

1.2. Derecho de Familia

La «revitalización» de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (y II)

The «renovations» of the guard of fact gives after the Law 26/2015, 28 july of modification of the protection system to the infancy and to the adolescence (and II)

por

ANA ISABEL BERRICAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia introduce oportunas modificaciones en la regulación de la tutela ordinaria de menores y personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo contenida en los artículos 239 y 239 bis del Código Civil. Asimismo, modifica en parte la regulación de la guarda de hecho, en concreto el artículo 303, incluyendo la posibilidad de otorgar judicialmente al mismo facultades tutelares. Además de establecer los supuestos de guarda de hecho que deben motivar la declaración de desamparo y la posibilidad del guardador de hecho de promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela y el nombramiento del tutor. Además de poder constituirse en acogedores temporales de menores de edad. Con ello se avanza paso a paso en la calificación de la guarda de hecho como medida de apoyo en la línea de la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad. Sobre el alcance de esta reforma en la regulación de la guarda de hecho es lo que se va a centrar el presente estudio.

ABSTRACT: *The Law 26/2015, of July 28 of modification of the protection system to the infancy and to the adolescence it introduces opportune modifications in the regulation of the ordinary guardianship of minors and persons with the capacity modified judicially in situation of abandonment contained in the articles 239 and 239 bis of the Civil Code. Likewise, it modifies partly the regulation of the guard of fact, in I make concrete the article 303, including the possibility of granting tutelary powers judicially to the ismo. Beside establishing the guard's suppositions of fact that must motivate the declaration of abandonment and the possibility of the guardian of fact of promoting the privation or suspension of the native legal authority, removal of the guardianship and the appointment of the tutor. Beside establishing the guard's suppositions of fact that must motivate the declaration of abandonment and the possibility of the guardian of fact of promoting the priva-*

tion or suspension of the native legal authority, removal of the guardianship and the appointment of the tutor. Beside being able to be constituted in cozy temporary of minors. With it it is advanced stepwise in the qualification of the guard of fact as measure of support in the line of the Convention of the ONU on rights of the persons by disability. On the scope of this reform in the regulation of the guard of fact it is what is going to centre on the present study.

PALABRAS CLAVE: Guarda de hecho. Menores. Personas con capacidad modificada judicialmente. Desamparo. Tutor. Patria potestad. Acogimiento.

KEY WORDS: *Guards of fact. Minors. Persons with capacity modified judicially. Abandon. Tutor. Native legal authority.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA GUARDA DE HECHO.—III. SUPUESTOS DE GUARDA DE HECHO. SITUACIÓN DE DESAMPARO Y ACOGIMIENTO.—IV. FUNCIONES DE LA GUARDA DE HECHO.—V. LA ACTUACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO: 1. EL DEBER DE INFORMACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO. 2. OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR O COMUNICAR LA EXISTENCIA DE LA GUARDA DE HECHO. 3. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE CONTROL Y VIGILANCIA. 4. FACULTADES TUTELARES Y DE ACOGIMIENTO. 5. LA ACTUACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO EN RELACIÓN CON LA TUTELA O LA PATRIA POTESTAD. 6. LOS ACTOS REALIZADOS POR EL GUARDADOR DE HECHO. SU POSIBLE IMPUGNACIÓN SI NO REDUNDAN EN SU UTILIDAD. 7. EL ALCANCE DE DERECHOS DEL GUARDADOR DE HECHO. 8. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DE HECHO POR HECHOS PROPIOS Y AJENOS.—VI. LA GUARDA DE HECHO Y EL REGISTRO CIVIL.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

V. LA ACTUACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO

Existe una tendencia bastante extendida que propugna la plena equiparación del guardador de hecho al tutor formal, al menos en cuanto a deberes y obligaciones se refiere¹. Sin embargo, nos parece más acertada aquella postura que no opta por una aplicación indiscriminada de todas las normas relativas a la tutela formal a la guarda de hecho, sino que solo considera que se han de aplicar aquellas, cuando no sean inadecuadas al propio régimen de la guarda de hecho, o no exista una norma específica como los actuales artículos 303 a 306 del Código Civil².

Lo cierto es que, como se pronunció para el régimen derogado ESCOBAR (1943, p. 253), el tutor de hecho debería actuar con «toda la diligencia de un buen padre de familia»³. Y, asimismo, se ha de señalar que, puede alcanzar su actuación, —antes de que sea conocida por la autoridad judicial su existencia—, tanto al ámbito personal como patrimonial del sujeto guardado; si bien en este último supuesto solo respecto a los actos de administración ordinaria y no de disposición.

Sobre tales bases, procede analizar la regulación específica que, en torno al guardador de hecho se contienen en los citados preceptos del Código Civil, y en las demás regulaciones autonómicas referidas en líneas precedentes.

1. EL DEBER DE INFORMACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO

El artículo 303 dispone que «*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas*»⁴. Este precepto deja a salvo los supuestos de declaración de incapacidad y constitución de la tutela de oficio, cuando tengan conocimiento de la existencia de una persona, que incurra en causa de incapacitación o deba ser sometida a tutela.

Por su parte, el artículo 52.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria establece que, a instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga interés legítimo, el juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo y de su actuación en relación con los mismos.

Existen ciertas diferencias entre ambos preceptos. Mientras que, el artículo 303.1 no especifica las personas que pueden poner en conocimiento la situación de guarda de hecho, el artículo 52 se refiere al Ministerio Fiscal, al sometido a guarda o de cualquiera que tenga interés legítimo. Asimismo, el artículo 303 habla de menores o personas que pueden necesitar de una institución de protección y apoyo; el artículo 52 se refiere a personas que tienen ya la capacidad modificada judicialmente o que habría de estar en esa situación. Más amplia es la redacción del citado artículo 303 en los supuestos descritos que la que se contienen en el artículo 52.

Una vez que el juez tenga conocimiento oficial de la guarda de hecho, esta entra en fase de interinidad; y se mantiene, mientras, —si se considera necesario—⁵, se sustancia el proceso de modificación de la capacidad y se ordena debidamente la representación legal del menor o incapacitado. Al respecto, en esta fase, el juez puede requerir al guardador para que le informe de la situación de la persona y bienes del menor o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección o apoyo, y de su actuación en relación con los mismos. Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1986, p. 789) existe un paralelismo entre este deber de información y el contemplado para el tutor en el artículo 233; y, naturalmente ese deber de información se extiende en principio tanto a la persona como a los bienes, quedando limitado en cada caso, al ámbito en el que se está desarrollando la guarda, sin perjuicio de que el guardador pueda completar la información con otros datos que conozca, ajenos a su actividad de protección y custodia⁶.

El juez, de oficio, no promueve la incapacidad, pero el Ministerio Fiscal según el artículo 228 del Código Civil y artículo 752.2 de la LEC, deberá promover la incapacidad, si las personas legitimadas no existieran o no la hubieran solicitado. Por tanto, puede el Ministerio Fiscal optar por no promover la incapacidad, en atención a las circunstancias, cuando considere que los inconvenientes que se derivan de un proceso de las características de la incapacidad, no se van a ver compensados por los beneficios esperables⁷.

Por otra parte, el citado artículo 303, pese a la reforma, sigue señalando que «*podrá requerir*» al guardador de hecho, lo que ya en su momento ya planteó la duda de si nos encontrábamos en presencia de una obligación o de una simple

facultad de la autoridad judicial. Parece que el sentir mayoritario de la doctrina se ha inclinado siempre por su obligatoriedad. LETE DEL RÍO (1985, p. 490) señala al respecto que «debería haberse dicho “deberá”; si no se entiende así, ¿qué valor se le dará a la actitud de un juez que teniendo conocimiento de la existencia de una guarda de hecho no exige de quien la desempeña el correspondiente informe?». A lo que, añade el autor, «sería afirmación de una ilegalidad inadmisible; además, si esto pudiera acontecer, indudablemente resultaría más ventajosa la situación de un guardador de hecho que la de un tutor legal»⁸. Igualmente, RUEDA ESTEBAN (2015, p. 1027) considera que de no ser así, supondría un trato privilegiado e injustificado del guardador de hecho respecto al tutor de derecho⁹. Me inclino, pese a la reiteración en la redacción del legislador, por la exigencia de cierta obligatoriedad. No obstante, esta medida de información de la situación de la guarda de hecho beneficia al propio guardador de hecho, al que el juez le puede «mantener» en la guarda, bien hasta que se constituya regularmente la tutela o, bien hasta que lo considere conveniente para el interés del menor o persona con capacidad modificada judicialmente o incapaz de hecho, e incluso dotarle con funciones tutelares.

Ahora bien, en el contexto actual, no sería improbable que el juez en situaciones de disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, y ante colectivos especialmente vulnerables, personas mayores, discapacitados, *border line*, incluso, menores de edad, una vez que conociera la existencia de una guarda de hecho, la autoridad judicial optase por su mantenimiento, como lo más beneficioso para los intereses de la persona susceptible de protección, sin perjuicio de imponer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas, o incluso, como hemos señalado, dotarle cautelarmente de funciones tutelares.

De todas formas, nada impide al propio guardador de hecho promover la modificación judicial de la capacidad del guardado¹⁰.

2. OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR O COMUNICAR LA EXISTENCIA DE LA GUARDA DE HECHO

Tanto el artículo 157 del CDFA, como el artículo 225-2 del Código Civil catalán, mencionan, —a diferencia del Código Civil español que no lo hace en sede de guarda de hecho—, la obligación del guardador de notificar la existencia de esta a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, para que estos puedan valorar la situación y, si fuese necesario, proceder a incoar el correspondiente procedimiento de incapacitación.

No obstante, mientras que, en el artículo 157 del CDFA tal deber alcanza a todos los supuestos de guarda de hecho; en el Código Civil catalán, sin embargo, solo se exige para dos supuestos: 1) El de acogimiento transitorio de un menor, que se encuentra en situación de desamparo, ante la desatención de quienes tienen la obligación de cuidarlo. El guardador de hecho deberá comunicarlo a la entidad pública competente en materia de protección de menores, o a la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda (art. 225-2.1); 2) En caso de guarda de hecho de una persona mayor de edad en quien concurre causa de incapacitación, si está se encuentra en un establecimiento residencial; no si está residiendo en su propio domicilio, o en el de otros parientes. La persona titular del establecimiento residencial (guardador de hecho) deberá comunicarlo a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal en el mismo plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda (ingreso en la residencia). Por tanto, la obligación de comunicar en este segundo caso, solo

opera, si la persona mayor de edad incurre en causa de incapacitación; y, está en un establecimiento residencial (art. 225-3.2).

Ahora bien, como hemos indicado, nada impide que el propio guardador de hecho promueva la modificación judicial de la capacidad del guardado y promueva el nombramiento de tutor. De hecho, el artículo 229 del Código Civil señala quienes están obligados a promover la tutela desde el momento que conocieran el hecho que la motivare y entre los mismos incluye a la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor e incapacitado, y asimismo, se hace responsable solidario de los daños y perjuicios que se puedan derivar del incumplimiento de tal deber. Por lo que, sobre tales bases nada impide que notifiquen o comuniquen a la autoridad judicial la existencia de guarda de hecho y puedan, asimismo, poner en conocimiento del juez o del Ministerio Fiscal la existencia de una persona que debe ser sometida a tutela (art. 228 del Código Civil). No obstante, teniendo conocimiento el juez de la situación de guarda hecho, nada impide que la mantenga, incluso le atribuya funciones tutelares, si es lo mejor para el interés del menor o del incapacitado. De todas formas, la realidad práctica demuestra que no son frecuentes las notificaciones o comunicaciones al juez de la existencia de tal guarda de hecho, porque habitualmente las personas guardadas se encuentran bien atendidas y sin sufrir ningún daño ni peligro —especialmente, personas de edad avanzada¹¹.

3. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE CONTROL Y VIGILANCIA

Durante este proceso de interinidad, y a la luz de lo dispuesto en el artículo 303, asimismo, el juez puede establecer medidas de control y vigilancia respetando la situación de hecho existente¹². Señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1986, p. 790) que «dichas medidas no son sino las ya previstas con carácter general en los artículos 203.II, 209 y 299 *bis*. Al igual que ocurre con la referencia a los artículos 203 y 228 contenida en el comienzo del artículo 303, el único valor de esta parte final del mismo es el de mero recordatorio»¹³. Entre estas medidas se pueden incluir, además de la prevista en el artículo 158 (por remisión expresa del art. 216.II) y el artículo 299 *bis* del Código Civil de nombramiento de un administrador para los bienes; las del artículo 757.2 y 3 y las cautelares del artículo 762 de la LEC, medidas todas ellas que, desde luego se han definido como provisorias y caducas, pues, «su mayor o menor duración depende de que el juez haya dado inmediata aplicación al artículo 299 bis o no»¹⁴. Por otra parte, estas medidas, cuya solicitud puede tener lugar a instancia también del Ministerio Fiscal —y que, venían recogidas en los derogados artículos 203.2 y 209 del Código Civil—, pueden adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación¹⁵.

En esta línea, el artículo 52.2 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, si bien añade que, tales medidas se adoptará, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte, al guardador de hecho, al guardado y al Ministerio Fiscal; y, asimismo que, todo ello tendrá lugar sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o la curatela; por su parte, el artículo 762.2 de la LEC autoriza al Ministerio Fiscal, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacitación de una persona, solicitar al tribunal la inmediata adopción de las medidas que estime necesaria para la adecuada protección de la personas que pueda necesitar de una institución de protección y apoyo, o de su patrimonio. Las mismas medidas pueden adoptar de oficio o a instancia de parte,

en cualquier estado del procedimiento de incapacitación. Si bien, como regla general, estas medidas se acordarán previa audiencia de las personas afectadas (art. 762.3) entre las que puede, incluirse, tal como ha precisado, el mencionado artículo 52.2 de la Ley 15/2015 al guardador de hecho.

Ahora bien, como señala ROGEL VIDE (1991, p. 865) tales medidas «han de adoptarse inmediatamente, sin que pueda retrasarse esperando la elaboración del informe del guardador de hecho y su ulterior recepción y conocimiento por la autoridad judicial»; lo contrario, añade «podría redundar en perjuicio del guardado, cuando es ello, precisamente, lo que se trata de evitar»¹⁶.

No obstante, la inmediatez en la adopción de las medidas, ha de relacionarse también con su provisionalidad, ya que el Juez habrá de promover, a través del Ministerio Fiscal, la declaración de incapacidad y la constitución de la tutela, cesando, por tanto, la guarda de hecho, y asumiendo temporalmente la representación y defensa del tutelado el Ministerio Fiscal, y el cuidado de los bienes el administrador judicial nombrado. Si bien, ello no obsta, para que tales medidas judiciales respeten la situación de hecho existente, y el juez opte por nombrar como defensor del menor o incapaz, o administrador de sus bienes al guardador, ya que la actuación de este no tiene porqué merecer un reproche, sino todo lo contrario¹⁷.

4. FACULTADES TUTELARES Y DE ACOGIMIENTO

Mientras se mantenga la guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, el juez cautelarmente podrá otorgar facultades tutelares a los guardadores. Dotando y consolidando la situación del guardador de hecho. Si bien, aunque el legislador emplea el término cautelar y en consecuencia, operar como medida cautelar, lo cierto es que supone un avance en su consolidación como posible medida de apoyo con cierta estabilidad, aunque no necesariamente con carácter permanente. Y, con ello, se le dota de cierta legitimidad representativa. Esto supone dotar de una mayor operatividad a una figura de guarda tan denostada por algunos.

Si el guardado fuera menor de edad, asimismo, podrá nombrarse por la Entidad Pública como acogedores a los guardadores, en una suerte de acogimiento familiar temporal¹⁸.

5. LA ACTUACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO EN RELACIÓN CON LA TUTELA O LA PATRIA POTESTAD

Siempre que no exista una situación de desamparo, y fuese conocida la situación de guarda de hecho y su materialización como mecanismo de apoyo, se concede legitimación al guardador de hecho promover la privación o suspensión de la patria potestad, remover la tutela o el nombramiento, en su caso, de tutor.

El artículo 170 del Código Civil se limita a precisar como causa genérica, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, sin calificar dicho incumplimiento. Contiene una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva¹⁹, pues, la naturaleza jurídica de la patria potestad, concebida como derecho de carácter social, imprescriptible e indisponible, impone, precisamente, una interpretación restrictiva de sus limitaciones²⁰. De ahí, la exigencia que en el caso concreto resulte claramente probado que el progeni-

tor al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma. Asimismo, esta medida que implica la privación, por su especial gravedad, ha de ser excepcional, y, adoptarse con suma cautela, atendiendo a las circunstancias del caso concreto²¹; lo que implica que no basta para su adopción cualquier clase de incumplimiento, sino que este debe ser grave, bien por la intensidad del peligro o ataque que supone la conducta paterna para los intereses del hijo, o bien por su reiteración o duración en el tiempo, constituyendo en todo caso, principio normativo esencial a tener en cuenta en esta decisión judicial, como en cualquier otra que afecte a los hijos, el beneficio o interés de los mismos, en orden a la plena satisfacción de sus derechos legalmente sancionados en el propio artículo 170 en relación con el artículo 39 de la CE, y los artículos 92 y 154 del Código Civil²². Al respecto, señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de marzo de 1998 que, la amplitud del contenido del artículo 170 del Código Civil y la variabilidad de las circunstancias «exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación (...) en modo alguno puede prescindirse que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige siempre tener presente el interés del menor (...)»²³.

En fin, se trata de una medida temporal²⁴, —salvo en el supuesto de adopción—, que no tiene carácter irreversible, en cuanto es posible su recuperación, siempre que haya cesado la causa que motivó la privación, y lo aconseje el beneficio o interés del hijo²⁵; ha de ser decretada judicialmente, y fundada precisamente en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, que ha de probarse²⁶, y, puede ser total o parcial. La sentencia que dictamina la privación de la patria potestad puede alcanzarse por tres cauces distintos, todos ellos presididos siempre por la acreditación del incumplimiento de los deberes inherentes a aquella. De este modo, se puede dictar sentencia de privación en un procedimiento *ad hoc* iniciado al efecto, o decretarse a través de una resolución judicial que ponga fin a un proceso matrimonial, o bien mediante una sentencia dictada en causa criminal.

Lo más frecuente es que la privación tenga lugar por un procedimiento *ad hoc* acordado para resolver específicamente la cuestión litigiosa relativa a la privación de la potestad paterna, correspondiendo, usualmente, el ejercicio de la acción, bien a los familiares de los progenitores, cuando se ha detectado por estos el posible incumplimiento de los deberes que corresponden a ambos padres, bien a uno de los progenitores cuando es el otro el que incumple las obligaciones paternas, o, en última instancia, al Ministerio Fiscal o al propio Tribunal, quien la podrá determinar de oficio en un proceso matrimonial (ZURITA MARTÍN, 2003, p. 867)²⁷.

En cuanto a la remoción de la tutela, durante el ejercicio de la misma puede ocurrir el tutor en alguna causa de inhabilidad de las contempladas en los artículos 234 y 244, o conducirse mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o porque el ejercicio del cargo haya hecho notaria su ineptitud para el mismo (art. 247). Ello daría lugar a su remoción, con la consiguiente extinción de la tutela en cuanto al tutor removido y la posibilidad de nombrar al guardador como nuevo tutor, puesto que el artículo 234 del Código Civil permite al juez cierto margen de actuación no solo en cuanto al orden de prelación establecido, sino también en relación con las personas mencionadas.

Como establece el artículo 291 del Código Civil son aplicables a los curadores las causas de remoción de los tutores, con lo que igualmente, podrá solicitar el guardado de hecho la remoción del curador que no desempeña adecuadamen-

te sus funciones frente a su curatelado y, del mismo modo, eventualmente ser nombrado tal guardador de hecho como nuevo curador.

Igualmente, podrá promover el nombramiento de tutor poniendo para ello en conocimiento del Ministerio Fiscal o del juez competente la necesidad de que una persona sea sometida a tutela. Por lo que no solo se podrá ofrecer como tutor, sino que podrá poner de manifiesto quien considera que es la persona idónea para el ejercicio de tal cargo, pensado en el interés del menor o incapacitado.

Ciertamente, el guardador de hecho podrá promover —no está obligado— la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor y dice, el artículo 303.2 apartado segundo en los demás casos, esto es, cuando no los menores y las personas con la capacidad modificada judicialmente no están en situación de desamparo ya que están bajo guarda de hecho y asistidos en los términos fijados en los artículos 172 y 239 bis del Código Civil. De estar en situación de desamparo constatado por el juez, pese a estar en situación de guarda de hecho, en este caso, el artículo 299.3 del Código Civil en sede de tutela de menores por ministerio de la ley señala como legitimadas para el ejercicio de las acciones de privación de patria potestad —aunque no dice nada el citado precepto también de suspensión, pues el apartado segundo habla de la misma—, remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo. Entendemos que, también lo está el Ministerio Fiscal, la Entidad Pública y los llamados a ejercer la tutela respecto del desamparo de personas con la capacidad modificada judicialmente legitimados o bien para solicitar el nombramiento de tutor o la remoción en el cargo cuando la persona quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes por la persona designada como tutora. De todas formas, recordemos que puede poner en conocimiento de la autoridad judicial su propia existencia como guardador de hecho.

6. LOS ACTOS REALIZADOS POR EL GUARDADOR DE HECHO. SU POSIBLE IMPUGNACIÓN SI NO REDUNDAN EN SU UTILIDAD

Finalmente, conviene señalar que, el artículo 304 del Código Civil dispone que «*los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no pueden ser impugnados si redundan en su utilidad*»²⁸. Esta norma sanciona la inimpugnabilidad de los actos realizados por el guardador si redundan en utilidad del guardado²⁹. En realidad, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (2008, pp. 290-291) lo que quiere significar el precepto «es que no podrán ser declarados nulos en esa hipótesis, pues carece de lógica que se niegue una legitimación para accionar *a priori*, siendo así que, la prueba de la utilidad debe producirse en el proceso, a cargo de quien sostenga la validez del acto impugnado»³⁰. El ámbito del precepto comprende todos los actos realizados por el guardador, sean de naturaleza patrimonial, con carácter preferente; o sean de naturaleza personal, pues, el Código Civil no los excluye.

En relación con los de carácter patrimonial, parecen comprenderse todos los actos realizados en interés del menor o incapaz, sean de administración ordinaria, extraordinaria y los dispositivos³¹; lo que supone un tratamiento más favorable que el otorgado al tutor de derecho³², siempre que redunden en utilidad del guardado. Entre los actos de esta naturaleza podemos destacar la constitución de patrimonio protegido³³; y la solicitud de declaración de persona en situación

de dependencia en cualquiera de los grados del guardado; y del derecho a alguna prestación o ayuda que, fija la citada Ley 39/2006³⁴.

Con respecto a los de naturaleza personal, ha de entenderse comprendidos, especialmente, aquellos que se deriven del cumplimiento por el guardador de los deberes consignados en el artículo 269 del Código Civil —velar por el tutelado, y, en particular, procurarle alimentos, educación y formación integral, promoviendo la adquisición o recuperación de la capacidad de este y su mejor inserción en la sociedad—³⁵.

En todo caso, se trate de actos de naturaleza patrimonial y personal, lo importante es que redunden en beneficio o utilidad del guardado, y se hayan realizado en «interés» del mismo³⁶. Referente al concepto de utilidad, cabe plantearse, si este ha de entenderse o no objetivamente; si ha de medirse con criterios exclusivamente patrimoniales o no; si la utilidad ha de apreciarse o no respecto de la totalidad del acto llevado a cabo por el guardador de hecho; y, en fin, si la utilidad ha de ser inmediata o no³⁷. En el sentir mayoritario de la doctrina se señala que: a) Esta utilidad debe ser objetiva, esto es, se ha de prescindir de la motivación subjetiva del guardador o de valoraciones personales suyas; b) No debe medirse necesariamente en función de criterios patrimonialistas o económicos, ya que la guarda de hecho debe buscar el beneficio global y el bienestar personal del menor o incapaz, más que un mero beneficio económico. Se debe prescindir de criterios de rentabilidad exclusivamente económica; c) No cabe plantear una valoración fraccionada de la utilidad que produzca el acto; la valoración ha de ser global, sin que pueda pretenderse una anulación parcial, limitada a las consecuencias perjudiciales; d) Finalmente, debe ser también inmediata, de acuerdo con la naturaleza del acto y la previsibilidad de sus consecuencias; de manera que si el acto realizado por el guardador en el momento de llevarlo a cabo, no es útil para el guardado pero, por circunstancias sobrevenidas, cuando el acto debe valorarse judicialmente el mismo reviste caracteres de utilidad; estas circunstancias sobrevenidas sanarían el acto *a posteriori*, y el mismo sería plenamente válido. Esta misma validez debería, asimismo, mantenerse en el supuesto inverso, esto es, que el acto fuera útil al tiempo de ejecución que, posteriormente, por circunstancias no previstas racionalmente, deriven en perjuicios para los intereses del guardado³⁸. En todo caso la utilidad es una cuestión de hecho que habrá de ser objeto de prueba en el proceso, correspondiendo a quien mantiene la validez o utilidad del acto y sobre la que habrá de pronunciarse el juez³⁹. Al hilo de esta interpretación, si el resultado útil ha de demostrarse en el proceso, como acertadamente señala DE COUTO GÁLVEZ (2000, p. 2083), la expresión «no podrán ser impugnados» no es correcta porque «precisamente la impugnación dará lugar al pronunciamiento judicial acerca de la utilidad en interés del sometido a tutela»⁴⁰. Será, por tanto, el procedimiento impugnatorio, el momento adecuado para probar la utilidad del acto.

Respecto al requisito consistente en que el acto se haya realizado en «interés» del menor o incapaz, ha de ser interpretado en el sentido de que dicho acto debe ser efectuado en representación del guardado, aun cuando el guardador actúe en ejercicio de una representación que no ostenta⁴¹. Se entiende que «interés» no es en un sentido subjetivo de «intención», sino en el objetivo de «actuar en representación» (directa o indirecta) del guardado⁴².

De una forma u otra, los actos, personales o patrimoniales, así realizados por el guardador, cumpliendo los requisitos previstos, han de ser válidos; y sin posibilidad de impugnación, como dice la norma ni por el guardado, ni por el tutor constituido posteriormente. Como señala claramente ÁLVAREZ LATA (2006,

p. 479) «lo que se establece en el artículo 304 es una regla *a posteriori* para dotar de validez a los actos realizados por el guardador y de esta manera favorecer la protección de este y brindarle un medio de dinamizar su precaria situación en el tráfico jurídico, desde el momento en que se comprueba que dichos actos afectan positivamente a sus intereses, reportándole una objetiva utilidad; pero ello no implica que sirva *a priori*, esta regla, como un mecanismo de representación o sustitución de la actuación del menor o incapaz, o sea, de traspaso de la legitimidad activa al guardador de hecho». En fin, concluye la autora, que «del artículo 304 no se desprende un principio de posibilidad de actuación del guardador de hecho en lugar del sometido a guarda, sino un mecanismo de convalidación de sus actos, cuando estos sean beneficiosos para el guardado»⁴³. Efectivamente, la utilidad del acto para los intereses del menor o incapaz, salva el defecto de representación, lo confirma y lo valida, pues, por aplicación del artículo 1259 del Código Civil estaría viciado de nulidad, al tratarse de actos realizados por persona no legitimada por autorización o representación legal y resultaría menos coherente con el hecho de que solo prosperaría la impugnación del acto cuando no resultase útil al menor o incapaz⁴⁴. De todas formas, los actos que no sean realizados en interés del menor o incapaz o carezcan de utilidad para ellos podrá ser impugnados. Frente a la opción mayoritaria de considerar que, estamos ante un supuesto de anulabilidad, que podrá ser instada por el propio menor o incapaz, una vez adquirida la capacidad de obrar y en el plazo de cuatro años a contar desde su recuperación (art. 1301), o desde este momento, si es capaz (art. 1259) o la ejercita su guardador legal⁴⁵, pronunciándose, igualmente, en esta línea el legislador aragonés en el artículo 159.3 de CDFA al entender anulables los actos de administración de bienes realizados por el guardador de hecho, que no sean necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida. En todo caso, para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Prientes de la persona protegida⁴⁶. El momento para valorar la utilidad y la posible impugnación del acto resulta discutible en la doctrina. Mientras que, para PARRA LUCÁN (2014, p. 2497) es cuando se realiza el acto y no debería admitirse la impugnación cuando nuevas circunstancias sobrevenidas han convertido en útil lo que inicialmente resultaba perjudicial⁴⁷, para otros autores aunque deben tenerse en cuenta por el juez las circunstancias existentes en el momento inicial de consumarse el acto, debe atenderse al momento en que se impugna el acto para determinar la utilidad⁴⁸. En todo caso, de prosperar la acción de anulabilidad, habrá de procederse a la restitución de las prestaciones conforme el artículo 1304 del Código Civil. De todas formas, si el menor o incapaz es sometido a tutela, el tutor precisará autorización judicial para entablar demanda de impugnación en los términos del artículo 271.6 del Código Civil⁴⁹. Si bien, en este contexto, recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 2016⁵⁰ ha optado en línea con las sentencias del Pleno 225/2010, de 22 de abril y 447/2010, de 8 de julio, establecer como doctrina jurisprudencial la aplicación de la norma general del artículo 1259 del Código Civil a los actos realizados por el guardador de hecho que no sean en interés del menor o presunto incapaz o que no redunden en su utilidad. Y la nulidad, salvo ratificación, que sanciona el segundo párrafo de dicho artículo no esté sujeta a plazo de caducidad alguno⁵¹. Por su parte, LEÑA FERNÁNDEZ (2000, p. 213) distingue al respecto dos supuestos: 1. La impugnación del acto o negocio jurídico celebrado por quien dice ser guardador de hecho y realmente no lo es. En tal caso el cauce adecuado sería la acción de nulidad; y 2. En cambio, si el acto o negocio es realizado por

quien es el verdadero guardador de hecho y resulta impugnado por ser perjudicial para el guardado, operaría la anulabilidad⁵². Para LECIÑERA IBARRA (2015, p. 182) considerando que las posiciones expuestas tienen un cómodo encaje en el régimen del artículo 304 del Código Civil, opta por entender que «estamos ante un supuesto especial de ineeficacia por falta de consentimiento que “es difícil de armonizar con el resto del sistema”»⁵³.

En todo caso, la problemática de la propia actuación del guardador de hecho descansa en la falta de legitimación representativa para actuar en el otorgamiento de un determinado negocio, por ejemplo, de venta de un inmueble. Será lógico que si se pretende realizar ante notario, este no admite la realización del mismo ante tal falta de representación y la inseguridad que ello conlleva. Todo ello salvo que la actuación del guardado de hecho resultase amparada por el otorgamiento de funciones tutelares con alcance representativo, o se le hubiera otorgado un poder, pero en este caso no actuaría como guardador de hecho, sino como apoderado —poder que puede ser además preventivo, si así se ha establecido—⁵⁴. De no optar por la vía notarial, y el tercero realiza el correspondiente negocio dispositivo, conociendo la situación de guarda de hecho con la limitación funcional indicada, debe ser responsable de las consecuencias negativas que para el mismo pueda derivarle al carecer el guardador de hecho de legitimación para actuar en nombre del guardado y, por ende, para realizar actos jurídicos que vinculen su patrimonio. Ahora bien, si desconoce tal situación —la falta de representación y se genera una apariencia de esta— y resulta impugnado el acto por falta de utilidad, no parece descartable que puede exigir indemnización de daños y perjuicios al guardador de hecho, si prueba la existencia de los mismos⁵⁵.

7. EL ALCANCE DE LOS DERECHOS DEL GUARDADOR DE HECHO

El artículo 306 del Código Civil, último de los preceptos que se dedican a la guarda de hecho, señala que será aplicable a esta lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor. Con esta remisión abre la posibilidad que pueda ser indemnizado el guardador de hecho por los daños y perjuicios que sufra en el ejercicio de sus funciones, sin culpa por su parte y a cargo de los bienes del guardado, siempre que no se pueda obtener por otro medio su resarcimiento⁵⁶. Se entiende que, tales daños en el desempeño de sus funciones sea como consecuencia de una actuación que redunda en utilidad (objetiva) para el menor o incapaz y que *ex* artículo 304 va a ser válida⁵⁷. En todo caso, el daño del que habla el citado artículo 220 ha de entenderse en sentido amplio, comprendiendo todo daño material o moral, daño emergente o lucro cesante, causado como consecuencia del ejercicio de su función⁵⁸. Ahora bien, para que los daños sean indemnizables, resulta necesario que exista una relación de causalidad entre el ejercicio de la guarda y la producción de los perjuicios; y que se produzcan como consecuencia del ejercicio de una función tutelar; y no mientras se ejerce la misma⁵⁹. En cualquier caso, se requiere que tales daños se hayan producido sin culpa del guardador⁶⁰.

En este contexto, el ejercicio por el guardador de la acción del artículo 306 puede servir para poner en marcha los mecanismos del artículo 303; y que el juez tome las medidas oportunas o para que promueva a través del Ministerio Fiscal la incapacitación del guardado o la constitución de la tutela o curatela⁶¹.

Por otra parte, cabe preguntarse si se puede reconocer al guardador un derecho de retribución. Las opiniones en este punto son contradictorias, pues,

mientras algunos autores, como PARRA LUCÁN (2013, p. 2550)⁶² y FÁBREGAS RUIZ (2010, p. 312)⁶³ niegan tal posibilidad; otros, en cambio, como SANCHO REBULLIDA (1989, p. 287)⁶⁴ y ROGEL VIDE (1991, p. 869)⁶⁵ consideran que lo dispuesto en el artículo 306 no es óbice, aunque algunos piensen lo contrario, para que el juez pueda aprobar la actuación del guardador de hecho y arbitrar a su favor una retribución homologable con los criterios del artículo 174. Por su parte BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1986, pp. 791-792) después de señalar que «de los tres artículos que el Código dedica a la guarda de hecho, quizá sea el artículo 306 el más desafortunado, no por lo que en él se dice, que parece razonable, sino por el sistema utilizado por remisión al artículo 220», añade que «a resultados similares se podría haber llegado recurriendo a la regulación de la gestión de negocios ajenos (art. 1893 del Código Civil), o del mandato (art. 1729 del Código Civil)»⁶⁶. No obstante, para RUEDA ESTEBAN (2015, p. 1031) habría que distinguir dos momentos: «a) Retribución por el trabajo realizado por el guardador en la fase previa a que se tenga conocimiento por el juez de esta situación —en este caso habría que negar este derecho ya que el sentido de la retribución es estimular al tutor a un buen funcionamiento de la tutela, y esto se compadece mal con su aplicación a actos ya realizados—; b) Por el contrario, en relación con los actos futuros, una vez el juez ha conocido ya esta situación de guarda y, por considerarla conveniente, la mantiene durante un tiempo, no cabe duda de que podría fijar una retribución al guardador conforme a los criterios del artículo 274 del Código Civil»⁶⁷. De todas formas, normalmente el guardador de hecho se mueve por fines altruistas por lo que no parece que, piense en ser retribuido por ello y poco importa desde cuándo desempeñe el cargo; aunque no es desdeñable la posibilidad de poder abonarle algunos de los gastos ordinarios que, haya realizado en el desempeño de la guarda, siempre que sean en beneficio del menor o incapaz.

En todo caso, está legitimado para ejercer cualquier acción de responsabilidad extracontractual, como por ejemplo, consecuencia de accidentes de circulación, del fallecido que estaba bajo su guarda y declarado incapaz⁶⁸; y de ser informado de las actuaciones que, tengan lugar en cualquier procedimiento, que se entable a favor o en contra de la persona que está bajo su guarda⁶⁹.

Y, asimismo, puede ser nombrado tutor, en la mayoría de las ocasiones, por su especial vinculación familiar, porque se trata de una institución jurídica regulada en nuestro Derecho, donde se toman decisiones en interés del presunto incapaz o menor, protegiendo su persona y patrimonio; y, porque viene a ser la medida más adecuada en interés del tutelado, si se tiene en cuenta la precedente relación de guarda que ha existido entre las partes⁷⁰.

En todo caso, la remisión que el artículo 306 del Código Civil hace a la regulación de la tutela es únicamente al artículo 220, por lo que no parece que el legislador tenga intención de ampliarla a más supuestos regulatorios de la tutela al menos en derechos y obligaciones, ni tampoco una equiparación de la guarda de hecho al tutor formal, salvo que le otorgue determinadas funciones tutelares.

8. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DE HECHO POR HECHOS PROPIOS Y AJENOS

El artículo 229 del Código Civil impone al guardador la obligación de promover la constitución de la tutela. Y, si no lo hace es responsable solidario junto a los parientes llamados a la tutela, de la indemnización de daños y perjuicios causados. Aunque no está legitimado activamente para promover la declaración

de incapacidad (art. 757.1 LEC), su obligación es poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que sea promovida por este (art. 757.2 y 3 LEC). Por otra parte, es responsable por hecho propio de los daños y perjuicios que cause al guardado como consecuencia de su gestión y determina la aplicación del artículo 1902 del Código Civil como un supuesto más de responsabilidad extracontractual⁷¹.

No obstante, cabe plantearse si es, asimismo, responsable por hecho ajeno y, en consecuencia, responder por los daños y perjuicios ocasionados por el menor o incapaz que están bajo su guarda. Aunque el artículo 1903 del Código Civil no menciona al guardador de hecho, precisamente, entre los responsables civiles por hecho ajeno, tratándose de ilícito civil; sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 1994⁷² establece que «por lo que concierne al artículo 1903 del Código Civil hay que considerar que la enumeración de los casos que comprende dicho precepto no es cerrada ni exhaustiva, sino simplemente enunciativa», por lo que podrán plantearse una hipotética responsabilidad del guardador de hecho por culpa propia por la vía del artículo 1903, aunque no lo mencione expresamente sobre la base de la exigencia de guarda y de una culpa *in vigilando*; si bien, operaría cuando se tratase de un guardador de hecho en sentido propio y no un simple cuidador provisional del menor o incapaz —aunque podría concurrir con la responsabilidad de los padres o tutor o curador—⁷³. De todas formas, la mayoría de la doctrina, aunque no descarta la responsabilidad del guardador de hecho por los daños que cause la persona que está bajo su guarda, consideran que, aquella opera por la vía del artículo 1902 del Código Civil, si el hecho dañoso se debe a su culpa o negligencia⁷⁴.

Ahora bien, cuando se trata de actuaciones que constituyen ilícitos penales, si el causante del daño es imputable penalmente también lo es civilmente conforme el artículo 116 del Código Penal —la edad penal es a los 18 años—. Si el causante del daño es penalmente inimputable, el artículo 118.1 del Código Penal señala que «son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quien los tenga bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia». No obstante, añade que, los jueces pueden graduar de forma equitativa la medida en que deben responder estos con sus bienes, esto es, moderar su responsabilidad civil, pero no eximirles de ella. En todo caso, la inimputabilidad penal no excluye que el juez pueda considerar al autor de los hechos imputable civilmente. Lo cierto es que, el artículo 118.1 del Código Penal consagra una responsabilidad solidaria de los responsables penales con quienes los tienen bajo su guarda en los casos de los números 1 y 3 del artículo 20 —causas que eximen de responsabilidad penal por anomalía o alteración psíquica o por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia que, alteran gravemente la conciencia de la realidad—. Ahora bien, si se trata de menores mayores de 14 años y menores de 18 años, se aplica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores y en su artículo 61.3 ante un hecho delictivo (ilícito penal) consideran como responsable al guardador de hecho de la responsabilidad civil derivada del delito cometido por su guardado⁷⁵. Precisamente, el citado artículo 61.3 establece la responsabilidad solidaria del guardador de hecho con los menores y aunque alude a un orden de responsables; lo cierto es que, responde quien lo tenga bajo su guarda sin atender al mismo. Se atiende al control efectivo de quien tiene, precisamente, la guarda. Se trata de responsabilidad rigurosamente objetiva y que puede ser moderada por el juez, si demuestra que no han facilitado la conducta dañosa del guardado con una

conducta dolosa o con negligencia grave⁷⁶. Por último, si se trata de menor de 14 años es inimputable penalmente en todo caso, pero no civilmente por lo que responde por hecho propio y sus guardadores por hecho ajeno⁷⁷.

Finalmente, también en el ámbito penal, se puede considerar al guardador de hecho responsable penalmente por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones en el feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que los cometa contra los menores e incapaces que convivan con él⁷⁸. De todas formas, si se cometen en el seno de la convivencia familiar, serán competentes los juzgados de violencia de género⁷⁹.

VI. LA GUARDA DE HECHO Y EL REGISTRO CIVIL

La guarda de hecho puede acceder al Registro civil. Así la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro civil —que entrará en vigor de forma completa el 30 de junio de 2017 con las excepciones indicadas en la Disposición Final 10.^a— en su artículo 40.3.9.^o considera que puede ser objeto de anotación «el acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho». Las anotaciones registrales son una modalidad de asiento que, en ningún caso tendrán el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo en los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción que, no es el supuesto de la guarda de hecho (art. 40.1). En todo caso, las anotaciones registrales se extenderán a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado. En este contexto, la guarda judicializada, esto es, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento del guardador de hecho y le mantenga en el cargo, puede acceder al Registro civil. Si bien, conviene aclarar que la legitimación para el ejercicio de las funciones que se le hayan atribuido de forma puntual, provisional y, por ende, con cierta estabilidad en los casos por lo que se opten por reforzar su posición de guarda, derivan de la sentencia judicial no del asiento practicado. Ahora bien, la anotación en el Registro Civil al tener valor informativo, no supone con ello legitimar la actuación del guardador de hecho frente al tercero que quieran contratar con el guardado⁸⁰. Recordemos lo que establece el artículo 304 del Código Civil respecto de la posible validez de los actos llevados a cabo por el guardador de hecho, si redundan en su utilidad.

VII. CONCLUSIONES

La Convención de las Naciones Unidas de las personas con discapacidad de 2006 reconoce la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso y obliga a los Estados a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que, sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en esta Convención. Se opta por un modelo social que pone el acento en la consideración de las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y en el reconocimiento de una capacidad jurídica en iguales condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida (art. 12.4). Sobre tales bases, los Estados deberán adoptar medidas pertinentes que proporcionen acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar para el ejercicio

de su capacidad jurídica. Con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se modifica la regulación de la guarda de hecho incluyendo la posibilidad de otorgar judicialmente facultades tutelares a la misma. Además de establecer los supuestos en que la guarda de hecho deben motivar el desamparo; si bien, se parte mayoritariamente por considerar que no hay desamparo cuando hay un guardador de hecho. Asimismo se posibilita a este promover la privación y suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento del tutor. Con esta reforma, además de dotar de cierta estabilidad a la guarda de hecho y de funciones representativas, se mueve en la línea de encajar en el marco tutivo de las medidas de apoyo que, la Convención de las Naciones Unidas de las personas con discapacidad anima a los Estados a fijar, a la guarda de hecho, «revitalizando» con ello su posición jurídica; todo ello sin dejar de señalar la importancia de la curatela también como medida de apoyo. Se tiende a proteger a las personas con discapacidad mediante la constitución de «trajes a medida» adaptados a discapacidad y, dejando como último recurso, la incapacitación judicial. En esta línea, la guarda de hecho viene a representar, también, un papel —si bien menor en su alcance— en la protección de las personas con discapacidad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AFONSO RODRÍGUEZ, E. (1995). La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores, *Actualidad Civil*, número 2, 317-331.

BERCOVTIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). De la guarda de hecho. Comentario a los artículos 303 a 306 del Código Civil, En: M. Amorós Guardiola y R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid: Tecnos, pp. 784-794.

CARCABA FÉRNANDEZ, M. (1984). Consideraciones sobre la guarda de hecho. En: J. M. González Porras (dir.), *La Tutela de los Derechos del Menor, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba.

DÍAZ ALABART, S. (2004). El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda. En: S. Díaz Alabart (dir.), *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Madrid: Ibermutuamur.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2008). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, décima edición, Madrid: Tecnos.

FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010). Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado. En: S. De Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, pp. 295-338.

LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, Familia, 4.^a edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, VI, Derecho de Familia, decimocuarta edición, Madrid: Marcial Pons.

LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, Navarra: Civitas, Thomson Reuters.

— (2014). Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación

ex voluntate y figuras tuitivas de apoyo. En: M. García-Ripoll Montijano y A. Leciñera Ibarra (coords.). *Estudios Jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 131-182.

LETE DEL RÍO, M. (1985). De la guarda de hecho. En: M. Albaladejo (dir.), *Commentario al Código Civil y Compilaciones forales*, T. IV, 2.^a ed., Madrid: Edersa, pp. 1980 y siguientes.

MORENO QUESADA, B. (1985). El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho, *Revista de Derecho Privado*, abril.

MUÑOZ GARCÍA, C. (2016). Responsabilidad civil de los grandes menores a la luz de las últimas reformas, *Diario La Ley*, núm. 8719, Sección Doctrina, 10 de marzo de 2016, Ref. D-102, 1-13.

ORTEGA PARDO, G. (1947). La tutela de hecho, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año XCII.

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, pp. 211-264.

— (2013). Comentario a los artículos 303 a 313 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. II, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 2531-2555.

— (2014). La guarda de hecho de las personas con discapacidad. En: L. Díez-Picazo (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, T. II, Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, pp. 2482-2509.

PRATS ALBENTOSA, L. (1995). *Derecho de familia*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

ROGEL VIDE, C. (1986). *La guarda de hecho*, Madrid: Tecnos.

— (2003). Sobre la guarda de hecho, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CL, octubre-diciembre, 579-596.

— (1991). Comentario al artículo 303 del Código Civil. En: C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. I, Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 863-870.

RUEDA ESTEBAL, L. (2015). La Institución tutelar. En: V. M. Garrido de Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 1.^o, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

SANCHO REBULLIDA, FCO. (1989). La guarda de hecho. *Elementos de Derecho Civil* de Lacruz Berdejo J.L., et al., T. IV, vol. 2.^o Derecho de familia, Barcelona: Bosch.

SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a (2002). La institución tutelar. En: J. Fco. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 2.^o, Madrid: Civitas.

VENTOSO ESCRIBANO, A (1985). *La reforma de la tutela*, Madrid: Colex.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (1984). La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho. *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid.

— (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General: Delimitación y especies. Elementos. Efectos y consecuencias*, Madrid: Dykinson.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2000
- STS, Sala de lo Civil, 12 de julio de 2004

- STS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 2009
- STS, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 2012
- STS, Sala de lo Civil, 16 de febrero de 2012
- STS, Sala de lo Civil, 1 de julio de 2014
- STS, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 2016
- STS, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2016
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, 29 de octubre de 1999
- SAP Zaragoza, secc. 4.^a, 8 de mayo de 2000
- SAP Córdoba, secc. 3.^a, 13 de mayo de 2001
- SAP Asturias, secc. 5.^a, 7 de junio de 2004
- SAP Cádiz, secc. 1.^a, 22 de diciembre de 2004
- SAP Valladolid, secc. 3.^a, 1 de febrero de 2005
- SAP Ourense, secc. 1.^a, 14 de julio de 2008
- SAPA Barcelona, secc. 12.^a, 29 de julio de 2009
- SAP León, secc. 2.^a, 14 de julio de 2010
- SAP Pontevedra, secc. 1.^a, 15 de octubre de 2013
- SAP Córdoba, secc. 1.^a, 15 de junio de 2015

NOTAS

¹ Vid., por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, Familia, 4.^a edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid: Dykinson, p. 448. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.^a, de 24 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006, 28448).

² ROGEL VIDE, C. (1986). *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 98; del mismo autor (1991). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, p. 864. En el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al artículo 303 del Código Civil, En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2.^a ed., Navarra: Thomson-Aranzadi, p. 478; DÍAZ-ALABART, S. et al. (2004). El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda, *op. cit.*, p. 74.

Sin embargo, para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1985). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, p. 783, pese a cumplir ambas figuras una función similar, la realidad normativa actual, sin embargo, no permite realizar una asimilación entre la tutela y la guarda de hecho, pues, los preceptos del Código Civil solo equiparan guarda de hecho y guarda legal en lo que atañe al deber de información del guardador (art. 303) y al deber de indemnización (art. 306). Además, ni siquiera la ubicación sistemática podría servir de argumento, si se tiene en cuenta, además que, el artículo 215 no enumera a la guarda de hecho dentro de las instituciones tutelares. Siendo así, que el régimen jurídico del guardador de hecho debería sujetarse únicamente a lo establecido en los artículos 303 a 306, sin que las normas relativas a la tutela sean de aplicación analógica.

³ ESCOBAR DE LA RIVA, E. (1943). *La tutela*, Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 253.

⁴ En el mismo sentido, el artículo 158.1 CDFA «cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, le requerirá para que informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes, así como de la actuación del guardador en relación con ambos extremos». Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1.^a, de 22 de diciembre de 2004 (*LA LEY* 2004, 269719); y, los Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 13 de febrero de 2008 (*LA LEY* 2008, 52542); y, de 25 de febrero de 2008 (*LA LEY* 2008, 52418), manifiestan que naturalmente ese deber de información se extiende en principio tanto a la persona como a los bienes, quedando limitado en cada caso al ámbito en el que se está desarrollando la guarda de hecho, sin perjuicio de que el guardador pueda completar la información con otros datos que conozca, ajenos a su actividad de protección y custodia. La información, en cuanto a los bienes, puede consistir en su caso en un inventario y en una rendición de cuentas.

⁵ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 23 de enero de 2007 (*LA LEY* 2007, 18071), señala que, la situación fáctica de la guarda de hecho en la persona de la abuela, consentida por el padre y la madre biológicos de los menores, debe legitimarse en beneficio del interés del menor; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.^a, de 11 de abril de 2008 (*LA LEY* 2008, 145022).

⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, p. 789. *Vid.*, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 13 de febrero de 2008 (*LA LEY* 2008, 52542).

⁷ 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. 225.

⁸ LETE DEL RÍO, J. M. (1985). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, p. 490. *Vid.*, también, MARTÍNEZ DÍE, R. (2000). Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección, *La Notaría*, número 2, febrero 2000, p. 36. *Vid.*, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 13 de febrero de 2008 (*JUR* 2008, 174192). Para LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 401, en cambio, la actividad de la autoridad judicial es meramente facultativa.

⁹ RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La institución tutelar, *op. cit.*, p. 1027.

¹⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.^a, de 13 de mayo de 2001 (*LA LEY* 2002, 91255).

¹¹ Con todo, señala PARRA LUCÁN, M.^a Á. (2014). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, en L. Díez-Picazo (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel, T. II*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p. 2489 «no hay que desconocer el riesgo de que la persona guardada carezca de otros parientes que puedan denunciar el mal uso y abuso que el guardador de hecho realice al gestionar el patrimonio del guardado en su exclusivo beneficio e interés».

¹² *Vid.*, asimismo, el artículo 159.2 del CDFA.

¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, p. 790.

¹⁴ LETE DEL RÍO, J. M. (1985). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, p. 490; SANCHO REBULLIDA, FCO. (1984). El nuevo régimen de la familia, *op. cit.*, pp. 162-163; LACRUZ BERDEJO J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 448. El Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de marzo de 1992 (AC 1992, 516) se establece como medida cautelar interesada por el Ministerio Fiscal consistente en que los menores queden bajo la guarda y custodia de su tía materna para evitar el desamparo y desprotección en tanto se resuelve sobre su custodia.

¹⁵ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 8 de julio de 2004 (*LA LEY* 2004, 162406).

¹⁶ ROGEL VIDE, C. (1991). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, p. 865. Sin embargo, LETE DEL RÍO, J. M. (1985). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, p. 490, dispone que «estas medidas habrán de ser lógicamente subsiguientes al informe, pues en función de este se adoptarán aquellas que la autoridad judicial estima más procedentes en beneficio de la persona y de los bienes de la persona sometida a la guarda de hecho».

¹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1985). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, p. 790.

¹⁸ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.^a, de 29 de julio de 2009 (AC 2004, 2020); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 5 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 238160).

¹⁹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2000 (*RJ* 2000, 2982); y, de 16 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 3923); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 27 de febrero de 1996 (AC 1996, 358); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.^a, de 9 de junio de 1999 (AC 1999, 1219); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 18 de enero de 2000 (AC 2000, 157); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.^a, de 8 de febrero de 2000 (AC 2000, 513); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.^a, de 19 de octubre de 2001 (*JUR* 2001, 331523); de la Audiencia Provin-

cial de Barcelona, sección 12.^a, de 19 de noviembre de 2008 (*LA LEY* 2008, 246312); de la misma Audiencia y sección, de 29 de julio de 2009 (*LA LEY* 2009, 179528); de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.^a, de 4 de septiembre de 2009 (*LA LEY* 2009, 261948); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 2.^a, de 14 de julio de 2010 (*LA LEY* 2010, 130899).

²⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.^a, de 5 de marzo de 2001 (*JUR* 2001, 139719).

²¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 6 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 6608); de 18 de octubre de 1996 (*RJ* 1996, 7507); y, de 10 de noviembre de 2005 (*LA LEY* 2006, 10099) que, como precisa «la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia, imputable de forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basado en datos contrastados y suficientemente significativos de lo que puede inducirse la realidad de aquél incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo», y añade «se requiere, por tanto, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo»; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida de 18 de febrero de 1993 (*AC* 1993, 567); de la Audiencia Provincial de Ávila de 16 de noviembre de 1995 (*AC* 1996, 481); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 2.^a, de 12 de enero de 1999 (*AC* 1999, 3464); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.^a, de 9 de junio de 1999 (*AC* 1999, 3464); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1.^a, de 22 de junio de 1999 (*AC* 1999, 8394); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.^a, de 8 de febrero de 2000 (*AC* 2000, 513); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 3.^a, de 1 de marzo de 2000 (*AC* 2000, 3914); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.^a, de 19 de diciembre de 2000 (*AC* 2001, 74); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 30 de mayo de 2008 (*LA LEY* 2008, 90413), señala que «la privación reviste un carácter excepcional y debe basarse en circunstancias extremas en las que la continuidad de las relaciones paterno-familiares vengan a poner en peligro la educación o formación, en sus distintos aspectos, del sujeto infantil, de manera que, cuando se hable de incumplimiento de los deberes inherentes a tal potestad, en cuanto causa de privación de la misma, ello no conlleva un significado de pura censura o sanción de una conducta omisiva, habiendo de valorarse esta en función del antedicho principio de *favor filii* que imponga o aconseje, a favor del interés a proteger, tan drástica medida»; de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 1.^a, de 11 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001, 54306); de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.^a, de 16 de abril de 2010 (*LA LEY* 2010, 97598); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 24 de junio de 2010 (*LA LEY* 2010, 147092); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 3 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 42850).

²² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 2844) además de señalar que, requiere ineludiblemente la inobservancia de deberes de modo constante, grave y peligroso para el hijo, dispone que, la declaración de desamparo es el momento de determinación de estar encurso en causa de privación; y, de 9 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5157) que, igualmente, se constata que para la privación de patria potestad resulta necesario la existencia de un incumplimiento de los deberes de forma grave y reiterada, y que, ha de tratarse tal privación de una medida beneficiosa para el hijo; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 28 de septiembre de 1992 (*AC* 1992, 1175); asimismo, sobre la base del principio del interés del menor, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 26 de marzo de 2009 (*LA LEY* 2009, 169920) se pone de manifiesto que, para resolver sobre la privación de la patria potestad hay que considerar el efecto que ello tendría sobre la menor, más que la intencionalidad o no del progenitor en el incumplimiento de sus deberes como padre.

²³ En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 2041) que, además, añade que, las causas de privación de la patria potestad están formuladas en forma de cláusula general en el artículo 170 del Código Civil y requieren ser aplicadas en cada caso según las circunstancias concurrentes.

²⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4371); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, de 19 de septiembre de 2008 (*LA LEY* 2008, 225497).

²⁵ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ávila de 18 de junio de 1999 (AC 1999, 2279), y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.^a, 22 de mayo de 2014 (AC 2014, 1408).

²⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 25 de junio de 1994 (*LA LEY* 1994, 13968); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 27 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003, 44131). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 12 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 186517) señala que «la doctrina jurisprudencial existente, constante y pacífica desde diciembre de 1992, limita la privación de la patria potestad a supuestos de índole excepcional, basados, además, no en meras sospechas o alegaciones afirmativas de una de las partes, sino en una sólida resultancia probatoria demostrativa del perjuicio que para el hijo implica el que uno de los padres siga ostentando, conjuntamente con el otro, la referida potestad».

²⁷ ZURITA MARTÍN I. (2003). «La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal», *Actualidad Civil*, núm. 32, 1 al 7 de septiembre, p. 867.

²⁸ En similares términos, se pronuncia el artículo 159.3 CDFA cuando referido al acto declarado necesario por la Junta de Pariente, dispone que: «*El acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables, si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida.*»

²⁹ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.^a, de 19 de diciembre de 2000 (*LA LEY* 2000, 231054); la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.^a, de 9 de marzo de 2001 (*LA LEY* 2001, 53742); la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3.^a, de 12 de mayo de 2004 (*LA LEY* 2004, 111969); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.^a, de 1 de febrero de 2005 (*LA LEY* 2005, 24967); de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1.^a, de 14 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 344718); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.^a, de 8 de septiembre de 2008 (*LA LEY* 2008, 227882).

³⁰ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2008). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, décima edición, Madrid: Tecnos, pp. 290-291.

³¹ PARRA LUCÁN, M.^a Á. (2013). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, *op. cit.*, p. 240; LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, pp. 151-152. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.^a, de 25 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 235604). En cambio, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (1988). *Curso de Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 259, considera que «el régimen de la eficacia extraordinaria en beneficio del menor solo podrá extenderse a los actos conservativos..., pues, como señala, si los actos de administración extraordinaria del tutor legal sin autorización pueden ser impugnados, con más razón los del tutor de hecho».

³² SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a (2002). «La institución tutelar», En: J. Fco. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia*, vol. 2.^o, Madrid: Civitas, p. 580.

³³ El artículo 3.1 a) de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en relación con la constitución del patrimonio protegido dispone que: «*El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de este un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil.*»

³⁴ Para MORETÓN SANZ, M.^a F. (2009). El guardador de hecho ante la dependencia: revisión de los procedimientos autonómicos y las declaraciones «bajo su responsabilidad», *LA LEY*, número 7246, de 22 de septiembre de 2009, p. 2, la presentación de la solicitud para la declaración de dependencia por el guardador puede ser incluida en la órbita de los actos de administración.

³⁵ NÚÑEZ MUÑIZ, C. (1999). La guarda de hecho, *op. cit.*, p. 441; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a (2002). La institución tutelar, *op. cit.*, p. 580; ROGEL VIDE, C. (1991). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *Comentario del Código Civil, T. I*, Madrid: Ministerio de Justicia, p. 867, precisa que «estos deberes juegan también para los guardadores de hecho, junto con los derechos correspondientes, siendo —en tales casos— difíciles de

conjugar sus límites, sobre todo el representado por la intervención y control de la autoridad judicial». Precisamente por ello, y a su entender «los actos que, en base a los deberes y derechos antes citados, realice el guardador de hecho, en relación con la persona del guardado, han de ser susceptibles de impugnación».

³⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.^a, de 1 de febrero de 2005 (AC 2005, 550) se considera válido el rescate del plan de pensiones con objeto de destinarlo al sostentimiento de su madre; y el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Córdoba de 29 de abril de 2013 (JUR 2013, 208043) autorización para los guardadores de hecho para disponer de los fondos de la cuenta que el menor a su cargo tiene abierta en una sucursal bancaria.

³⁷ Señala LETE DEL RÍO, J. M. (1985). De la guarda de hecho. Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 491 que «la utilidad es un concepto relativo; como es sabido, lo que es útil para unas personas puede no serlo para otras». Asimismo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1985). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 790, se pregunta, si un concepto como el de utilidad tan indeterminado suscita la duda acerca de la oportunidad de constituirlo en límite de impugnabilidad de los actos del guardador, sobre todo si se tiene en cuenta que normalmente no se impugna un acto que ha resultado beneficioso.

³⁸ SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a (2002). La institución tutelar, *op. cit.*, p. 580; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1985). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 791 quien, asimismo, precisa que «la valoración debe ser objetiva, aunque tenga en cuenta las circunstancias del cada caso, incluidos los aspectos personales del menor o incapaz» y añade además que «no cabe plantearse una valoración fraccionada de la utilidad que produzca un acto: la valoración debe ser global, sin que pueda pretender una anulación parcial limitada a consecuencias perjudiciales»; LETE DEL RÍO, J. M. (1985). De la guarda de hecho. Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 491; MORENO QUESADA, B. (1985). El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho, *op. cit.*, pp. 329-330; ROGEL VIDE, C. (1991). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 867-868; PARRA LUCÁN, M.^a Á. (2013). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2548; de la misma autora (2014). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, *op. cit.*, p. 2497 señala que «la valoración de la utilidad comprende los aspectos personales, el cuidado, la atención al menor o incapacitado, por lo que no debe efectuarse exclusivamente en atención a criterios económicos de rentabilidad económica»; FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010). Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado, *op. cit.*, p. 320; LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 171 que, lo hace con el matiz «de que en lo personal lo objetivo será atenderse al entender y querer del afectado, mientras que en lo patrimonial el criterio es la mera ventaja económica obtenida».

³⁹ LETE DEL RÍO, J. M. (1985). «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, p. 491; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, p. 791 quien señala que «esta inversión de la carga de la prueba es favorable para el menor o incapaz».

⁴⁰ DE COUTO GALVEZ, R. M.^a (2000). «De la guarda de hecho», En: J. Rams Albesa y R. Moreno Flórez, *Comentarios al Código Civil, T. II*, vol. 2, Barcelona: Bosch, p. 2083.

⁴¹ SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a (2002). La institución tutelar, *op. cit.*, p. 580.

⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 790.

⁴³ ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 479. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 1994 (RJ 1994, 834).

⁴⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994.

⁴⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 790; ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 479; PARRA LUCÁN M.^a Á. (2013). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2548; de la misma autora (2014). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, *op. cit.*, p. 2495; DÍAZ ALABART, S., et al. (2004). El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁶ PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2547 nota 1 señala al respecto que: «se trata de una regulación novedosa que permitirá atender, en particular, a la realizada social de las personas incapaces que no están incapacitadas. La intervención de la Junta de Parientes garantiza la imparcialidad de la decisión de quien está actuando de hecho, sin tener atribuida una función tutelar. También ofrece garantía suficiente a terceros que, podrán confiar en la validez del acto que celebran con el guardador».

⁴⁷ PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2014). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, *op. cit.*, p. 2497; de la misma autora (2013). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, en: S. De Salas Murillo, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid: Dykinson, p. 241. En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, p. 791 se refiere a nuevas circunstancias (previsibles e imprevisibles) que transformar en útil lo que inicialmente era perjudicial, por lo que no debería admitirse la impugnación.

⁴⁸ LECINERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 173 si bien, precisa que «si al inicio de la gestión el acto no resultaba beneficioso para el guardado pero por circunstancias sobrevenidas acaba arrojando ventajas para él, cree la autora, que carecería de fundamento que se cuestionase el juicio favorable de utilidad preciso para salvar la validez de lo actuado». DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). «Instituciones de guarda y protección de menores. Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento». En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 444-445.

⁴⁹ PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2549.

⁵⁰ RJ 2016, 845.

⁵¹ Para FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010). Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado, *op. cit.*, p. 317 «estamos ante un verdadero contrato en nombre de otro que adquiere su validez si le beneficia. El guardador no actúa en representación del discapacitado, de acuerdo, pero si como si actuara el mismo discapacitado. Es una actuación no por representación, sino por sustitución si se nos permite aplicar la nomenclatura anglosajona en lo que se refiere a actos personalísimos». Por lo que, considera «esta sustitución se vería convalidada después, bien porque nadie la impugne, bien porque el Juez declara el acto válido por beneficiar al incapaz». Por su parte DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Instituciones de guarda y protección de menores. Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento, *op. cit.*, pp. 445-446 da por supuesto la aplicación del artículo 1259 del Código Civil para los actos impugnables por no cumplir los requisitos del artículo 304 del Código Civil.

⁵² LEÑA FERNÁNDEZ, R. (2000). El tráfico jurídico negocial y el discapacitado, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. En: R. Martínez Díe (dir.), Consejo General del Notariado, Madrid: Civitas, p. 213.

⁵³ LECINERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 182.

⁵⁴ Sobre la actuación del guardador de hecho con mandato o poder representativo y sus consecuencias, *vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 791; LEÑA FERNÁNDEZ, R. (2000). El tráfico jurídico negocial y el discapacitado, *op. cit.*, pp. 194-212. Por su parte, PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013) Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2536 se pregunta si en los poderes preventivos puede considerarse al apoderado como mero guardador de hecho, a lo que contesta que «parece dudoso que en este caso estemos ante un guardador de hecho, puesto que la actuación del apoderado aparece respaldada, precisamente, por el apoderamiento y no actúa «por iniciativa propia», sino del propio poderdante». Además añade acertadamente que «en el caso de otorgamiento de un poder preventivo ni se dan los presupuestos ni parece razonable tener en cuenta las consecuencias que, para la guarda de hecho establece el artículo 304 del Código Civil». Por lo que concluye que «en realidad los efectos de la gestión del apoderado serán los propios de la actuación representativa».

⁵⁵ PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2014). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, *op. cit.*, pp. 2497-2498.

⁵⁶ En este sentido, también se pronuncia el artículo 225-4 del Código Civil catalán: «*El guardador de hecho tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización por daños por razón de la guarda, a cargo de los bienes de la persona protegida*».

⁵⁷ ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 480.

⁵⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1984). En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 505-506; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª (2002). «La institución tutelar», *op. cit.*, p. 581; RUEDA ESTEBAN, L. (2015). «La institución tutelar», *op. cit.*, p. 1030. Para ROGEL VIDE, C. (1991). «Comentario al artículo 306 del Código Civil», *op. cit.*, p. 870, cabe englobar dentro de la indemnización como lucro cesante, lo dejado de ganar por el guardador de hecho, en el ejercicio de su profesión u oficio durante el tiempo dedicado a la guarda; y este mismo autor (2003). Sobre la guarda de hecho, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CL, núm. 4, octubre-diciembre, p. 592, señala, asimismo, que entre los daños y perjuicios indemnizables, cabe citar tanto los que pudiera haber causado, al guardador, terceras personas, como los que —con frecuencia, incluso— le pudiera haber causado el mismo guardado.

⁵⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1984). En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, p. 503.

⁶⁰ SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª (2002). «La institución tutelar», *op. cit.*, p. 581.

⁶¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALGAZ, C. (1984). En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil, *op. cit.*, p. 516.

⁶² PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). Comentario al artículo 306 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2550.

⁶³ FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010) «Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado», *op. cit.*, p. 312.

⁶⁴ SANCHO REBULLIDA, FCO. (1989). *Elementos de Derecho Civil*, de LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., *op. cit.*, p. 287.

⁶⁵ ROGEL VIDE, C. (1991). Comentario al artículo 306 del Código Civil, *op. cit.*, p. 869; del mismo autor (1986). *La guarda de hecho*, *op. cit.*, pp. 143-144; y (2003). «Sobre la guarda de hecho», *op. cit.*, p. 592; LECINERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 194. *Vid.*, asimismo, el artículo 225-4 del Código Civil Catalán que señala que, el guardador de hecho tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización de los daños por razón de la guarda, a cargo de los bienes de la persona protegida; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.^a, de 5 de julio de 2001 (*JUR* 2001, 268305).

Para un mejor enfoque de este problema SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª (2002). La institución tutelar, *op. cit.*, pp. 581-582 considera que habría que distinguir dos momentos: a) Retribución por el trabajo realizado por el guardador en la fase previa a que se tenga conocimiento por el Juez de esta situación. En este caso, habría que negar este derecho, ya que el sentido de la retribución es estimular al tutor a un buen funcionamiento de la tutela, y esto se compadece mal con su aplicación a actos ya realizados; b) Por el contrario, en relación con los actos futuros, una vez que el Juez ha conocido ya esta situación de guarda, y por considerarla conveniente, la mantiene durante un tiempo, no cabe duda de que podría fijar una retribución al guardador, conforme a los criterios del artículo 274 del Código Civil. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.^a, de 5 de julio de 2001 (*JUR* 2001, 268305); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 17 de marzo de 2004 (*LA LEY* 2004, 66789).

⁶⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 791-792.

⁶⁷ RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La institución tutelar, *op. cit.*, p. 1031.

⁶⁸ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, de 7 de junio de 2004 (*LA LEY* 2004, 134557).

⁶⁹ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.^a, de 21 de marzo de 2001 (*LA LEY* 2001, 61662).

⁷⁰ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.^a, de 12 de noviembre de 2002 (*JUR* 2002, 9136), nombramientos como tutores a los abuelos que, antes actuaban como guardadores de hecho; la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.^a, de 17 de marzo de 2004 (*JUR* 2004, 129314); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 10 de enero de 2005 (*JUR* 2005, 267726) igualmente, el nombramiento como tutores a los abuelos, que antes actuaban como guardadores de hecho del menor; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 28 de junio de 2007 (*LA LEY* 2007, 135400).

⁷¹ SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a (2002). La institución tutelar, *op. cit.*, p. 582; ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al artículo 304 del Código Civil, *op. cit.*, p. 479.

⁷² *RJ* 1994/4568. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 11 enero 1994 (*AC* 1994, 39).

⁷³ Para YZQUIERDO TOLSADA, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Madrid: Dykinson, pp. 305-306 señala al respecto que «distinguiendo entre la aplicación analógica y la interpretación extensiva, lo primero estaría vedado en el terreno del artículo 1903, pero no así lo segundo. Por otra parte, es bastante sólida la idea de que la responsabilidad del guardador de hecho bien podrían fundamentarse sobre la negligencia propia». Y añade «(...) lo cierto es que, al menos para los casos de exención de responsabilidad criminal a que se refiere la regla primera del artículo 118 Código Penal, la cuestión ha quedado resuelta de manera afirmativa como también ocurre para el caso de menores —por *lapsus* tipográfico dice el autor mayores— de dieciocho años y mayores de catorce autores de actos penalmente típicos (art. 61.3)». En esta línea, RUEDA ESTABEAN, L., La institución tutelar, *op. cit.*, p. 1031 manifiesta al respecto que, la responsabilidad por los perjuicios causados a terceros es equiparable a la del tutor que, tiene su fundamento en la norma del artículo 1903 del Código Civil.

⁷⁴ PARRA LUCÁN, M.^a Á. (2013). Comentario al artículo 306 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2552; FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010). Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado, *op. cit.*, p. 312; LECINERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 220.

⁷⁵ DÍAZ-ALABART, S. (1987). La responsabilidad por actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela, *Anuario de Derecho Civil*, p. 835; YZQUIERDO TOLSADA, M. (1997). *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad Civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos)*, Madrid: Dykinson, p. 247; NÚÑEZ MUÑIZ, C. (1999). La guarda de hecho, *op. cit.*, p. 445. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1984 (*RJ* 1984, 4296); y, la de 5 de marzo de 1997 (*RJ* 1997, 1650); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.^a, de 18 de julio de 2001 (*LA LEY* 2001, 145831), señala que, su responsabilidad no tiene el carácter cuasiobjetivo que se deriva de la condición de tutor que, no ostenta; de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, de 5 de abril de 2005 (*LA LEY* 2005, 75479) atribución de responsabilidad a la Junta de Extremadura por ejercer la guarda de hecho de la menor al estar ingresado en un centro de acogida dependiente de la misma por orden judicial en el momento de cometerse los hechos. Falta de concurrencia de circunstancias específicas que, permiten al Juez de instancia hacer uso de la facultad de moderar la responsabilidad civil del guardador de hecho en caso de no apreciar dolo o negligencia en su conducta; de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 7.^a, de 5 de diciembre de 2005 (*LA LEY* 2005, 286418); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1.^a, de 20 de julio de 2010 (*JUR* 2010, 417447) falta de hurto cometido por un menor sometido a la guarda de la Comunidad Autónoma de Canarias. Esta es la primera llamada a responder civilmente a pesar de la existencia de concretos guardadores de hecho; y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 4.^a, de 14 de julio de 2011 (*JUR* 2011, 338604). En contra, GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, M. (1992). *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona: Bosch, p. 266.

⁷⁶ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, de 26 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003, 236568); y, de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1.^a, de 25 de enero de 2005 (*JUR* 2005, 92563).

⁷⁷ Un estudio muy interesante sobre la responsabilidad civil y penal de los menores, *vid.*, MUÑOZ GARCÍA, C. (2016). *Responsabilidad civil de los grandes menores a la luz de*

las últimas reformas, *Diario La Ley*, núm. 8719, Sección Doctrina, 10 marzo de 2016, Ref. D-102, pp. 1-13.

⁷⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1.^a, de 25 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 1760) utilización del menor para la elaboración de material pornográfico agravado por la utilización de menor de 13 años por quien es guardador de hecho.

⁷⁹ *Vid.*, los Autos de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 1.^a, de 29 de abril de 2009 (*LA LEY* 2009, 1346927); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 9 de marzo de 2010 (*LA LEY* 2010, 72653).

⁸⁰ En esta línea, PARRA LUCÁN, M.^a Á. (2013). La guarda de hecho de las personas con discapacidad, *op. cit.*, p. 233 que añade, además que «con más razón debe negarse el reconocimiento de la eficacia legitimadora a otros posibles documentos (como una certificado acreditativo concedido por el Juez en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, un decreto del Ministerio Fiscal dictado en expediente informativo o el acto notarial de notoriedad)».