre, p. 2 si bien, con posterioridad concluye que “(...) en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica debería prescindirse de la institución y del término —que responde a una esencia obsoleta ligada a la protección de la persona y no a su apoyo— “guarda de hecho”. El apoyo que la Ley 8/2021 engloba bajo esta nomenclatura es un apoyo no formalizado y cabe en esta tipología más amplia, dentro de la cual no presenta características propias ni necesidad de una específica regulación. De este modo, la guarda de hecho quedaría circunscrita al ámbito de protección de la persona menor de edad” (p. 9). Aunque en el fondo la posición de la autora descansa sobre el hecho que, las medidas de apoyo no pueden imponerse, ni constituirse sin la voluntad de la persona que, ha de recibir apoyo, precisamente, esa voluntariedad y los artículos 250 y 255 del Código Civil posibilitan la constitución de medidas de apoyo, formales o informales o judiciales. Lo que no resulta incompatible con el hecho que resulta necesario una regulación y espacio de actuación concreto para la guarda de hecho, como resulta de la regulación actual, sin perjuicio de concretar otras medidas de apoyo tan informales como la guarda de hecho que, la propia persona voluntariamente establezca y solicite, como propone la autora y que se les dé su protagonismo.

Por lo que, a nuestro entender, la guarda de hecho —de derecho— tiene un espacio necesario en la protección de menores y en el apoyo a personas mayores o personas con discapacidad.

²³ En esta línea, DÍAZ PARDO, G. (2022). “Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio”. En: M. Pereña Vicente, M.M. Heras Hernández (dirs.) y M. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: tirant lo blanch, p. 312; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. “Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1)”, *op. cit.*, p. 528.

²⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 24 de septiembre de 2021 (JUR 2021,365603) teniendo en cuenta la afectación intelectual y volitiva que produce la enfermedad, su carácter crónico o progresivo, se estima como medida de apoyo más adecuada para Doña Lucía la de la curatela y se estima como persona más idónea para el ejercicio del cargo, su hijo Casimiro que ha manifestado su voluntad de asumir tal función; y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 22 de diciembre de 2021 (JUR 2023,223234) se ha practicado la declaración de los padres del Sr. Victoriano que siendo conscientes de la patología que sufre su hijo y sufriendo varios años la situación se ven incapaces de poder ayudarle en su tratamiento médico, por ello se debe nombrar como curador para la asistencia en el tratamiento médico al Instituto Valenciano de Asistencia Socio-Sanitaria (IVASS).

²⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1ª, de 9 de noviembre de 2022 (Roj. SAP LU 905/2022) comprende la guardadora de hecho los actos de administración y gestión patrimonial ordinarios.

²⁶ VALLS I XUFRE, J.M. (2022). “El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos”. En: M. Pereña Vicente y M. del M. Heras Hernández (dirs.) y M. Nuñez Nuñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 102-103 destaca en esta reforma “la mayor participación del notario en el proceso de formación de la voluntad de la personas con discapacidad, ya que se le pide que actúe como un verdadero apoyo en la formación del consentimiento” y, asimismo, hace referencia a los términos en que se expresa la Relatora especial de Naciones Unidas Catalina DEVANDAS-AGUILAR en el Informe sobre la aplicación de la Convención presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2017 cuando declara “los notarios en el ejercicio de sus funciones, evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica. Conforme a las Observaciones Generales elaboradas por el Comité de seguimiento de la Convención, en relación con la interpretación del artículo 12, esa capacidad se refiere a la capacidad mental, es decir, a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y pueden ser diferentes para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales o sociales. En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits, la capacidad mental ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica de la que todos gozamos en igualdad de condiciones con los demás”.

Por su parte, para LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). “Algunas aplicaciones notariales en la Ley de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *El Notario del siglo XXI, número 99, septiembre-octubre*, p. 19 “lo esencial es la apreciación por el notario si el compareciente libre y voluntariamente puede ejercitar en ese momento y para ese otorgamiento concreto su capacidad jurídica”.

²⁷ ÁLVAREZ LATA, N. (2021). “Comentario al artículo 263 del Código Civil”. En: R. Bercoitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, p. 494.

²⁸ Ciertamente, como indica ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2021). “Voluntad y consentimiento informado en la ley para el apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del siglo XXI, número 100, noviembre-diciembre*, pp. 77-78 “la evaluación de la capacidad no es un juicio posterior a la formación del consentimiento, sino que es inseparable de este

proceso que incluye la prestación de apoyos (por el notario y en su caso por terceros). Ambas actuaciones se desarrollan simultáneamente, pues los apoyos se irán prestando o requiriendo a medida que el notario va detectando determinados fallos de comprensión o comunicación. Es decir que, cuando no se cumple, por ejemplo, el requisito de la comprensión o expresión, la solución no es denegar la actuación sino solicitar otros apoyos, y solo si no se pueden prestar o no resultan suficientes se denegaría la actuación y se remitiría a una actuación representativa”.

²⁹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 5 de septiembre de 2022 (Roj. SAP 2126/2022; ECLI:ES:APCA:2022:2126) indica que “las posibles actuaciones en las que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo, pueden concretarse en otros numerosos contextos, como señala el Ministerio Fiscal: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a bancos, etc.”.

³⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 27 de mayo de 2022 (Roj. SAP CA 929/2022; ECLI:ES:APCA:2022:929) si el interés familiar es la venta del domicilio de la guardada para atender a los pagos del centro residencial en el que se encuentra, no resulta necesario la constitución de una curatela representativa, ni de ninguna otra medida judicial, ya que el artículo 287 del Código Civil en relación con el artículo 264 segundo párrafo habilita al guardador de hecho para solicitar autorización judicial, pudiendo acudir al procedimiento previsto en el artículo 61 y siguientes de la LJV.

³¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, secc. 1ª, de 17 de enero de 2023 (Roj. SAP VI 32/2023; ECLI:ES:APVI:2023:32) no procede acordar una curatela a favor de Dª Flora, por cuanto está desempeñándose una guarda de hecho por su hijo; si bien parece oportuno realizar una declaración judicial sobre el carácter de guardadora de Dª Flora, aunque sea a los meros efectos de acreditar esa condición frente a terceros, y ante la problemática diaria que puede encontrarse Dª Flora deben establecerse medidas de apoyo representativas que completen la guarda de hecho, especialmente en los siguientes casos: 1. En la obtención y renovación del DNI/pasaporte y obtención de un certificado digital electrónico en la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a fin de poder realizar gestiones telemáticas en las que sea precisa la utilización de tal medio de identificación y firma; 2. En la toma de decisiones de contenido económico, educativo, así como gestión, administración y disposición ante la entidad bancaria en la que D. Cipriano (guardado) tiene abierta una cuenta corriente; 3. En las solicitudes de actos médicos, toma de decisiones y en su caso suscripción del consentimiento informado para la realización de intervenciones médicas; y 4. En cualquier acto ante la Administración y Tribunales y, en general, en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de D. Cipriano ante la Administración y Tribunales. En fin, cualquier otra necesidad de apoyo representativo puntual que pudiera surgir en el futuro deberá ser solicitada por el cauce de expediente de jurisdicción voluntaria.

³² Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 10 de noviembre de 2022 (JUR 2022,379242); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 17 de diciembre de 2022 (Roj. SAP CA 2419/2022; ECLI:ES:APCA:2022:2419).

³³ Vid., en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, secc. 2ª, de 23 de septiembre de 2021 (Roj. SAP S 1083/2021; ECLI:ES:APS:2021:1083). En contra, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, secc.5ª, de 15 de mayo de 2023 (Roj. AAP GR 595/2023; ECLI:ES:APGR: 2023:595ª) restringe la necesidad de autorización judicial del artículo 287 del Código Civil a la guarda de hecho con funciones representativas.

³⁴ BOE, número 48, de 23 de febrero de 2024, pp. 22187 a 22203.

³⁵ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021) “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *op. cit.*, p. 37.

³⁶ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). “Comentario al artículo 238 del Código Civil”. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, p. 465.

En el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Córdoba, de 15 de septiembre de 2022 se autorizó a la guardadora de hecho para vender directamente la cuota de un inmueble de la madre, porque no podía pagar la residencia donde vivía con el importe de las pensiones que cobraba. Asimismo, se acordó que, la hija debía acreditar que el importe de la venta se había “destinado a las finalidades expuestas en la demanda (ingreso en una cuenta bancaria de la persona con discapacidad para atender los gastos de ésta)”.

³⁷ En esta línea, LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021). “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *op. cit.*, p. 37.

³⁸ Por la nulidad de pleno derecho opta LECINERA IBARRA, A. (2021). “Comentario al artículo 264 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 666

³⁹ Roj. STS 56/2018; ECLI:ES:TS:2018:56.

⁴⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2022). “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *op. cit.*, pp. 89 hace referencia a la Consulta de INSS de 30 de noviembre de 2021, en relación a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad en la que se declara que “el guardador de hecho puede solicitar la prestación económica de Seguridad Social en favor de la persona con discapacidad, sin requerirse para ello autorización judicial, ingresándose la pensión en la cuenta bancaria de la persona con discapacidad”, añadiendo, asimismo, que “la condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante el libro de familia (que acredite en su caso, la relación de parentesco que mantiene el guardador y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición”.

En todo caso, el SAAD (Sistema para la Autonomía y atención a la dependencia) en la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema, en la declaración del guardador de hecho debe manifestar bajo su responsabilidad: 1. Que tienen bajo su guarda y cuidado a la persona anteriormente citada por razones que a continuación se expresan; 2. Que la persona tiene los siguientes familiares; 3. Que se compromete, supuesto que prospere la solicitud que tienen formulada a favor del interesado, a destinar las prestaciones que le pudieran reconocer a este a la atención y cuidado del mismo; 4. Que pondrá en conocimiento de la Dirección Territorial del Inmerso de forma inmediata cualquier cambio que, en relación con la custodia de la persona, puede acaecer en el futuro.

En la declaración de guardador de hecho en relación con las ayudas para el fomento de la autonomía personal y promoción de la accesibilidad a personas con discapacidad en situación de dificultad o vulnerabilidad social, de la Dirección General de Atención a Personas con discapacidad de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, el guardador de hecho ha de declarar bajo su responsabilidad: 1. Que tiene bajo su guarda y cuidado a la persona anteriormente citada por las razones que a continuación se expresan; 2. Que a juicio de dicha persona no tiene capacidad de autogobierno —no muy adecuado a la actual regulación); 3. Que el/la presunto/a incapaz tiene los siguientes familiares; 4. Que se compromete, supuesto que prospere la solicitud que tiene formulada a favor del/de la interesado/a, a administrar las prestaciones que se le pudieran reconocer a éste y a destinarlas a la atención y cuidado del mismo; 5. Que se pondrán en conocimiento de la Dirección general de Atención a personas con Discapacidad de forma inmediata cualquier cambio que en relación a la custodia pueda acaecer en el futuro, asumiendo las resultas que puedan devenir por efecto de la resolución judicial sobre la declaración de incapacidad. Ciertamente hay que adaptar la redacción de los textos de ambas Administraciones, tanto estatal como autonómica.

⁴¹ LECINERA IBARRA, A. (2021). “Comentario al artículo 264 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 667.

⁴² ORTIZ TEJONERO, M. (2022). “La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021”, *op. cit.*, p. 2 hace, precisamente referencia a esas situaciones diversas e incoherente que se pueden dar. Así pone el ejemplo clásico “de un hijo guardador de hecho de un anciano con deterioro cognitivo que, extrae 50 euros de la cuenta corriente de su padre, en la que éste

en su momento le autorizó, para comprarle objetos de uso ordinario, o paga con la tarjeta del padre en el supermercado donde le ha hecho la compra, o le pide cita y le acompaña al neurólogo”. Hasta aquí estamos ante actos de la vida cotidiana que revisten escasa relevancia y forma parte de la trayectoria vital del padre y, por tanto, amparados en el ejercicio de la guarda de hecho. Ahora bien, señala la autora que la cosa varía cuando “ese mismo hijo, en interés de su padre pretende contratar un fondo de inversión con la mitad del saldo en cuenta corriente de su padre, aun siendo un fondo de bajo riesgo y, por tanto, una operación aparentemente beneficiosa, pues, podría encontrarse con la negativa del banco que, aun reconociéndole la cualidad de guardador de hecho, el negocio jurídico no es de escasa relevancia para la citada entidad”.

⁴³ Para DONADO VARA, A. (2022). “Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familiar. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad”, *op. cit.*, pp. 7-8 la idea sobre la que descansa que los actos sean de escasa relevancia económica, además de carecer de especial significado personal o familiar es “no comprometer el patrimonio de la persona con discapacidad, si se tratara de un bien de relevancia económica, ni tenga especial significado para él o su familia, ya que de no ser así con estos actos se podría escapar del control judicial y peligraría el patrimonio de la persona con discapacidad o su familia”.

⁴⁴ ORTIZ TEJONERO, M. (2022). “La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021”, *Diario La Ley, número 10053, sección Tribunal, de 21 de abril*, p. 3 pone como ejemplo que “el guardador de hecho quiera vender un inmueble del discapaz que éste no utiliza y dado que tiene que recabar autorización judicial a tal fin como lo tendría que hacer un curador, aprovecha además de la autorización de venta, para pedir autorización para invertir una parte del importe obtenido en un fondo de inversión, o bien autorizando para comprar para el discapaz, con el precio obtenido, otro inmueble que éste sí vaya a disfrutar”.

⁴⁵ En esta línea, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, op. cit.*, p. 160.

⁴⁶ En relación con la vacuna contra el Covid-19, por un lado, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 17, Sevilla, de 15 de enero de 2021 (Roj. JPI 2021/18; ECLI:ES:JPI:2021:18 A) autoriza al servicio médico-sanitario de una residencia de mayores a suministrar a una de sus usuarias —una mujer de 86 años— la vacuna contra el Covid-19, pese a la negativa de su hijo para que se procediese a la inoculación de dicha vacuna a su madre. Para el juez los argumentos esgrimidos por el hijo son comprensibles y legítimos, pero considera que los mismos deben decaer frente al carácter seguro de la vacuna del Covid-19, que cuenta con la aprobación de la Agencia Europea del Medicamento. Además, señala que, en todo caso, es mayor y más grave el riesgo de contraer la infección por coronavirus, que la de padecer algún efecto secundario grave. Asimismo, descarta que la vacuna este contraindicada en este caso al no presentar la residente alergia al principio activo de la misma o a alguno de su componente— en definitiva, concluye que, no constando ninguna contraindicación médica, el Juzgado estima la solicitud formulada por ser una medida médico-sanitaria necesaria por tanto, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la vacunación de la señora es la única alternativa eficaz para la adecuada protección de su vida frente al riesgo real de desarrollar una enfermedad grave por Covid-19. Por otro, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 16, Granada, de 4 de febrero de 2021 autoriza al servicio médico-sanitario de una residencia de mayores a suministrar la vacuna Covid-19 a uno de sus residentes, de 81 años de edad, aunque este ya haya pasado la enfermedad. Para el titular del Juzgado no existen razones atendibles para esta negativa del hijo a prestar su consentimiento a la vacuna del Covid-19, pues el derecho a la salud debe prevalecer sobre la opinión contraria del familiar de referencia. Aunque puede ser comprensible la postura del hijo desde un punto de vista humano, el Auto destaca que, si bien, el padre ha pasado la enfermedad del coronavirus y presenta anticuerpos al virus, en el estado actual de la ciencia no es posible determinar con precisión el tiempo de inmunidad al virus tras sufrir la enfermedad, evidenciándose que este es altamente variable en atención a las características personales del paciente y habiéndose

descrito casos en los que se ha producido nuevo contagio o reinfección. Por tanto, y dado que el riesgo no ha desaparecido, el Juez estima que, en las actuales circunstancias, el riesgo de no vacunarse es mucho mayor que el de hacerlo, lo que supone que, el mayor beneficio es la vacunación y que sería contrario a la salud del paciente no hacerlo en tanto se incrementaría el riesgo de volver a contraer la enfermedad. Asimismo, vid., el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 17, de Sevilla 47/2021, de 5 de enero de 2021 autoriza judicialmente para vacunar contra el Covid-19 a una mujer de 86 años que vive en una residencia de ancianos tras negarse su hijo, guardador de hecho, a que la vacunasen. La mujer, por las enfermedades que padece, no tiene capacidad para dar un consentimiento informado válido, ni entender que es lo más beneficioso para su salud. El hijo alega que prefiere esperar antes que vacune a su madre, ya que aún no se ha podido determinar la existencia de efectos adversos. Estos argumentos, aunque son comprensibles, decaen frente al carácter seguro de la vacuna Covid-19, que cuenta con la aprobación de la Agencia Europea del medicamento, además, la vacunación se presenta como la única alternativa eficaz para la adecuada protección de la vida de la madre frente al riesgo de desarrollar una enfermedad grave por Covid 19; la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Aoiz/Agoitz, de 9 abril de 2021 (Roj. SJPII 716/2021; ECLI:ES:JPII:2021:716); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1ª, de 18 de junio de 2021 (Roj. SAP SA 503/2021; ECLI:ES:APSA:2021:503).

⁴⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 5 de septiembre de 2022 (Roj. SAP CA 2126/2022; ECLI:ES:APCA:2022:2126); y, de 14 de octubre de 2022 (Roj. SAP CA 2360/2022; ECLI:ES:APCA 2022:2360).

⁴⁸ Por su parte, el artículo 66 de la LJV dispone que “el juez podrá adoptar las medidas necesarias para asegurar que la cantidad obtenida por el acto de enajenación o gravamen, así como la realización del negocio o contrato autorizado se aplique a la finalidad en atención a la que se hubiera concedido la autorización”.

De ahí que, en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022 se afirme que “cuando se conceda una autorización al guardador de hecho para que actúe en representación de la persona con discapacidad, también sería conveniente establecer salvaguardas para comprobar la correcta realización del acto y su destino en interés de la persona con discapacidad”.

⁴⁹ La exigencia de salvaguardas es un trasunto del artículo 12.4 de la Convención de la ONU.

⁵⁰ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *op. cit.*, p. 37 critican la excesiva judicialización de la guarda de hecho “debiendo haber permitido acreditar un título habitante para actuaciones representativa a través de acta notarial, dejando solo al ámbito judicial la necesidad de autorización judicial para los actos y negocios jurídicos del artículo 287 consentidos en representación del guardado”. Al respecto, la imponen como norma y con carácter anual, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Tafalla, de 3 de febrero de 2022 (LA LEY 73688/2022).

En todo caso, parece que procede exigir la citada rendición de cuentas cuando exista cierto patrimonio propiedad de la persona con discapacidad y, se tengan ciertos indicios o sospechas de administración inadecuada.

⁵¹ Para LECIÑERA IBARRA, A. “Comentario al artículo 266 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 674 los daños que entrarían dentro de la cobertura del artículo 266 del Código Civil “serían tanto los causados por el propio guardado al guardador, en un escenario propio de responsabilidad civil, como también los daños que un tercero hubiera podido causar a este mientras prestaba el apoyo”. Por su parte, manifiesta ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. “Comentario al artículo 238 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 471 que con esta reforma “se viene a corregir un agravio comparativo que se producía en relación con otras instituciones de guarda que tienen derecho de reintegro de los gastos ocasionados en el ejercicio de su cargo por su condición

de representantes legales, pues, el guardador de hecho no disponía de ningún título que se legitimase para solicitar el reintegro de los gastos”.

⁵² En esta línea, de la posible remuneración por el ejercicio del cargo, buscando para ello la aplicación analógica de la normativa de la curatela, DÍAZ PARDO, G. (2022). “Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *op. cit.*, p. 335; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). “Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1)”, *op. cit.*, p. 547 argumentando con ello se motiva una actuación más diligente si cabe por parte del guardador.

⁵³ Al respecto VALLS i XUFRE, J. (2022). “El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos”, *op. cit.*, pp. 92-93 precisa que “este acto de ningún modo puede servir como nombramiento “oficial” de guardador de hecho ni atribuir competencia y mucho menos representativa respecto de la persona asistida. La guarda de hecho, como apoyo a la discapacidad, es una situación fáctica que debe ser apreciada en cada situación concreta”. De ahí que, aconseje que “el notario haga constar que autoriza el acta de notoriedad, a los solos efectos de acreditar la legitimación procesal necesaria para solicitar la autorización judicial que necesita el guardador, para ejecutar alguno de los actos para los que el Código Civil la exige para el curador”. También, LÓPEZ SAN LUIS, R. (2022). *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 98.

Por su parte, LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021). “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *op. cit.*, p. 37 que el título habilitante que puede representar el acta de notoriedad tendría sentido para las actuaciones representativas que no requieren autorización judicial.

⁵⁴ La Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo del Consejo General del Notariado, sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho (Ley 8/2021) señala al respecto que “el acta de notoriedad no es, pues, un título de legitimación, la actuación del guardador se legitima por su ejercicio, demostrada la preexistencia de la guarda de hecho. En efecto, el acta constata la existencia de la guarda de hecho en un momento dado (tenencia), pero su subsistencia en el tiempo (posesión) es una presunción legal que se activa cada vez que se ejercita”.

⁵⁵ Vid., también la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3ª, de 17 de julio de 2022 (Roj. SAP C 1903/2022; ECLI:ES:APC:2022:1903) manifiesta que “lo que más resalta la reforma es la regularización de la guarda de hecho como un medio de provisión de apoyos. Figura que difiere radicalmente del concepto que definía antes del Código Civil. Se ha nombrado ahora como una medida de apoyo, de origen legal, estables y con vocación de permanencia, ya que las medidas judiciales tienen carácter subsidiario; de manera que, sólo en defecto de guarda de hecho habrá de acudir al correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de apoyos. Se ha querido reflejar la realidad social, donde habitualmente es la familia quien presta ese primer apoyo, como guardadores de hecho, y el legislador quiere mantener esa guarda de hecho, hasta el punto de prever que “quien viera ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de na persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función, incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente”. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 5 de julio de 2024 (Roj. SAP M 10202:2024; ECLI:ES:SAPM:2024:10202) pone de manifiesto que, la Sala es consciente, que esta petición de medidas judiciales, a pesar de existir guardas de hecho, viene motivada en gran medida por los obstáculos que las Administraciones, Sanidad y entidades financieras (bancos, seguros) están poniendo a los guardadores de hechos, para ejercer los apoyos, sobre la base de que no pueden acreditar su condición de guardador de hecho. Obstáculo, que considero se puede superar por dos vías: i.- Que la resolución judicial que deniega el apoyo judicial solicitado, al entender que existe un apoyo suficiente, en forma de guarda de hecho, use en el Fallo o PARTE DSIPOSITIA, fórmulas como la siguiente: “NO PROCEDE FIJAR MEDIDA DE APOYO JUDICIAL, AL EXISITIR UNA GUARDA DE HECHO SUFICIENTE Y EFI-

CIENTE, QUE EJERCE D/Dª..., CON DNI... Sirviendo testimonio de esta resolución ante la Administraciones y entidades privadas, como título suficiente para acreditar su condiciones de guardador de hecho.” ii.- Acudir al expediente de Jurisdicción Voluntaria, previsto en el CAPÍTULO XI. DE LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA RELATIVOS A DECLARACIONES JUDICIALES SOBRE HECHOS PASADOS; para acreditar la condición de D/Dª como guardador de hecho de X. En todo caso, indica que, en la ley de Autonomía del Paciente ya está regulado y previsto el consentimiento por representación para determinas actuaciones medidas, que hacen innecesario fijar apoyos en esas cuestiones. Sin perjuicio, que para seguir y cumplir los tratamientos médicos y farmacológicos que se le pauten a la persona con discapacidad, sin sea necesario fijar algún apoyo. Y por ello, entiende el Tribunal que, en el ámbito sanitario, existiendo parientes próximos o una guarda de hecho, no es tan necesario fijar medidas de apoyo judicial, pues el consentimiento vía representación está regulado y previsto en 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, tal y como sea precia en sus arts. 5 y 9.

⁵⁶ SANTOS URBANEJA, F. (2021). *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, op. cit., p. 191. Asimismo, en el Anexo II del Libro establece una serie de modelos de peticiones a la administración sanitaria, a la Administración en general, solicitudes a las fuerzas de seguridad, peticiones a los bancos (pp. 367 a 382).

⁵⁷ Vid., las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores celebradas en Madrid, los días 27 y 28 de septiembre de 2021, pp. 8-9.

⁵⁸ SEGARRACRESPO, Mª.J. (2023). “Una iniciativa de responsabilidad social del sector bancario: facilitar el desarrollo de la guarda de hecho como figura de apoyo natural”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 111, septiembre-octubre, p. 10.

⁵⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2022). “Prueba de la guarda de hecho”, *Tribuna del Idibe*, pp. 6 y 7 (www.Idibe.org).

⁶⁰ ORTIZ TEJONERO, M. (2022). “La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021”, op. cit., p. 3 a esta diversa documentación que permite acreditar la cualidad de guardador de hecho y ayudar a éste a identificarse como tal frente a terceros y ante las autoridades administrativas o judiciales, destaca otra posible que se puede aportar así “el certificado de la entidad bancaria acreditativo de estar autorizado en la cuenta corriente del discapaz, el certificado de administrador de la comunidad de propietarios e un inmueble del discapaz acreditativo de que es la persona de contacto para cualquier incidencia, certificados médicos donde se haga constar que el paciente acude a las visitas acompañado por un guardador; o, por supuesto, un informe social de los servicios sociales que así lo refleje, o incluso, un Decreto de Archivo de Diligencia Preprocesales de Fiscalía que acuerda no interponer demanda de provisión judicial de apoyos por existir guardador de hecho eficaz”. Decretos éstos que, como precisa la autora “presentan la ventaja de estar motivados y en los que se ha investigado la existencia del guardador, su eficaz gestión, y se consigna su identidad”.

⁶¹ También el archivo al no acreditarse la necesidad de medidas de apoyo.

Al respecto, manifestar que, en todo caso, el art. 757 LEC respecto a la legitimación e intervención procesal, después de indicar que, el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano; señala que, el Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas con anterioridad no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa; o añadimos que no los necesitase (la cursiva es nuestra).

⁶² Todo ello, sin perjuicio que, el juez le informe acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria.

⁶³ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021). “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *op. cit.*, p. 37 precisan que, en el acta de notoriedad notarial “al menos, debe comparecer e guardador de hecho y la persona con discapacidad, aportando pruebas de la situación de guarda”. También estiman que “debería aportarse certificación del registro civil acreditativa que no existen medidas de apoyo; o si existieran, que no se están desempeñando eficazmente”.

⁶⁴ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). “Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1)”, *op. cit.*, p. 546.

⁶⁵ RJ 2023,2350.

⁶⁶ RJ 2023,5929.

⁶⁷ RJ 2023,5967.

⁶⁸ Roj. SAP H 742/2022.

⁶⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 13 de enero de 2022 (Roj SAP CA 2359/2022; ECLI:ES:APCA:2022:2359) en este caso resulta suficientemente acreditado que cuenta con apoyo suficiente a través de la guarda de hecho ejercida por sus padres; de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, secc. 3ª, de 9 de febrero de 2022 (Roj SAP GC 653/2022; ECLI:ES:APGC:2022:653); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 5 de septiembre de 2022 (Roj. SAP CA 2152/2022; ECLI:ES:APCA:2022:2152); de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1ª, de 10 de julio de 2023 (Roj. SAP LU 585/2023; ECLI:ES:APLU:2023:585); y, de la Audiencia Provincial de Pamplona, secc. 3ª, de 18 de septiembre de 2023 (Roj SAP NA 995/2023; ECLI:ES:APNA:2023:995); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 14 de septiembre de 2023 (JUR 2024,28686).

⁷⁰ Vid., en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 23 de marzo de 2023 (Roj. SAP CA 556/2023; ECLI:ES:APCA:2023:556).

⁷¹ En similares términos, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 16 de septiembre de 2022 (JUR 2023,302675) dispone que “nos parece necesario y lógico, que si se está denegando la medida de apoyo judicial solicitada —curatela— en la medida que se está reconociendo la existencia de una medida de apoyo informal —guarda de hecho— se indique quien la desempeña. Si no existiera guardador de hecho, con el grave problema cognitivo de la discapaz, la curatela sería la medida necesaria y su identidad, aún sin funciones representativas, se vería expresado en la resolución sin el menor problema. En definitiva, pese a denegarse la medida de apoyo solicitada cabe quedar expresado el hecho de que se está ostentando la figura del guardador de hecho esta ejercida por D. Cristóbal, como medida de apoyo a su madre Dª Beatriz (sin perjuicio de la guarda de hecho que también puedan realizar el esposo y los otros hijos, como al parecer de facto ocurre). Los actos que puede realizar son los que dispone el artículo 264 del CC y la ley no permite ir más allá a pesar de las razonables consideraciones del apelante.

⁷² Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 10 de febrero de 2022 (Roj SAP V 386/2022) habida cuenta de la necesidad de ayuda continuada, la medida idónea es la curatela y en cuanto que la demandada puede expresarse su voluntad, deseos y preferencias será no representativa; de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1ª, de 2 de mayo de 2022 (JUR 2022,249706) necesita apoyo de modo continuado; de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, de 15 de julio de 2022 (Roj. SPA H 573/2022; ECLI:ES:APH:2022:573); de la Audiencia Provincial de Pamplona, secc. 3ª, de 9 de enero de 2023 (Roj. SAP NA 539/2023; ECLI:ES:APNA:2023:539) demencia grave y progresiva; los Autos de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 20 de enero de 2023 (JUR 2023,325032) Dª Milagros no puede mantener habilidad ninguna de la vida diaria, siendo incapaz de vestirse, asearse, comer y desplazarse por sí misma, precisando de supervisión completa y constante, desconoce su situación económica, no tiene capacidad para tomar decisiones de contenido económico, ni capacidad para contratar o para otorgar conscientemente poderes a favor de terceros, así como de manejar dinero en cantidades de bolsillo. Tampoco tienen habilidades sobre su salud, no siendo consciente de la patología que le afecta, no puede manejar los medicamentos que toma,

seguir pautas alimenticias ni de autocuidado o para consentir un tratamiento de cualquier índole, desconociendo el objeto del presente procedimiento y su alcance. Sus actuales facultades, de forma indefectible, se irán gravando progresivamente, siéndole imprescindible la ayuda de una tercera persona para realizar prácticamente todas las actividades básicas personales de su vida diaria, como deambulaci3n, aseo, cuidado personal, pautas alimenticias o mantenimiento de su salud, cuanto m3s actuaciones m3s complejas que precisen de una m3nima interacci3n social, desconociendo en la pr3ctica el 3mbito econ3mico, sin que disponga de habilidades para expresar su voluntad de forma libre de influencias indebidas. A la vista de todo ello, ha de confirmarse el auto de instancia, que establece la curatela representativa y las medidas de apoyo anejas a ella, y entender que a todas las luces resulta insuficiente mantener la guarda de hecho para lograr el pleno desarrollo de su personalidad y desenvolvimiento jur3dico en condiciones de igualdad; y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 2 de marzo de 2023 (JUR 2023,378781) la enfermedad que padece D. Carla es una demencia avanzada de tipo Alzheimer que la inhabilita para cualquier actividad de la vida diaria como reconoce el propio Fiscal en el recurso, estando actualmente ingresada incluso en una residencia. A la vista de todo ello, ha de confirmarse la curatela representativa sin que sea posible otra soluci3n jur3dica m3s adecuada a la vista de las expresadas circunstancias personales de Dª Carla y sin que, en contra de lo solicitado por la parte apelante, sea suficiente para lograr el desarrollo pleno de la responsabilidad de aquel y su desenvolvimiento jur3dico en condiciones de igualdad el simple mantenimiento de la guarda de hecho a todas las luces insuficiente; y, las sentencias de la Audiencia Provincial A Coruªa, secc. 5ª, de 2 de mayo de 2023 (Roj. SAP C 1075/2023; ECLI:ES:APC:2023:1075) Dª Mar3a Purificaci3n pr3xima a cumplir 66 aªos, est3 diagnosticada, adem3s de equizofrenia residual, de hipotiroidismo, diabetes, obesidad, indic3ndose en el informe forense los apoyos que precisa con relaci3n a las habilidades sobre la salud y los apoyos que precisa con relaci3n a las habilidades econ3mico-jur3dico-administrativo y contractuales exigen el nombramiento de un curador; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 11 de mayo de 2023 (JUR 2023,352319) adem3s de presentar un deterioro cognitivo grave y carec3a de aptitudes adecuadas para el autogobierno de su persona y bienes, a lo que hay que aªadir que tampoco exist3a una situaci3n de guarda de hecho adecuada y eficazmente ejercida por su marido; de la misma Audiencia y secci3n, de 5 de octubre de 2023 (JUR 2024,12649) la demandada padece alzh3imer, depresi3n neur3tica, trastorno bipolar con deterioro cognitivo moderado de car3cter permanente e irreversible, trat3ndose de una patolog3a cr3nica de la que no cabe esperar curaci3n y que provoca que la demandada no pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias de manera libre, teniendo su capacidad anulada, requiriendo de un apoyo extenso y permanente en relaci3n a las habilidades de la vida independiente, econ3mico-jur3dico administrativo y sobre la salud, precisando de la designaci3n de un curador con funciones representativas. Se designa para este cargo a su hija; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 27 de octubre de 2023 (JUR 2024,17301) deterioro cognitivo grave que exige la figura del curador que vigile que la afectada est3 recibiendo la debida asistencia para su persona como para su patrimonio y econom3a Nombramiento de curadora a entidad p3blica, ya que el hijo de la afectada no se ocupa lo suficiente de su madre.

Sin embargo, se estamos ante un retraso mental moderado una guarda de hecho supone un apoyo suficiente y adecuado desde el punto de vista asistencial y desde el punto de vista representativo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 9 de mayo de 2023 (JUR 2023,290607).

⁷³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 19 de enero de 2022 (LA LEY 25526/2022) se estableci3 una curatela respecto de la persona que sufr3a alzh3imer agudo; nombr3ndose como curador a su marido de 86 aªos, a pesar de venir ejerciendo 3ste la guarda de hecho correctamente; de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 27 de junio de 2022 (LA LEY 196751/2022) consider3 pertinente mantener una curatela con facultad de representaci3n en apoyo de una persona con alzh3imer; a pesar de existir una guardadora de hecho (hija) que se la nombra ahora curadora; de la Audiencia Provincial de

Pamplona, secc. 3ª, de 6 de febrero de 2023 (Roj. SAP NA 342/2023; ECLI:ES:APNA:2023:342) la designación de curador debe recaer en el hijo de la demandante, habida cuenta del consenso familiar existente al respecto y no exonera de la previsión legal contemplada en el artículo 287 del Código Civil, requiriéndose autorización judicial para los actos comprendidos en el mismo, tal y como prevé el artículo 264 del Código Civil. los actos en los que el curador debe prestar el apoyo se han de extender en este caso a la asistencia a la discapaz en los actos ordinarios de la vida y al ejercicio de su capacidad jurídica con respecto a la voluntad, deseos y preferencias, si hubieran sido manifestadas y también a la administración de sus bienes, con la obligación de inventario en los términos recogidos en el artículo 285 del CC y rendición anual de cuentas. En cuando a los actos donde debe el curador ejercer la representación se concretan en aquellos actos de disposición imprescindibles de numerario en cuentas bancarias para atender las necesidades de la discapaz, la contratación de suministros y servicios para el hogar familiar y los relacionados con su salud, el transporte y el ocio. En los autos de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 5 y 12 de julio de 2024 (Roj AAP A 434/2024; ECLI:ES:APA:3034:434 A; y, Roj. AAP A 413/2024; ECLI:ES:APA:2024:413A) en el primer caso, señala que, no se discute que tiene y ha tenido apoyo familiar de hecho por parte de su hermano y de su sobrina que vienen ejerciendo la guarda de hecho, y que velan por sus intereses, y no se aprecia problemática familiar ni en cuanto a su asistencia ni de índole económica. Manifestando en la entrevista que quería estar asistido por su sobrina Josefa. Por consiguiente, esta Sala, considerando que el enfoque o voluntad informalista de la vigente redacción del artículo 264 párrafo tercero del Código Civil entra inevitablemente en conflicto con el formalismo y las exigencias de seguridad jurídica, entiende que es necesario el nombramiento de un curador con funciones representativas, recayendo el cargo en la persona de su Josefa de conformidad con lo dispuesto en los arts. 275 y 276 del CC, quien como se ha dicho, ha venido ocupándose directamente de la atención de sus necesidades, concurriendo en él todos los requisitos precisos para su correcto ejercicio. Deberá ejercer el cargo conforme a lo dispuesto en el art. 282 y siguientes del CC, y especialmente la necesidad de obtener la pertinente autorización judicial en los casos en que así se determine legalmente (art. 287 CC). Señalándose que al atribuirle facultades representativas está obligado a hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo (art. 285 CC). Así como la obligación de rendir cuentas anualmente, y en los términos del art. 292 del CC.

Y, en el segundo caso, se considera, igualmente, que la naturaleza informal de la guarda de hecho se revela inadecuada, al precisar el guardador de hecho de autorización judicial en expediente de jurisdicción voluntaria para representar a la persona con discapacidad. En particular, y por lo que se refiere a gestiones habituales o no infrecuentes en las que se precise acreditar de forma fehaciente dicha representación (tales como trámites ante entidades de crédito, reclamaciones ante organismos de supervisión, procedimientos y recursos administrativos en materia de Seguridad Social y de dependencia, etc.). No se discute que tiene y ha tenido apoyo familiar de hecho por parte de su hermana, pero considera que dicha medida de guarda de hecho, dadas las circunstancias concurrentes, no es suficiente. Por consiguiente, esta Sala, considerando que el enfoque o voluntad informalista de la vigente redacción del artículo 264 párrafo tercero del Código Civil entra inevitablemente en conflicto con el formalismo y las exigencias de seguridad jurídica, entiende que es necesario el nombramiento de un curador con funciones representativas, recayendo el cargo en la persona del hijo demandante D. Williams, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 275 y 276 del CC, quien como se ha dicho, ha venido ocupándose directamente de la atención de sus necesidades, concurriendo en él todos los requisitos precisos para su correcto ejercicio. Deberá ejercer el cargo conforme a lo dispuesto en el art. 282 y siguientes del CC, y especialmente la necesidad de obtener la pertinente autorización judicial en los casos en que así se determine legalmente (art. 287 CC). Señalándose que al atribuirle facultades representativas está obligado a hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo (art.

285 CC). Así como la obligación de rendir cuentas anualmente, y en los términos del art. 292 del CC; y, en fin, en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 27 de julio de 2024 (Roj. SAP M 10651; ECLI:ES:APM:2024:10651) tras establecer que sobre este particular han de traerse a colación las sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo números 1443/2023 y 1444/2023, ambas de 20 de octubre, donde se argumenta entresacado lo siguiente: “Conforme al sistema de provisión de apoyos instaurado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, si existe una guarda de hecho que cubre de manera adecuada todas las necesidades de apoyo de la persona, en principio, deja de ser necesario constituir un apoyo judicial, porque la guarda de hecho es un medio legal de provisión de apoyos, aunque no requiera de una constitución formal”. “Pero esta previsión no puede interpretarse de forma rígida, desatendiendo a las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho. Si bien es claro que existiendo una guarda de hecho que cubre suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad, no es necesario la constitución judicial de apoyos, no lo es tanto que queden excluidos en todo caso”. “Al respecto, es muy significativo que quien ejerce la guarda de hecho ponga de manifiesto su insuficiencia y la conveniencia de la curatela; no en vano es quien de hecho presta los apoyos. Máxime cuando esta persona forma parte del núcleo familiar más íntimo”. “De tal forma que, del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso lo muestran más conveniente para prestar mejor ese apoyo”. Indica que, en el presente caso son aplicables las premisas jurisprudenciales antedichas. Efectivamente, el interesado precisa supervisión y ayuda para la mayoría de las actividades y actos de su vida; la guarda de hecho deviene insuficiente para atender debidamente al ejercicio de su capacidad en todas esas facetas, es decir, para prestar un efectivo apoyo; y el guardador de hecho, ha puesto de manifiesto dicha insuficiencia y la necesidad de la curatela, lo que resulta claramente significativo. 5. De esta forma, la Sala considera que, con respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad que rigen la materia (artículo 249 del CC), resulta ajustado a derecho establecer una medida de apoyo que garantice el control de la persona, por un lado, y de los bienes, por otro, del interesado, debiendo consistir ésta en una curatela como medida formal de apoyo continuado que es (artículo 250 del CC), en la forma que se recoge en la parte dispositiva de la presente resolución, y ello en atención a las circunstancias concurrentes en aquél puestas de manifiesto en el proceso y que no han sido objeto del recurso de apelación (artículos 268 y 269 del CC y STS 589/2021, de 8 de septiembre). 6. Esta Sala no vislumbra impedimento legal alguno para que la curatela referida sea ejercida por quien han venido ostentando la guarda de hecho de la persona con discapacidad, es decir, doña Sandra, sin necesidad de constituir fianza (artículo 284 del CC), y ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 275.1 y 276 del CC, al entenderse que no concurre en esta ninguna circunstancia de las previstas en el artículo 275.2 y 3 del mismo texto legal, pero debiendo actuar siempre bajo los postulados contenidos especialmente en los artículos 249, 282, 283, 285 y 287 del CC. 7. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 268 del CC, esta medida de apoyo será revisada cada año. Asimismo, las sentencias del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4, de Massamagrell de 21 de septiembre de 2021 (LA LEY 275376/2021) sometió al curatela representativa a una persona de 83 años con alzhéimer y otras patologías “persistentes de carácter psíquico que le impiden gobernarse por sí misma; lo que, según el informe del médico forense le originaba, de manera continua e irreversible “una anulación cuasi absoluta de facultades”. Aunque el hijo que convivía con él era su guardador de hecho; sin embargo, se le nombró curador de su padre; y, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Tafalla de 23 de noviembre de 2021 (LA LEY 307912/2021) se constituye también una curatela en apoyo de una persona enferma de alzhéimer con ceguera parcial bilateral e hipoacusia de intensidad importante y ello, a pesar de existir una guarda de hecho ejercida por su sobrina política y una amiga que funcionaba “de forma adecuada atendiendo a los intereses y necesidades de la misma”.

⁷⁴ Vid., las sentencias del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Córdoba, de 30 de septiembre de 2021 (LA LEY 293515/2021) persona con una encefalopatía anóxica; del mismo Juzgado de Primera Instancia, y fecha (LA LEY 293516/2021) padece un alzhéimer que limita sus funciones psíquicas fundamentales (inteligencia y voluntad); del Juzgado de Primera Instancia, número 7, de Sevilla de 27 de septiembre de 2021 (LA LEY 293518/2021) persona de 75 años que padece una demencia moderada, que requiere supervisión y ayuda en las actividades funcionales de la vida diaria, careciendo de capacidad para el manejo del dinero; las sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 30 de marzo de 2022 (LA LEY 70743/2022) persona de 93 años de edad que sufre un proceso de demencia, de perfil degenerativo y progresivo que le produce un deterioro cognitivo, por lo que no es capaz “de conocer la realidad, comprenderla y tomar decisiones coherentes con ese conocimiento, especialmente en las áreas de la salud y la economía, precisando, por tanto, de un apoyo que adopte por ella esas decisiones”; y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 21 de marzo de 2022 (LA LEY 102212/2022) persona de 93 años con un evidente grado de deterioro físico, cognitivo y personal que, sin embargo, no carece de capacidad volitiva y la posibilidad de tomar decisiones que le afectan. Procede mantener el régimen de guarda de hecho actualmente existente que se ha mostrado eficaz y suficiente y sobre todo, acorde con los deseos de la demandada.

⁷⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 31ª, de 14 de diciembre de 2022 (Roj. SAP MA 20020/2022; ECLI:ES:APMA:2022:20020).

⁷⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, secc. 5ª, de 18 de noviembre de 2022 (Roj. SAP O 3954/2022; ECLI:ES:APO:2022:3954).

⁷⁷ Vid., en este sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Santander, secc. 2ª, de 30 de marzo de 2022 (Roj. SAP S 456/2022; ECLI:ES:APS:2022:456); y de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, de 25 de mayo de 2022 (Roj. SAP TF 1226/2022; ECLI:APTF:2022:1226).

⁷⁸ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1ª, de 28 de marzo de 2023 (JUR 2023,32563) se tiene en cuenta que los hijos Evaristo y María Milagros aparecen como autorizados en las cuentas bancarias de su madre, así como que esta se encuentra atendida convenientemente atendida por su esposo y por sus hijos, y teniendo en cuenta además que la guarda de hecho se viene desempeñando de modo pacífico y sin conflicto alguno entre los interesados, se echa en falta una información más detallada y precisa por parte de los solicitantes para justificar que la guarda de hecho no resulta suficiente y que, por ello mismo es preciso el establecimiento de una curatela en el ámbito representativo, pues, nada se dice acerca de otros datos que satisfagan tales exigencias.

⁷⁹ Vid., en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 27 de mayo de 2022 (LA LEY 188004/2022); y, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 5570, de Córdoba, de 15 de septiembre de 2022.

⁸⁰ Roj. SAP B 6641/2022. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 6 de octubre de 2022 (Roj. SAP B 1910710/2022; ECLI:ES:APB:2022:1910710); de la misma Audiencia Provincial y sección, de 21 de octubre de 2022 (JUR 2022,258237); de 14 de octubre de 2022 (Roj. SAP B 10851/2022; ECLI:ES:APB:2022:10851); y, de 14 de noviembre de 2023 (Roj. SAP B 12583/2023; ECLI:ES:APB:2023:12583).

⁸¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, de 15 de septiembre de 2022 (Roj. SAP M 17367/2022; ECLI:ES:APM:2022:17367); y de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 2 de febrero de 2023 (JUR 2023,385270).