

1.2. 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 (I)

*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 (I)*

por

ANA ISABEL BERROCAL 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 PUBLICIDAD DE LA GUARDA DE HECHO EN EL REGISTRO CIVIL.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La redacción originaria del Código Civil mantenía silencio sobre esta figura jurídica¹. Tan solo el artículo 173 contenía una referencia «a la persona que estuviera ejerciendo la guarda del adoptando», sin mayores especificaciones respecto a las características de dicha guarda; salvo el hecho que debía ser oído el guardador en la adopción. Es, por ello, que en la doctrina se hablaba de «tutela de hecho» considerando que existía tal figura cuando una persona ejercía funciones de tutor sin tener derecho a ello²; o cuando no era ejercida por quien tenía legalmente ese cargo, sino en su lugar, por otra persona que no lo ostenta legítimamente³. Sin faltar quienes negaban su propia autonomía y la asimilaban al mandato o gestión de negocios ajenos⁴; o simplemente, optaban por aplicar a la misma las normas propias de la tutela regular⁵.

En este contexto, los profesores BERCOVITZ, ROGEL VIDE, CABANILLAS y CAFFARENA bajo la dirección de DÍEZ-PICAZO, redactaron un *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil* relativo a la tutela patrocinado por la Dirección General de Servicios Sociales y la Fundación General Mediterránea publicado en 1977, donde elaboraron un Anteproyecto que, afecta sustancialmente a los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil, dedicando el Título X a las instituciones tutelares, y en el Capítulo I del mismo relativo a las «Disposiciones

generales» se venía a encuadrar la «guarda de hecho» dentro de las citadas instituciones; destinado luego el Capítulo VI específicamente a la misma (arts. 307 a 313), en el primero se disponía que «*quien careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos, algunas de las funciones propias de las instituciones tutelares, o se hubiese encargado de su custodia o protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la ley impone a los tutores*»; y se añadía en el artículo 312 que «*tan pronto como la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, deberá de oficio requerirle para que rinda cuentas generales de su actuación en orden a la persona y bienes del tutelado, así como proceder a la constitución de la correspondiente institución tutelar, de acuerdo con las normas de este Código*». Situación que contrasta, con la ausencia de regulación en la redacción originaria de nuestro Código Civil.

En este *Estudio*, como señala SANCHO REBULLIDA (1984, p. 46), se inspiraron, con carácter general los trabajos llevados a cabo por la Comisión General de Codificación, dirigidos a la reforma de los títulos IX y X del Libro I del Código Civil⁶, y asimismo, sirvió de base para la posterior reforma de la tutela llevada a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Aunque, en el Capítulo I dedicado a las «Disposiciones generales» del Título X del Libro I bajo la rúbrica «De la tutela y guarda de los menores e incapacitados» no se hace referencia a la guarda de hecho; en concreto, en el artículo 215 se obvia cualquier mención a aquella en la enumeración de las instituciones de guarda de menores e incapacitados; no obstante, con una regulación escasa el Capítulo V se dedica a «la guarda de hecho» con solo tres preceptos (art. 303, 304 y 306)⁷; que contrasta de nuevo con la más amplia regulación que, se dedica a la figura en el mencionado *Estudio*; y, con la que, asimismo, se contiene el Código Civil catalán, que tras la aprobación por Ley 25/2010, de 29 de julio del Libro II relativo a la persona y la familia, regula la misma en el Título II *Las instituciones de protección de la persona*, Capítulo V La guarda de hecho (arts. 225-1 a 225-5), con unos contornos más precisos que, los que se contenían en el derogado Código de Familia catalán, (Ley 9/1998, de 15 de julio —artículos 253 a 258—), representando uno de los instrumentos de protección de las personas mayores de edad que, no pueden gobernarse por sí mismas, y, de menores en situación de desamparo, y, formando parte del nuevo modelo de protección que, se diseña en este Libro II, donde, además de ponerse el acento en la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar (art. 211-3.1); se fomenta la autonomía del individuo en la organización de la protección de su persona y patrimonio, cuando no pueda decidir por sí mismo; y, se relega la incapacitación y constitución formal de la tutela para casos de desamparo del incapaz, cuando a la grave enfermedad psíquica, se le añade la falta, inadecuación o imposibilidad de apoyo familiar. Por su parte, también se dedica una mayor atención a la figura en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas (en adelante CDFA), Capítulo VII La guarda de hecho, Título III *De las relaciones tutelares* (arts. 156 a 159). No obstante, en todas las regulaciones se sigue considerando la guarda de hecho como situación provisional, aunque se avanza con la última reforma legislativa estatal hacia una cierta permanencia y estabilidad y de todas formas la regulación vigente posibilita un control por parte de la autoridad judicial con el objeto de garantizar la protección del incapaz.

Ahora bien, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptado por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y cuyo Instrumento de Ratificación por España fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 21 de abril de 2008, forma parte del ordenamiento jurídico interno español y sus normas y principios son de obligada aplicación por los juzgados y los tribunales⁸. En ella se reconoce que, las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, además de diseñar un sistema de apoyos que puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica y posterga la necesidad de modificación judicial de la capacidad para cuando resulte estrictamente necesaria (art. 12)⁹. Un sistema de apoyos que se proyecta sobre las circunstancias específicas de la persona con discapacidad en relación con el acto o negocio concreto que ha de realizar. De todas formas, nuestro Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 29 de abril de 2009¹⁰ entiende que nuestro sistema de incapacitación es conforme con la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad y se propone: «1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada». En esta línea, la sentencia del citado Alto Tribunal, de 1 de julio de 2014¹¹ señala que «el artículo 200 del Código Civil que regula las causas de incapacitación (*«las enfermedades o deficiencias persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma»*) y el artículo 760.1 de la LEC que regula la incapacitación judicial, deben ser interpretados bajo la consideración de que la persona con discapacidad «sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección», en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tengan en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona. El autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la voluntad, de querer o desear algo. De ahí que, si algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan el autogobierno o excluyen, ya sea porque impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulan o merman la voluntad, constituirán causas de incapacitación. Pero lo serán en atención a este efecto de impedir en la realidad el autogobierno de una persona determinada. Y como la realidad ordinariamente es complicada, es preciso admitir que, como recordaba ya la sentencia 479/1994, de 20 de mayo, en algún caso el estado mental de una persona admite distintos grados de discernimiento y conforme a ello la pérdida de autogobierno sea parcial o referida a algunas actividades vitales y no a otras. De este modo, la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Como hemos recordado recientemente «el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección

porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sean necesarias una forma de protección adecuada» (sentencia 504/2012, de 17 de julio). Debe ser un traje a medida. Para ello hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa de un complemento o de una representación para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales y en qué medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción de tribunal de instancia. Hasta el punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente el presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas esterotipadas). Es cierto que, en el juicio de incapacitación los principios dispositivos y de aportación quedan condicionados por la finalidad perseguida que, es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueden necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica». Y añade que «tan flexible como el juicio de incapacitación es la constitución de la tutela». Por su parte, de nuevo, la sentencia de este Alto Tribunal de 3 de junio de 2016¹² dispone que «para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. La discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (sentencia de 13 de mayo de 2016). Se trata de lo que esta Sala ha calificado de un traje o trajes a medida que, precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda, si puede actuar por sí misma, o si precisa de alguien que lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Ello exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio o interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones». Ahora bien, «el interés superior del discapaz —sentencia de 19 de noviembre de 2015— es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derechos de la Persona con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y

familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado». De todas formas «es cierto que, el artículo 12.4 de la Convención exige que los Estados Partes aseguren que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos y que esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que, no hay conflicto de intereses ni influencia indebida, que serán proporcionada y adaptadas a las circunstancias de la persona. Después de la Convención y en su mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, establece en su artículo 3 a) como principio de actuación «el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas».

En todo caso, se ha ampliado el campo de actuación de la guarda de hecho con las últimas reformas legislativas en materia de discapacidad y dependencia. Así en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad se le concede legitimación al guardador de hecho para constituir un patrimonio protegido [art. 3.1 c)]; y, en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia se permite su intervención en la solicitud de reconocimiento de la dependencia. Asimismo, en el ámbito personal, tratándose de consentimiento por representación el artículo 9.3 a) de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se otorga cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y el paciente carece de representante legal, podrán prestar el consentimiento las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Ahora bien, aunque el consentimiento lo haya prestado el guardador de hecho, la decisión que se adopte, debe siempre atender al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Y, además, aquellas decisiones que se tomen que, puedan ser contrarias a los intereses del paciente deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte a tal fin la resolución correspondiente, salvo que por razones de urgencia no fuera posible recabar la citada autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios podrán adoptar las medidas necesarias para la salvaguarda de la vida o salud del paciente, siempre amparados en su actuación por el cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (art. 9.6). En todo caso, como regla general, la prestación del consentimiento por representación que lleva a cabo el guardador de hecho será adecuada a las circunstancias, proporcionada a las necesidades que haya que atender y siempre en favor del paciente y con respecto a su dignidad personal. De todas formas, el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones que resulten necesarias y se exijan a lo largo del proceso sanitario¹³.

Por otra parte, recientemente se ha aprobado la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en la que se reforman algunos preceptos del Código Civil, entre los cuales, se encuentra el artículo 303, y parece que operando en la línea del sistema de apoyos diseñado en la Convención de las Naciones Unidas, se incluye la posibilidad de otorgar judicialmente al guardador de hecho facultades tutelares, y, además, se establecen los supuestos de guarda de hecho que deben motivar la declaración de desamparo —para ello se introduce las oportunas modificaciones en la regulación de la tutela ordinaria de menores y personas con capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo previstos en los artículos 239 y 239 bis del Código Civil—; y, los supuestos ante los que ha de procederse a la privación de la patria potestad o nombramiento de tutor a solicitud del guardador de hecho. De todas formas, el artículo 225-3 del Código Civil catalán también concede facultades tutelares a la guarda de hecho de las personas que estén en potestad parental o en tutela, siempre y cuando concurren circunstancias que lo hagan aconsejable. Asimismo en esta Ley 26/2015 se establece una regulación estatal más completa de las situaciones de riesgo y desamparo, conceptos jurídicos indeterminados que, por vez primera, se definen en una normativa de rango estatal.

En este contexto, el ámbito subjetivo de aplicación de la guarda de hecho alcanza a los menores en situación de desamparo o abandono por el motivo que sea, o cuando sometidos a patria potestad o la tutela, estos no la ejercen, en una suerte de «dejación» de sus facultades; o, de menores protegidos durante la minoría de edad con la tutela o la patria potestad y después de alcanzar la mayoría de edad, no se insta el proceso de incapacitación, sino que se pasa a una guarda de hecho, como una especie de «patria potestad prorrogada de hecho», o de personas mayores incapacitadas cuyo tutor o curador no ejercen adecuadamente sus funciones, o, en fin, personas mayores que pueden precisar de una institución de protección o apoyo; u otros grupos de especial vulnerabilidad (presuntos incapaces, discapacitados o dependientes), frente a los que puede constituir una opción válida para la protección de su persona y/o de su patrimonio —incluso durante la sustanciación del proceso de incapacitación—¹⁴, el nombramiento de un guardador de hecho.

Ciertamente, se puede proceder a la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando además de darse esta circunstancia, se dan los presupuestos objetivos de falta de asistencia contenidos en los artículos 172 y 239 bis del Código Civil.

No se ha de dudar del impacto que la guarda de hecho tiene en la realidad asistencial de las personas mayores, por lo que se demanda un tratamiento jurídico de la figura adaptada a esta dimensión social. Los avances médicos han favorecido el aumento en la esperanza de vida de nuestros mayores que, ha venido acompañado de un aumento de las enfermedades neurodegenerativas y de discapacidades psíquicas o físicas que, demandan medidas asistenciales derivadas de la implacable pérdida progresiva de la autonomía personal del individuo. Precisamente, la existencia de situaciones de discapacidad física y psíquica limitan tanto la capacidad de entender y querer de la persona como su autonomía personal motivada por una pérdida de la misma, lo que evidencia la necesidad de arbitrar medios de apoyo como puede ser la guarda de hecho que, pese a carecer de legitimación para actuar en la esfera personal y patrimonial, da satisfacción a las necesidades cotidianas que, se plantean en el cuidado y atención de menores y personas mayores.

Se deben buscar vías alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad, pues la realidad que nos rodea constata que, la mayor parte de las personas mayores con facultades volitivas e intelectuales limitadas no han sido objeto de un procedimiento de modificación de su capacidad, ni lo serán probablemente en el futuro. Lo cierto es que hay una tendencia en la doctrina a dotar de un mayor reconocimiento legal a la guarda de hecho y a exigir, en consecuencia, una regulación más extensa que, elimine todos los problemas que se pueden suscitar en la práctica¹⁵. No obstante, precisa PARRA LUCÁN (2013, 2533-2534) que aunque «las propuestas de una mayor regulación de la guarda de hecho están llenas de buenas intenciones», lo cierto es que «si se regula la guarda de hecho y se establecen requisitos y formalidades, acreditaciones y controles, a medio o largo plazo ya no será un guarda de hecho, sino que en la práctica se convertirá en una guarda de derecho sin previa incapacitación, o si se quiere una «incapacitación» más relajada, sin procedimiento judicial contradictorio, sin las garantías del procedimiento de incapacitación». Por lo que concluye «no cabe desconocerse que la relajación en las garantías puede impedir una protección adecuada y dejar abierta la puerta a fraudes y abusos»; y, además «no resulta deseable una generalización de las guardas de hecho al margen de las guardas configuradas legalmente, porque se está privando al menor o incapaz de las garantías que en su beneficio el legislador ha previsto al diseñar las instituciones de guarda y protección»¹⁶. Si bien, no consideramos que son tanto los posibles «peligros» como los beneficios o las bondades como mecanismo de apoyo que, puede favorecer la protección de un determinado grupo de población sin tener que recurrir en última instancia a la incapacitación judicial como única forma de protección de personas de edad avanzada.

Sobre tales bases, en el presente estudio vamos a proceder a un tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la institución de la guarda de hecho —si bien, este último más escaso en comparación con otras instituciones tutelares como la tutela—, atendiendo a las últimas modificaciones en su regulación que, la acercan más a la línea de representar un mecanismo de protección y apoyo a menores y a personas mayores que, el ordenamiento jurídico ha de proporcionar a tales colectivos, sin necesidad de recurrir a la modificación de la capacidad judicialmente, salvo que sea necesario como último recurso ni a la declaración de desamparo. Lo que representa una «revitalización», a nuestro entender, de su alcance funcional.

II. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA GUARDA DE HECHO

LETE DEL RÍO señala que «no es la guarda de hecho una creación puramente doctrinal, sino un supuesto harto frecuente en la vida diaria. Y si nos preguntáramos por la razón de esta *praxis*, seguramente habría que recordar aquella frase que «el derecho de familia empieza donde termina la familia», y constatar que es el recelo de la familia a la intromisión en la esfera que le es propia de personas, instituciones y órganos ajenos a ella»; por ello, estima que, «aunque el sistema de guarda y protección de los menores o incapacitados se haya modificado, incluso si así se considera perfeccionado y agilizado, cuando exista una situación familiar de armonía, se seguirá produciendo resistencia a la intervención de terceras personas extrañas, y con mayor motivo cuando se trate de autoridad judicial»¹⁷. A estas razones que justifican la *praxis* de la guarda de hecho, añade ROGEL VIDE (1986, 13) «la desconfianza que muchos guardado-

res de hecho, potenciales o efectivos, sienten hacia las formalidades legales; el desconocimiento, la ignorancia de las formalidades a seguir para constituir los organismos tutelares; y el temor a los costes que puede generar el procedimiento de incapacitación —si esta es necesaria— y la constitución de la tutela»¹⁸.

En todo caso, como señala LASARTE ÁLVAREZ (2015, 401) «la guarda de hecho es el mecanismo protector de los más humildes económicamente que, a su vez, suelen ser los más generosos de corazón. Por tanto, pocos pleitos generan las situaciones de guarda de hecho; y de otra parte, el análisis de la figura debe estar presidido más que por la desconfianza hacia lo ilegal o paralegal, por una franca actitud de encumio o beneplácito hacia quien asume la guarda de hecho»¹⁹. Por su parte, FÁBREGA RUIZ (2010, 297) la guarda de hecho se define de acuerdo con dos rasgos básicos «el primero positivo, cual es la asunción de algún deber de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz; y el otro, negativo, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento jurídico»²⁰. Y en este contexto, añade que el guardador de hecho será «aquella persona que sin nombramiento alguno, ni judicial ni administrativo, se encarga del cuidado del menor, de un incapacitado o de una persona que, sin estar incapacitada, no puede valerse por sí misma»²¹.

De hecho, los cuidadores no profesionales a los que presta atención la mencionada Ley 39/2006, atribuyéndoles una prestación económica y el alta como cotizantes en la Seguridad Social, son encuadrables en la figura de la guarda de hecho; y, habitualmente, son en su mayoría mujeres dedicadas al cuidado de algún familiar discapacitado o dependiente.

Lo cierto es que, se trata de una figura surgida al margen de la Ley, pero frecuente en la vida cotidiana, que tras la reforma de la Ley 13/1983 ha adquirido rango normativo; un reconocimiento legal, sin embargo, escaso en su alcance, pues, el Código Civil ni define la guarda de hecho, ni fija los supuestos de hecho que pueda ampararse bajo la misma, ni el régimen jurídico aplicable; lo que corresponde a la doctrina suplir esta carencia, dando lugar a diversas concepciones de la misma, dependiendo de la postura amplia o estricta que se pretenda dotar a esta figura. En todo caso, conviene resaltar que en evitación de perjuicios, el legislador del 83 quiso, pese a la escasa regulación, otorgar efectos jurídicos a una situación constituida fuera de los márgenes formales o legales, que corresponden a los cargos tutelares. Y, ahora de nuevo el legislador, con la reforma de su articulado con la Ley 26/2015 le ha dotado de funciones tutelares —cuando lo considere pertinente la autoridad judicial—, ampliando con ello su campo de actuación y reconociendo, en nuestra opinión, su valor como mecanismo de apoyo y protección de menores y de personas mayores y la tendencia a dotarle de cierto carácter permanente.

AFONSO RODRÍGUEZ (1995, 321) señala que estamos ante una figura harto compleja que refleja situaciones en que las funciones de guarda y custodia no se realizan por el titular de la patria potestad o de la tutela, sino por un tercero, que satisface las necesidades más apremiantes del necesitado de protección, sin ningún régimen legal y de forma superpuesta con la guarda legal²².

Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA (1984, 152) manifiesta que no se trata de una institución jurídica, sino que nos encontramos ante una situación no querida por la Ley, a la que, sin embargo, resulta por su difusión, conveniente atribuir consecuencias jurídicas determinadas²³.

De forma más exhaustiva, DÍEZ-PICAZO (1977, 61) considera al guardador de hecho como «aquella persona que, careciendo de potestad legal sobre un menor o incapaz o susceptible de serlo, ejerce respecto de ellos alguna de las

funciones propias de las instituciones tutelares o se encarga de su custodia o protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses». Y, añade que «se entienden incluidos en este instituto a los tutores en quienes concurra causa de inhabilidad legal o que hubieren comenzado su ejercicio sin dar cumplimiento a los requisitos legales, o extendieren su función después de haberse extinguido la tutela»²⁴.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1.^a, de 22 de diciembre de 2004 señala que «la guarda de hecho está reconocida como figura dotada de un cierto, aunque mínimo y provisional, estatuto legal o jurídico y sustantividad propia, merecedora, por tanto, de respeto durante el tiempo imprescindible para que se establezca y entren en funcionamiento las instituciones tutelares o de protección de menores dotadas de normalidad»²⁵; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.^a, de 1 de febrero de 2005²⁶ dispone que, el término «guarda de hecho» ha de entenderse también en sentido amplio, pero «en contraposición a los institutos tutelares —tutor, curador y defensor judicial—. No hay curador de hecho ni un defensor judicial de hecho; hay un solo guardador de hecho que, sin título bastante, desempeña cualquiera de las funciones propias de los institutos tutelares».

Finalmente, el artículo 225-1 del Código Civil catalán considera que es guardadora de hecho «*la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacidad, si no está en potestad parental o tutela, o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen*». Por su parte, el artículo 156 CDFA define el guardador de hecho como «*la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada*»²⁷.

En cuanto a los *caracteres* que configuran la guarda de hecho, se parte de considerarla como una situación de hecho. LETE DE RÍO (1985, 484) señala que de «entre las variadas clasificaciones que se pueden hacer de la tutela o guarda, una de ellas es la de tutela de hecho y de derecho. La guarda es de derecho cuando la persona que la ejerce actúa en virtud de un nombramiento legal de tutor. La guarda es de hecho cuando la desempeña una persona que carece de la cualidad de tutor»²⁸. Por su parte, CARCABA (1984, 82) se cuestiona sobre la naturaleza misma de la llamada «guarda de hecho»: ¿cómo puede ser que una institución de hecho sea regulada por el Derecho? Las instituciones de hecho nacen ante una ausencia total de formalidad, son meros hechos sin efectos jurídicos. Pero, en este caso, la posible guarda de hecho y la producción de efectos de la misma, está reconocida en el Código, tratándose en consecuencia de algo más que de un hecho puesto que los actos realizados por el guardador son válidos para el Derecho. Y, añade, finalmente, que la guarda de hecho transciende del mundo del hecho al producir efectos de Derecho²⁹. Con el mismo criterio, ROGEL VIDE (1991, 863) manifiesta que no se puede confundir con guarda fáctica como contrapuesta a jurídica, sino, por el contrario, guarda efectivamente ejercida y asumida al margen de las formalidades legales, y, precisa «tanto la tutela llamada plena o perfecta como la llamada tutela o guarda de hecho son, al fin y a la postre y en mayor o menor medida, tutela y participan, ambas de las características, antes predicadas, de la tutela en general». En definitiva, concluye el autor «siendo una formal y la otra informal, una con potencialidad de ejercicio —devenida o no en acto— y la otra efectivamente ejercida, son, ambas, tutela de Derecho, dada la relevancia jurídica de las dos. Guarda de hecho, pues, guarda efectivamente ejercida, asumida de hecho, al margen de las formalidades legales»³⁰. Compartimos esta

manera de entender la guarda de hecho, pues, no tiene mucho sentido hablar de situaciones de hecho y de derecho, desde el momento que, aquella goza de una regulación jurídica, se trata de una guarda asumida de hecho, —efectivamente ejercida y asumida al margen de las formalidades legales—, pero dotada de un reconocimiento legal, pues, de lo contrario no se alcanza el significado del articulado con el que se dota a la misma.

La guarda de hecho, asimismo, se refiere o contempla situaciones pasadas o, más exactamente actuales, pero anteriormente constituidas y desarrolladas³¹. Igualmente, está dotada, de cierta provisionalidad en su existencia. Nos encontramos ante una figura de configuración transitoria, operante mientras no se nombre el tutor o curador³². Resulta imprescindible la constitución de un cargo tutelar, y el guardador de hecho deberá informar de la situación al Juez, y este tomar las medidas oportunas que puede conllevar la extinción de la guarda de hecho, intervención judicial que debe realizarse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228 del Código Civil; de ahí que se pueda afirmar que, la guarda de hecho nace obligatoriamente para su extinción. Goza, por tanto, de una existencia temporal. No obstante, el legislador le dota de cierta estabilidad y permanencia, al permitir al juez cautelarmente que, el guardador de hecho asuma funciones tutelares.

PRATS ALBENTOSA (1995, 572) señala, al respecto que, cuando sea reconocida por el juez la existencia de un estado de guarda de hecho, la norma permite a la autoridad judicial que, potestativamente, permanezca inactiva y no adopte medida alguna, o que solicite al guardador informe sobre la situación de la persona y los bienes del guardado, así como respecto de su actuación en relación con los mismos. Tras haber recabado la información, al juez se le atribuye —según el auto— nuevamente la potestad de actuar o no, estableciendo las medidas de vigilancia y control que considere oportunas³³.

Compartimos tal planteamiento, pues, desde que el juez conoce la existencia de la guarda de hecho y la mantiene o le dota, incluso, de funciones tutelares, convierte la guarda de hecho en una guarda de derecho. Ciertamente, podemos encontrarnos con personas mayores, en las que no concurre necesariamente causa de incapacitación, y sin embargo, en la situación en que se encuentran, necesitan de una protección tanto en su ámbito personal como patrimonial, siendo la guarda de derecho, una de las opciones posibles y más favorables, lo que exigiría aparte de su reconocimiento, su mantenimiento con una duración que puede ser limitada en el tiempo, y, sometiéndola, por supuesto, a todas las medidas de control y vigilancia, que se consideren oportunas y necesarias; o de otorgarle además, cuando lo considere oportuno el juez, funciones tutelares que, posibiliten su actuación tanto en la esfera personal como patrimonial del guardado. Le dota de cierta representatividad que, de otra forma carece. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de transformar, si se considera conveniente, al guardador de hecho en acogedor tanto respecto de personas mayores como en caso de menores en situación de desamparo, en una suerte de acogimiento familiar³⁴, o nombrarle como tutor³⁵. En todo caso, la guarda de hecho muestra que, si bien no constituye una verdadera institución tutelar, sino una mera situación de hecho, no deja de cumplir una función protectora y desde el momento en que faculta —que no impone ni ordena— al juez para controlar su desenvolvimiento, es llano que el legislador adopte una actitud favorable a su continuidad en el tiempo, dentro de la provisionalidad que es razonable asociar a una situación de mero hecho en tránsito hacia una guarda institucional. Ciertamente, parece que, el legislador mantiene respecto de la guarda de hecho una posición que se podría

llamar neutral, por vía de conferir a la autoridad judicial un amplísimo margen de decisión, hasta el punto de permitirle mantener la actual situación de guarda de hecho como alternativa a la designación inmediata de defensor judicial que haga las veces de tutor en tanto se proceda el nombramiento de este (art. 299.2 del Código Civil). Asimismo, aunque el artículo 215 del Código Civil no la menciona entre las instituciones de protección de la persona y bienes, sin embargo, la regula dentro del Título X dedicado a la tutela, curatela y de la guarda de los menores e incapacitados, y la somete como las demás al correspondiente control judicial (arts. 216 y 303 del Código Civil). No obstante, el legislador aragonés menciona a la guarda de hecho en el artículo 100.2 del CDFA como figura que «puede contribuir a la guarda y protección de menores e incapacitados» en relación con su persona y bienes o solo de la persona o de los bienes.

III. SUPUESTOS DE GUARDA DE HECHO. SITUACIÓN DE DESAMPARO Y ACOGIMIENTO

La doctrina no es unánime sobre este punto, y se perfilan dos posturas, una amplia y otra restringida. Así, para los partidarios de una visión amplia, la guarda de hecho se da en todos los supuestos admitidos como tales en el *Estudio* dirigido por el profesor DÍEZ PICAZO en el año 1977³⁶, al que nos hemos referido en líneas precedentes. Son de esta opinión autores como ROGEL VIDE (1986, 53)³⁷, VENTOSO ESCRIBANO (1985, 129)³⁸, MORENO QUESADA (1985, 325)³⁹ y SANCHO REBULLIDA (1989, 341)⁴⁰. Entrarían los casos más frecuentes y posibles como son que los propios padres o el tutor hayan hecho dejación de sus funciones y que las realice y asuma un tercero como guardador de hecho.

Para otro sector doctrinal, esta tesis amplia se ve contradicha por el texto del artículo 303 del Código Civil que remite al artículo 228 del mismo cuerpo legal y habla ahora de «persona que pudiera precisar de una institución de guarda y apoyo» pareciendo que, con ello se trata de aludir únicamente a las guardas que, se dan cuando no se ha establecido una declaración de incapacidad o de tutela previa. De esta posición son partidarios CANO TELLO (1984, 142)⁴¹, RODRIGO BERCOVITZ (1986, 793)⁴² y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (1988, 258)⁴³, entre otros. Asimismo, consideran estos autores excluidos de la guarda de hecho todos los supuestos en que existe un tutor nombrado, pero, o bien está incurso en causa de inhabilidad, o bien no ha cumplido los requisitos legales para poder hacerse cargo del tutelado, ha sido removido y continúa desempeñando el cargo. En línea con su tesis, diferencian entre «guarda de hecho» y «tutela de hecho», e incluyen esta última categoría a los casos de tutelas putativas y tutelas irregularmente constituidas. Son, además, contrarios a la asimilación del régimen de la guarda de hecho al de la tutela, aduciendo que, a pesar que el Título X del Libro I se refiere a ambas, en cambio el artículo 215 del Código Civil, que inicia la regulación, no menciona como instituto de guarda y protección de menores e incapacitados a la guarda de hecho, por lo que el régimen de esta debe someterse a las normas del mandato y de la gestión de negocios⁴⁴.

En el artículo 225-1 del Código Civil catalán, son casos de guarda de hecho, los menores en situación de desamparo o la persona mayor de edad en las que concurre causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela, o aun esténdolo, los titulares de estas funciones no la ejercen; no, por tanto, el presunto incapaz⁴⁵. En todo caso, si la guarda se ejerce respecto de una persona que, está bajo patria potestad o tutela, se considera también conveniente que la autori-

dad judicial confiera funciones tutelares al guardador, si lo hacen aconsejable la duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona guardada. La atribución de estas funciones tutelares comporta la suspensión de la patria potestad y la tutela (art. 225-3.2).

Por su parte, el artículo 157 del CDFA califica de transitoria y temporal esta institución, y señala como supuestos de guarda de hecho, los menores o incapacitados en situación de desamparo, o las personas que podría ser incapacitadas.

En este contexto, el artículo 303 del Código Civil incluye como supuesto de guarda de hecho, la de las personas ya incapacitadas, cuando el tutor o el curador no cumplen sus funciones y en tanto se remueven del cargo a los mismos; la de personas no incapacitadas pero que pueden precisar de una institución de protección y apoyo; y, los menores como las personas con la capacidad judicialmente modificada en situación de desamparo. El artículo 172 se considera como situación de desamparo de menores «la que se produzca de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». Y el artículo 239 bis con respecto al desamparo de las personas con la capacidad modificada judicialmente considera como situación de desamparo a estos efectos «la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes o por carecer de tutor».

En el Código de Derecho Foral aragonés la situación de desamparo exige que, de hecho, a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores o incapacitados, estos se hallaran privados de la necesaria asistencia moral o material (art. 118). Pero para hablar de guarda de hecho resulta preciso que esa situación no haya sido conocida por la entidad pública, porque en tal caso lo que procede es que esta, en virtud de resolución administrativa que, la constate, asuma la tutela automática (art. 119). Al mismo tiempo, si la guarda de hecho se desarrolla adecuadamente, el menor o la persona con la capacidad modificada judicialmente no se encontrarán, de hecho, en situación de desamparo, por lo que ya no procederá la intervención de la Administración. Conforme al citado artículo 119 corresponde a la entidad pública a la que, en Aragón esté encomendada la protección de menores e incapacitados apreciar la situación de desamparo mediante resolución motivada que, supondrá la asunción automática por la entidad pública de las funciones tutelares y la suspensión de la autoridad familiar o de la tutela ordinaria. Si la situación de desamparo se debe a fuerza mayor de carácter transitorio, la entidad pública ejerce solo la guarda mientras se mantenga la situación. Las personas con la capacidad modificada judicialmente declarados en situación de desamparo estarán sujetos a tutela automática, salvo cuando la entidad haya asumido solo la guarda (art. 130.2). Es posible, además que, la entidad pública sea nombrada tutora, pero en este caso con arreglo a las normas de tutela ordinaria.

Por su parte, en el Código Civil catalán no se contempla la declaración de desamparo y la tutela automática de la entidad pública respecto de las personas mayores de edad en quienes concurran causa de incapacidad. Solo se prevé la declaración de desamparo para menores (arts. 228-1 a 228-9). En todo caso, se considera guardadora de hecho a la persona física o jurídica que cuida del menor o de una persona en quien se da causa de incapacidad «si no está en

potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no la ejercen» (art. 225-1); y se establece como causas de extinción de la guarda de hecho solo la declaración de desamparo del menor (art. 225-1).

La Ley 26/2015 modifica la regulación del desamparo. Así, en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor —también modificado— se completa la definición de la situación de desamparo contenida en el art. 172.2 del Código Civil). Así, se entiende como situación de desamparo de menores, como hemos señalado, la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Al respecto, se constata como un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

En particular, se entenderá que, existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor. Así: a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque estas no quieran o no puedan ejercerla; b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años; c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal; d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo; e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental; f) La in-

ducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad; g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria; y, h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia (art. 18.2 apartado 4 LOPJM).

En todo caso, la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Ahora bien, la resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial. Se establece como novedad, en la Ley 26/2015 la notificación al menor afectado y se precisa que tal notificación a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, se haga de forma inmediata sin que pueda sobrepasar el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

Constatada la situación de desamparo, la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores asumirá por *ministerio de la ley* la tutela del menor y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, en su caso, del juez que acordó la tutela ordinaria (arts. 172.1 y 239.1 del Código Civil —modificado asimismo por la Ley 26/2015—). La tutela administrativa se caracteriza por ser de titularidad pública, correspondiendo a las Entidades Públicas, pero es delegable, pues, puede ejercitarse por particulares a través de la figura que, analizaremos, del acogimiento familiar. La asunción de esta tutela por ministerio de la ley se hará como hemos señalado, mediante la correspondiente resolución administrativa. Cada Entidad Pública designará al órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento (art. 18.3 de la LOPJM).

Lo cierto es que, la asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de este. En todo caso, si procediere la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela (art. 172.1 apartado 3 y 4 del Código Civil)⁴⁶; y veremos que, ahora también puede hacerlo el guardador de hecho (art. 303.2 apartado 2 del Código Civil). La posibilidad de privación de la patria potestad o la remoción de la tutela que se concede a la Entidad Pública o al Ministerio Fiscal constituye una posibilidad nueva en esta ley, pues,

en la anterior regulación del artículo 172.1 del Código Civil solo era posible la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

Ahora bien, con el fin de favorecer y preservar el interés de los menores, se simplifica la constitución del acogimiento familiar equiparándolo al residencial, incluso aunque no exista previa conformidad de los progenitores o tutores, sin perjuicio del control jurisdiccional del mismo. En todo caso, se recoge la previsión de la prioridad del acogimiento familiar respecto al residencial. Hay dos tipos de acogimiento familiar en relación con las características de la familia acogedora y de la vinculación del menor con la familia acogedora. Así podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena. Asimismo, el acogimiento en familia ajena podrá ser especializado, entendiendo por tal: «el que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral» (art. 20.1 apartado 1 de la LOPJM).

El acogimiento especializado podrá ser, a su vez, profesionalizado cuando, reuniendo los requisitos anteriormente citados de cualificación, experiencia y formación específica, exista una relación laboral del acogedor o los acogedores con la Entidad Pública (arts. 173 bis.1 del Código Civil y 20.1 apartado 2 de la LOPJM).

También el acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos: a) Acogimiento familiar de urgencia: principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda; b) Acogimiento familiar temporal: que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de este en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva⁴⁷; y, c) Acogimiento familiar permanente: que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (art. 173 bis.2 del Código Civil)⁴⁸.

Se redefinen las medidas de acogimiento familiar en función de su duración. De forma que, se suprime el acogimiento provisional que ya no será necesario ante la simplificación del acogimiento familiar, así como el acogimiento preadoptivo que, en definitiva es, actualmente una fase del procedimiento de adopción. Así, el artículo 176 bis del Código Civil regula *ex novo* la guarda con fines de adopción que, recuerda al acogimiento preadoptivo y permite que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al juez para la constitución de la adopción, puede iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, con el fin de evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia.

Esto podrá tener lugar mediante la correspondiente delegación de guarda de la Entidad Pública.

Por otra parte, se considera en situación de desamparo de la persona con capacidad modificada judicialmente cuando quede privado de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumbe a la persona designada para ejercer la tutela de conformidad a las leyes o por carecer de tutor. En este caso, asimismo, la entidad pública a la que en el respectivo territorio está encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente asumirá por el ministerio de la ley la tutela de tales personas en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modifica su capacidad (art. 239 bis del Código Civil).

En este contexto, la definición de desamparo de los artículos 172.1 apartado 2 y 239 bis.2 del Código Civil, descrita en líneas precedentes, en relación con la guarda de hecho determina la existencia de dos tesis doctrinales y jurisprudenciales que, en principio, se muestran contrapuestas, la objetiva y la subjetiva: para la primera, el desamparo se contempla como una situación de hecho en la que lo que prima es la desasistencia del menor o de la persona mayor, de forma que, si alguien los atiende no existe situación de desamparo⁴⁹; por el contrario, la tesis subjetiva mantiene que si el menor o la persona mayor con capacidad modificada judicialmente o no, no se encuentran atendidos por las personas que ostentan la patria potestad o la tutela, en su caso, existe situación de desamparo, aunque tengan cubierta sus asistencia por un guardador de hecho⁵⁰.

La actual redacción del artículo 303.2 del Código Civil parece orientarse en la primera línea, pues, para que tenga lugar la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente, resulta necesario además de la existencia de una guarda de hecho que, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia que establecen los artículos 172 y 239 bis. De forma que, si no se dan tales presupuestos objetivos y están los menores y las personas con la capacidad modificada judicialmente bajo guarda de hecho, no están en situación de desamparo. Precisamente, en esta dicotomía desamparo y guarda de hecho se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 27 de octubre de 2014⁵¹ donde fija como doctrina de la Sala que «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye, ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección».

En todo caso, la situación de desamparo tiene lugar respecto de los menores, las personas con la capacidad modificada judicialmente, y las personas mayores no incapacitadas, pero que necesitan de un instrumento de protección y apoyo cuando se constata su falta de asistencia moral y material. De todas formas, la guarda de hecho que es relativamente frecuente con relación a los menores de edad, en los últimos tiempos es cada vez más habitual en relación con personas mayores de edad avanzada que, por no encontrarse incapacitadas judicialmente no tienen una institución de guarda ya sea tutela o curatela; de manera que, la ayuda, cuidado y atención que necesitan para muchas actividades de la vida diaria, les es prestada por personas de su entorno más cercano, como guardadores de hecho.

IV. FUNCIONES DE LA GUARDA DE HECHO

Pese al silencio del artículo 304 del Código Civil, el guardador de hecho actúa tanto en la esfera personal como patrimonial, y, puede variar en función de los supuestos a los que se aplica, adaptándose a las circunstancias concretas de guarda, que exige el sometido a la misma.

Respecto de la persona, puede ocuparse de su alimentación, cuidado, tratamientos médicos, educación y formación; incluso, promover la incapacidad del sujeto, cuando sea necesario, o de procurar su recuperación. En este sentido, se manifiesta el artículo 159.1 del CDFA; y, el artículo 225-3.1 del Código Civil catalán, que, además añade que «el guardador debe actuar siempre en beneficio de la persona en guarda».

Respecto de su patrimonio, alcanza, en principio, a todos los actos de administración ordinaria, no a los de carácter extraordinario, pues, no olvidemos que, se trata de una situación fáctica, de hecho. A ello, se refiere expresamente el artículo 159.1 del CDFA si bien, con la exigencia de que estos actos de administración sean necesarios. Para la justificación de tal necesidad será suficiente la declaración en tal sentido de la Junta de Parientes de la persona protegida (art. 159.2 de la citada Ley). No obstante, la realización de estos actos calificados de «necesarios», comporta frente a terceros la representación legal del guardador de hecho. E igualmente, contiene mención expresa de la limitación en la actuación del guardador a los actos de administración ordinaria, el artículo 225-3-1 del Código Civil catalán. Ahora bien, si se trata de una guarda de hecho de personas, que están bajo patria potestad o tutela, estas pueden solicitar de la autoridad judicial que, confirieran al guardador, funciones tutelares, siempre y cuando concurran circunstancias, que lo hagan aconsejable, como por ejemplo, la duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona guardada, que lo hagan aconsejable⁵². Estas funciones tutelares se atribuyen en procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la patria potestad o del tutor, si es posible. Tal atribución conlleva la suspensión de la patria potestad (art. 225-3.2 del Código Civil catalán), evitando con ello que, el guardador tenga que, asumir una carga demasiado onerosa, sobre todo, si se trata de miembros pertenecientes a la misma familia, de tener que instar la privación de la patria potestad o la remoción del tutor.

Si bien, en este contexto, desde la propia regulación del Código Civil, la no mención expresa y por ende, limitación de la actuación del guardador,—a diferencia de los ordenamientos autonómicos citados—, a los actos de administración ordinaria; no parece imposibilitar que, puedan extenderse aquella también a los de administración extraordinaria y los dispositivos, siempre que, redunden en utilidad del menor o presunto incapaz, si tenemos en cuenta lo que establece el artículo 304 del mencionado cuerpo legal, y, el hecho que, cuando la guarda de hecho se comunica a la autoridad judicial, su existencia podríamos decir se «juridifica», sometiéndose a un control judicial como los demás cargos tutelares⁵³. Y, actualmente, con la posibilidad añadida de ver ampliado su campo de actuación al concederle el juez cautelarmente funciones tutelares, que le permitan realizar actos de administración y disposición, en su caso, con las mismas limitaciones que, se imponen a las demás instituciones tutelares, al dotarles de cierta representatividad.

NOTAS

¹ YZQUIERDO TOLSADA, M. (1984). La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho, *Estudios sobre incapacidad e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, p. 152 nos recuerda que, la guarda de hecho «se trataba con anterioridad a la reforma de una práctica muy extendida al margen de la ley, debida a la general ineficacia del complejo mecanismo tutelar anterior». Y, añade «es de esperar que en el nuevo sistema la protección de menores e incapacitados se verifique según lo previsto en la nueva regulación». Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de Familia, decimocuarta edición, Madrid: Marcial Pons, pp. 400-401 señala que, siempre ha tenido una relativa presencia social la situación de un menor o incapacitado tutelado o protegido de hecho por una persona que no ostenta potestad alguna sobre él; y, desde la publicación del Código Civil dicha eventualidad ha sido precisamente *una situación fáctica extraña a la ley*.

² DÍEZ-PICAZO, L. (1973), «Notas sobre la institución tutelar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, p. 1386.

³ ORTEGA PARDO, G. (1947). La tutela de hecho, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año XCII, p. 81.

⁴ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a (1978). La llamada «patria potestad de hecho», *Revista de Derecho Privado*, 1978, p. 843.

⁵ ORTEGA PARDO, G. (1947). La tutela de hecho, *op. cit.*, pp. 105-106 que afirma que «en los verdaderos casos de tutela de facto rigen las normas de tutela en general». Y añade «no se me oculta la objeción que contra esta afirmación puede inmediatamente oponerse: ¿Cómo es posible, en derecho privado, basándose tan solo en el principio del interés del menor, aplicar las normas que la Ley prevé para una institución regular, en los casos en que aparece la tutela de una manera irregular? Y esto aún más en el derecho español en cuanto el artículo 4 del Código Civil prescribe la nulidad absoluta de los actos contra ley, y en ningún lugar del mismo se encuentra excepción sobre este punto, a tan terminante precepto, que permite fundar legalmente nuestra teoría».

⁶ SANCHO REBULLIDA, FCO. (1984). «El nuevo régimen de la familia», *Tutela e instituciones afines*, de Lacruz Berdejo, J. L. et al., vol. III, Madrid: Civitas, p. 46.

⁷ PÉREZ ALGAR, F. (1984). «Derechos individuales e incapacitación», *Estudios sobre incapacidad e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, p. 65, señala que, este reconocimiento legal ha venido exigido por el gran número de guardadores de hecho que existían en la práctica; y citando a Carl Schmitt, manifiesta que lo existencial es superior a lo normativo, a la vista de lo cual, se opta por este reconocimiento y al compás del mismo, se admite la producción de ciertos efectos jurídicos a una situación surgida *ex legem* que, hasta entonces, no los producía.

⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 30 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4864); y, de 27 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 6032).

⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre se expresa en el sentido que «el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacidad de una persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecida en la ley (art. 199 del Código Civil), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 del Código Civil (y que en la actualidad imponen en el vigente art. 759 LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacidad (arts. 199 y 200 del Código Civil), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacidad (...).

¹⁰ *RJ* 2009, 2901.

¹¹ *RJ* 2014, 4518.

¹² *JUR* 2016, 129325.

¹³ La Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia modifica los apartados 3, 4 y 5 y se añaden los apartados 6 y 7 al artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Ahora bien, previo a la prestación del consentimiento el paciente debe ser adecuadamente informado, pues, como establece el artículo 5.1 de la Ley 47/2002 el titular de la información es el propio paciente. Este habrá de ser informado, incluso en caso de incapacitado, del modo más adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumplimiento con el deber de información también a su representante legal. De no estar incapacitado el paciente —capacidad modificada judicialmente— puede autorizar a que también sean informadas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida y en los términos que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. Ahora bien de darse el caso que el paciente, a juicio del médico, no es capaz de entender la información que se le proporciona a causa de su estado físico o psíquico, la información en este caso se proporcionará a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (art. 5.3). Entre estas personas vinculadas al paciente por razones de hecho se puede encontrar el guardador de hecho, pues, como hemos señalado, puede consentir, por lo que con más razón puede ser informado para poder conformar un adecuado consentimiento. De todas formas, la actuación del guardador de hecho a la hora de ser informado y prestar el consentimiento opera cuando falta cualquier familiar o pariente del paciente. Ante la duda del profesional sanitario sobre la legitimidad en la actuación del guardador de hecho puede acudir al comité de ética del hospital o solicitar autorización judicial, salvo situaciones de riesgo vital o de urgencia.

Al respecto LECÍNERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 98 señala que «es recomendable que el guardador de hecho haga constar cuando presta su consentimiento que lo evactúa en su condición de guardador de hecho para evitar problemas posteriores derivados de la difícil acreditación de esta circunstancia».

¹⁴ Se nombra mientras se incoa el proceso de incapacitación del presunto incapaz un defensor judicial, pudiendo recaer tal condición en el guardador de hecho. *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 31 de enero de 2002 (LA LEY 2002, 25723).

En el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 8 de abril de 1999 (AC 1999, 886), se establece como medida cautelar durante la tramitación del procedimiento de incapacitación y posterior constitución del organismo tutelar, el nombramiento de lo que en la sentencia se califica de «*tutor cautelar*», que, aunque no existe ni en el Derecho catalán, ni en el Código Civil español; sin embargo, no significa que, no se haya previsto por el legislador, ni impide que, se pueda adoptar como medida. No es más que, un defensor con funciones de guarda —relativa— de la persona del presunto incapaz, y de guarda y administración de los bienes de este durante la pendencia del procedimiento de incapacitación. No es otra que, la figura prevista en el artículo 209 en relación con los artículos 299 bis y siguientes del Código Civil.

¹⁵ LECÍNERA IBARRA, A. (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 tuítivas de apoyo. En: M. García-Ripoll Montijano y A. Lecínera Ibarra (coords.), *Estudios Jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p. 163; FÁBREGA RUIZ C.FCO. (2006). *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces y la Fundación Aequitas, p. 87.

¹⁶ PARRA LUCÁN, M.^a A. (2013). Comentario al artículo 303 del Código Civil, En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 2533-2534.

¹⁷ LETE DEL RÍO, J. M. (1985). De la guarda de hecho, En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. IV*, 2.^a ed., Madrid: Ederesa, p. 484.

¹⁸ ROGEL VIDE, C. (1986). *La guarda de hecho*, Madrid: Tecnos, p. 13.

¹⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil, op. cit.*, p. 401.

²⁰ 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*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, p. 297.

²¹ FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010). Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado, *op. cit.*, p. 298. Por su parte, RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La institución tutelar, En: V. M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia, vol. 1.^o, 2.^a ed.*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor; pp. 1015-1016 entiende por guarda de hecho «el cuidado que asume sobre un menor o incapacitado una persona que formalmente no está investida del cargo de tutor». Y en un intento de aproximación al núcleo del instituto se adhiere a la forma como lo conceptualizan algunos autores cuando la describen como «el ejercicio, con respecto a menores e incapaces, de funciones propias de instituciones tutelares, con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia o protección, o de administración de su patrimonio o gestión de sus intereses por personas que no son tutores, curadores ni defensores judiciales».

²² AFONSO RODRÍGUEZ, E. (1995). La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores, *Actualidad Civil*, 1995-2, p. 321.

²³ YZQUIERDO TOLSADA, M. (1984). La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho, *op. cit.*, p. 152.

²⁴ DÍEZ PICAZO, L., et al. (1977). *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Madrid: Fundación General Mediterránea, p. 61.

²⁵ LA LEY 2004, 269719.

²⁶ AC 2005, 550.

²⁷ Para PARRA LUCÁN, M.^a Á. (2013). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2533 «cabe pensar que en Aragón es posible el mantenimiento de la guarda de hecho como institución estable de protección del incapaz natural, y en este sentido, no sería necesariamente transitoria». Si bien, continúa la autora señalando que «en la lógica de la ley, lo razonable será que se ponga fin a la situación de hecho y se establezca una institución tutelar en sentido amplio, aunque muy probable en la práctica, el Ministerio Fiscal no llegue a promover la incapacitación, si se trata de un presunto incapaz, no solo por la relajación con que se actúa en este ámbito, sino también por la convicción de que en los casos concretos no es la mejor fórmula para proteger a la persona».

²⁸ LETE DEL RÍO, J. M. (1985). De la guarda de hecho, *op. cit.*, p. 484.

²⁹ CÁRCABA 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, p. 82.

³⁰ ROGEL VIDE, C. (1991). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *Comentarios del Código Civil, T. I*, Madrid: Ministerio de Justicia, p. 863.

³¹ MORENO QUESADA, B. (1985). El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho, *Revista de Derecho Privado, abril*, p. 325.

³² 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, p. 71.

En todo caso, se puede nombrar como tutor al propio guardador de hecho, *vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.^a, de 14 de junio de 1999 (AC 1999, 851); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.^a, de 17 de marzo de 2004 (*JUR* 2004, 129314).

³³ PRATS ALBENTOSA, L. (1995). *Derecho de familia*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 572.

³⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.^a, de 29 de julio de 2004 (AC 2004, 2020), acogimiento familiar simple por los abuelos que, eran los guardadores de hecho del menor; y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 8 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 238160).

³⁵ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.^a, de 17 de marzo de 2004 (*JUR* 2004, 129314); y, de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.^a, de 7 de marzo de 2005 (AC 2005, 566).

³⁶ El *Estudio* comprendía los casos siguientes conforme a lo dispuesto en los artículos 307 y 308: 1. Cuando alguien, careciendo de potestad legal, sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera, respecto de ellos, alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses; 2. Cuando estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por una causa de inhabilidad legal; 3. Cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales; 4. Cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él».

³⁷ ROGEL VIDE, C. (1986). *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 53.

³⁸ Para VENTOSO ESCRIBANO, A. (1985). *La reforma de la tutela*, Madrid: Colex, p. 129, la expresión del artículo 303 de presunto incapaz, parece que solo quiere aludir a aquellos casos en que una persona se encarga de la guarda de otra sin que esta haya sido previamente incapacitada y sin que haya precedido la constitución regular de una tutela previa, lo que excluiría aquellos casos mencionados de tutela irregular o de continuidad de la tutela tras su extinción. Este autor, no obstante, opta por una interpretación amplia del artículo 303 y aplicarla en aquellos casos en que pueda beneficiar a un menor o a un incapaz.

³⁹ MORENO QUESADA, B. (1985). El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho, *Revista de Derecho Privado*, abril, p. 325.

⁴⁰ Para 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, p. 341 estaríamos en presencia de un guardador de hecho en los siguientes casos: «1.º. Cuando un tutor se apodera del cargo sin título alguno y lo ejerce de hecho, ya sea por asunción espontánea, ya por delegación arbitraria del nombrado; 2.º. Cuando un tutor está afectado por causa de inhabilidad no constatada o que ha incumplido los requisitos previos al ejercicio de su cargo. 3.º. Cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales. 4.º. Cuando un tutor sigue en el ejercicio de la tutela tras la remoción firme o la extinción de la misma por otra causa». No comparte NÚÑEZ MUÑIZ, C. (1999). La guarda de hecho, *Revista de Derecho Privado Junio*, pp. 433-434 esta opinión respecto del último supuesto por la sencilla razón de que «la tutela, al igual que la patria potestad, se extingue una vez que el menor adquiere la mayoría de edad, es emancipado o se le concede el beneficio de la mayor edad; entonces, ¿Cómo es posible que pueda seguir desempeñando el cargo y considerarse una guarda de hecho si han desaparecido los presupuestos necesarios para que esta tenga lugar?, esto es, que exista un menor o incapaz que precise asistencia, cosa que no se da cuando se alcanza la mayoría de edad o cesa la causa que daba lugar a la misma». FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010). Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado, *op. cit.*, p. 299 señala que entrarían en esta postura amplia y en el concepto «los que se apoderan del cargo sin título, o por delegación arbitraria del nombrado, el tutor inhábil o irregular —por omisión del inventario o fianza—, o la tutela punitiva —por nulidad del testamento en que se establece, existencia de pariente preferente desconocido, etc...—, para este sector doctrinal el artículo 303 del Código Civil no prohíbe ni impide esta interpretación y, con ella, el incapaz, cuyo beneficio es la base de toda su regulación jurídica, recibe un mayor protección». *Vid.*, también, AFONSO RODRÍGUEZ, E. (1999). «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», *op. cit.*, p. 325.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.^a, de 18 de enero de 1999 (AC 1999, 2949) hace referencia al supuesto de incapacitación y no nombramiento de tutor, sino a la designación de guardador de hecho; y, por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.^a, de 8 de mayo de 2000 (LA LEY 2000, 94664), hermano como guardador de hecho de su hermana, presunta incapaz como consecuencia de la enfermedad de Alzheimer que padecía.

Los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 20 de junio de 2001 (LA LEY 2001, 1241159); y, de 13 de julio de 2001 (LA LEY 2001, 142612), configuran el internamiento como una clara guarda de hecho, ejercida con el auxilio de un profesional que dicho internamiento procura.

⁴¹ CANO TELLO, C. (1984). *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, p. 142.

⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid: Tecnos, p. 793.

⁴³ ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A. (1988). *Curso de Derecho de Familia, T. I*, Madrid: Civitas, p. 258.

⁴⁴ Para RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La institución tutelar, *op. cit.*, p. 1025 esta construcción resulta criticable, pues, «la guarda de hecho, aun desprovista de toda forma, viene a proteger los intereses del menor o incapacitado de igual modo que la tutela regular o plena».

⁴⁵ En el artículo 253 del derogado Código de Familia catalán, eran supuestos de guarda de hecho: menores en situación de desamparo y cualquier persona que por razón de las circunstancias personales, puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela. *Vid.*, en relación con la regulación contenida en el citado Código, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 29 de octubre de 1999 (LA LEY 1999, 150009); y, de la misma Audiencia, sección 18.^a, de 18 de febrero de 2000 (LA LEY 2000, 41114).

⁴⁶ Al respecto el artículo 239.3 del Código Civil también modificado por la Ley 26/2015 reitera la legitimación para el ejercicio de las acciones de privación de la patria potestad, la remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, al Ministerio Fiscal y a la Entidad Pública y añade a los llamados al ejercicio de la tutela.

⁴⁷ La Disposición Adicional segunda de la Ley 26/2015 establece que, todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento familiar temporal previsto en el artículo 173 bis del Código Civil.

⁴⁸ Recordemos que, el antiguo artículo 173 bis del Código Civil contemplaba tres modalidades de acogimiento familiar: *simple, preadoptivo y permanente*. El acogimiento familiar simple está, al igual que, el acogimiento familiar temporal actual caracterizado por la nota de la transitoriedad. así, tal acogimiento familiar simple obedecía a los supuestos en que era seguro o previsible que, la guarda concluiría con la reincisión del menor en su propia familia, al haber tenido lugar por un desamparo motivado por razones coyunturales o guarda asumida de modo transitorio por la entidad pública a solicitud de los padres (antiguo artículo 173 bis 1 del Código Civil); o, también como recurso provisional hasta que se tomar una decisión sobre la asunción de una medida de carácter más estable para el menor —adopción o la constitución de la tutela ordinaria—. No se establecía plazo, a diferencia de la regulación actual, donde el acogimiento familiar temporal tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor determine la necesidad de una prórroga de la medida por la inmediata o previsible reintegración en la familia de origen o la adopción de otra medida de protección definitiva. En cuanto al antiguo acogimiento familiar permanente tenía lugar ante el carácter definitivo de las circunstancias que motivaron el desamparo no hacían posible la reincisión del menor en su familia, y sin que, además fuera conveniente la adopción para el menor —por su edad avanzada—. De ahí, la exigencia de un acogimiento más estable y desprovisto de la nota de transitoriedad. Sin embargo, en la actual regulación se adoptará tal acogimiento cuando finalice el plazo de dos años de acogimiento temporal y no sea posible la reintegración en la familia de origen, o en los casos de menores con necesidades especiales o cuando la situación del menor y su familia así lo aconsejen.

⁴⁹ PARRA LUCÁN, M.^a Á. (2013). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2546. *Vid.*, asimismo, los Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 3 de enero de 2002 (AC 2002, 183); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 30 de abril de 2003 (AC 2003, 2034); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, de 30 de junio de 2003 (AC 2003, 1995); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1.^a, de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33272); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.^a, de 15 de octubre de 2013 (AC 2013, 1957).

⁵⁰ *Vid.*, la Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2011, de 16 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores p. 52 epígrafe XV.3 dispone en relación con el tratamiento de la guarda de hecho lo siguiente: «1. Conocida una situación de guarda de hecho, es preciso promover

la constitución de una institución de protección estable. Además, si ello conviene al interés del menor, podrá promoverse y acordarse provisionalmente el mantenimiento de la guarda de hecho como medida cautelar y hasta tanto se constituya o restablezca la institución de protección estable, cuando las circunstancias en las que se desenvuelve dicha guarda de hecho ponga de manifiesto que el menor está recibiendo la necesaria asistencia material y moral; 2. Puede ser causa para declarar el desamparo o para suspender o privar de la patria potestad el abandono del menor por sus padres, aunque otra persona, desinteresadamente o no, pero sin obligación ni vínculo jurídico ni personal con el niño, lo recoja y cuide de él; 3. Siempre ponderando las singularidades de cada caso —la situación de desamparo es por esencia casuística— se apoyará la opción de declarar en situación de desamparo con asunción de tutela automática al menor entregado con carácter permanente a personas ajenas al círculo familiar, sin perjuicio de evaluar el tiempo y los resultados de la guarda de hecho para que —si así lo exige el interés del menor— los guardadores sean designados acogedores; 4. Para nombrar tutor ordinario a un menor en situación de desamparo, previa o simultáneamente a la designación judicial, deberá declararse administrativamente la situación de desamparo del mismo o, en su caso, promoverse judicialmente la privación de la patria potestad; y, 5. A través de la tutela ordinaria podrá darse estabilidad jurídica a las frecuentes situaciones en las que los parientes próximos, y en especial los abuelos, se encargan de la crianza de nietos cuyos padres han hecho dejación de sus funciones».

⁵¹ *RJ* 2014, 5183. En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, de 30 de junio de 2003 (AC 2003, 1995); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 9 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003, 242569); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1.^a, de 22 de diciembre de 2004 (*JUR* 2006, 33272); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.^a, de 15 de octubre de 2013 (AC 2013, 1957). Voto Particular en contra; y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.^a, de 15 de junio de 2015 (AC 2015, 1332).

⁵² Aunque no lo establece el legislador, parece que podría llevarse a cabo tal solicitud, por el guardador.

Por otra parte, la atribución de funciones tutelares solo puede tener lugar para el supuesto de persona que está en potestad parental o en tutela, y, no para aquellos casos, frecuentes en la práctica, donde las familias cuidan de sus miembros ancianos afectados por demencias seniles u otras enfermedades que, les impiden decidir por sí mismas, y respecto de las cuales no se insta su incapacitación; pues, para este supuesto se considera conveniente el nombramiento de tutor, con la consiguiente incapacitación del sujeto.

⁵³ *Vid.*, RUEDA ESTEBAN, L. (2015). «La institución tutelar», *op. cit.*, pp. 1028-1029; FÁBREGA RUIZ, C. FCO. Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado, *op. cit.*, p. 318. Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional número 221/2002, de 25 de noviembre (*RTC* 2002, 221) concede a los guardadores de hecho del menor legitimación para impugnar ante el Tribunal Constitucional las decisiones de los poderes públicos que puedan ser lesivas de los derechos fundamentales de la menor que tienen bajo su guarda. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3.^a, de 12 de mayo de 2004 (AC 2004, 948) legitimación de la persona que actuaba como guardadora de hecho de otra que padecía «Síndrome de Down» para ejercitar la acción de nulidad de testamento; y, el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Córdoba de 29 de abril de 2013 (*JUR* 2013, 208043) autoriza a los guardadores de hecho para disponer de los fondos de la cuenta que el menor a su cargo tiene abierta en una sucursal bancaria, por considerar acreditado que esta medida es beneficiosa y protege su interés al permitir una adecuada gestión de la pensión que tiene reconocida. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, de 21 de mayo de 2015 (AC 2015, 1105) no tiene legitimación el guardador de hecho para reclamar alimentos entre parientes.