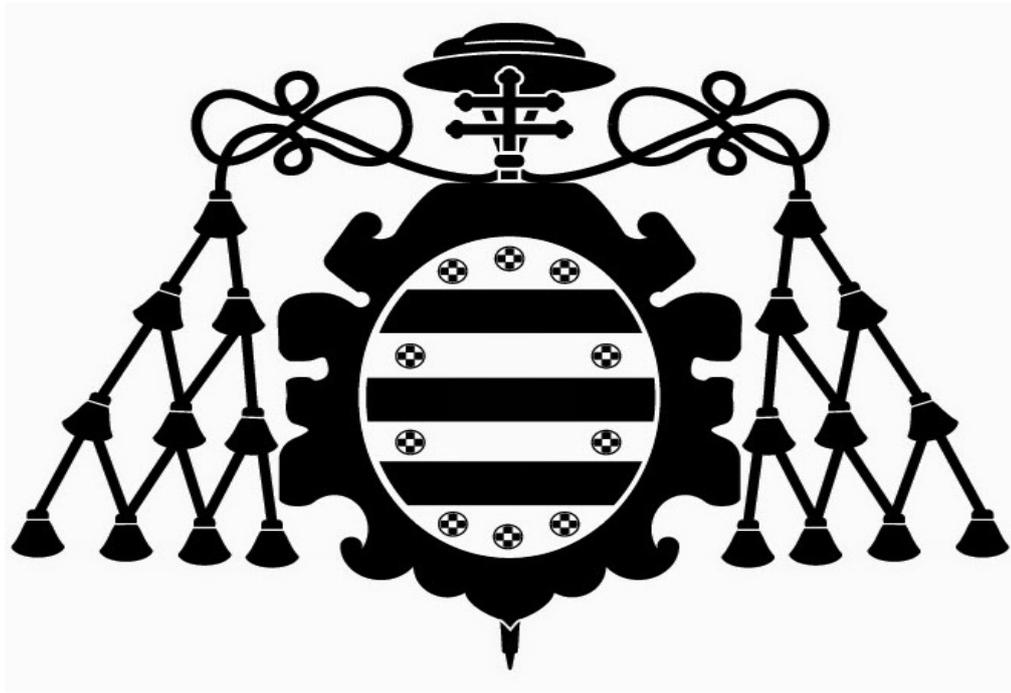


UNIVERSIDAD DE OVIEDO

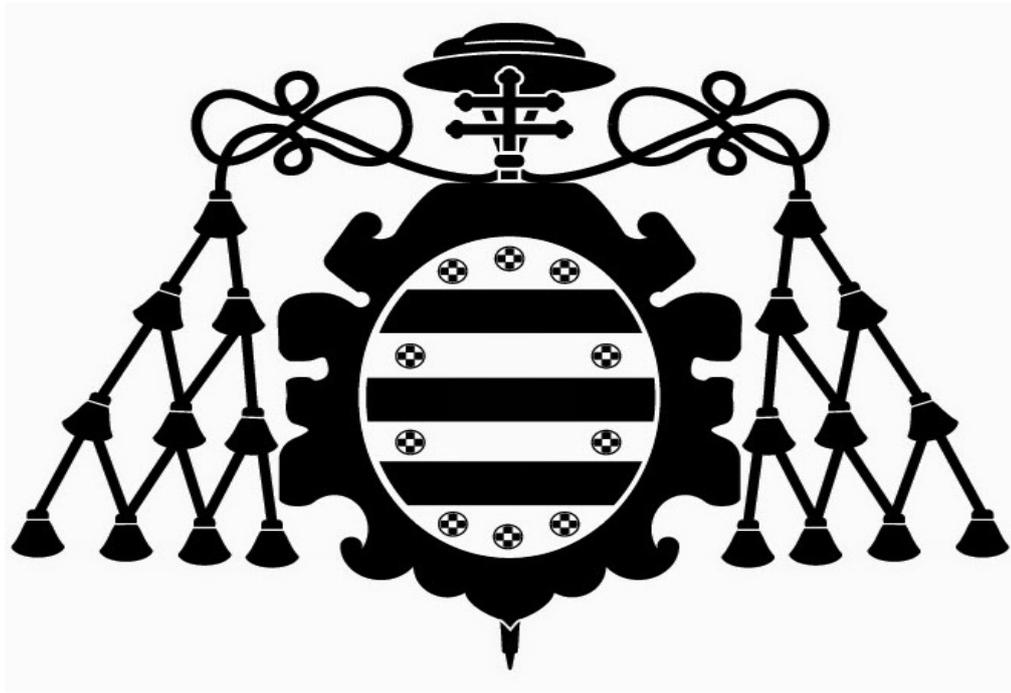


PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

GUARDA DE HECHO Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Autor: Patricia Anahí Lescano Feria

UNIVERSIDAD DE OVIEDO



PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

GUARDA DE HECHO Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Autor: Patricia Anahí Lescano Feria



RESUMEN DEL CONTENIDO DE TESIS DOCTORAL

1.- Título de la Tesis	
Español/Otro Idioma: La guarda de hecho y responsabilidad civil	Inglés: De facto guardianship and civil liability
2.- Autor	
Nombre: Patricia Anahí Lescano Feria	DNI/Pasaporte/NIE:
Programa de Doctorado: Doctorado en Derecho	
Órgano responsable: Centro Internacional de Postgrado	

RESUMEN (en español)

Tras la reforma del Código Civil en 1983 en materia de tutela, mediante la promulgación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el legislador reconoce jurídicamente la guarda de hecho. La situación era, y continúa siendo, la siguiente: personas (entre menores, incapaces no incapacitados e incapacitados) que son protegidas y cuidadas por otras que no son sus guardadores legales. Desafortunadamente, esta figura es pobremente regulada, tan sólo tres artículos del Código Civil (cfr. arts. 303, 304 y 306) se refieren a la guarda de hecho cuya relevancia práctica es innegable. En efecto, esta exigua regulación no ayuda a determinar el alcance real de la guarda de hecho.

Desde este marco de referencia, el presente trabajo de investigación intenta delimitar los perfiles difusos de este instrumento. La guarda de hecho trata de una situación en la cual una persona asume la protección, voluntaria, permanente y estable, de un sujeto que lo necesita, sin investidura judicial o administrativa. Asimismo, puede pasar por dos fases: una guarda de hecho en sentido estricto y una guarda de hecho «juridificada». Esta última es una guarda que alcanza cierta juridificación (conocida por la autoridad judicial y sujeta a medidas de control y vigilancia). Su ámbito subjetivo está conformado por el guardado (menores, incapacitados e incapaces no incapacitados) y el guardador (persona física o jurídica); este último –salvo sea familiar–, no tiene el deber de promover el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar (cfr. art. 757.1 LEC).

Cuando la guarda de hecho es conocida por el juez, éste puede requerir al guardador para que informe sobre la persona y los bienes del guardado, sin perjuicio de establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas (cfr. art. 303 CC), las cuales pueden ser de lo más diversas dependiendo de la realidad concreta y del interés del



guardado. Del mismo modo, el legislador admite la convalidación de los actos realizados por el guardador de hecho si se han ejecutado en interés y utilidad del guardado (cfr. art. 304 CC). Si no se cumplen con estos requisitos, puede ser impugnado bajo el régimen de la anulabilidad. Por último, el guardador puede reclamar una indemnización por los daños que haya sufrido sin su culpa en el desarrollo de la guarda (cfr. art. 306 CC).

La guarda de hecho se presenta tanto en el ámbito de menores como en el de mayores de edad con falta de capacidad para autogobernar sus intereses. Para el primer supuesto, la disyuntiva es, cómo ofrecer una adecuada protección pública a un menor que objetivamente no la necesita porque existe un tercero que cuida de él (cfr. art. 172.1 CC). La solución depende del caso concreto, ofreciendo al guardador de hecho (miembro de la familia extensa) la posibilidad de solicitar el acogimiento familiar sin necesidad de previa declaración de desamparo. En el segundo caso, en atención a los postulados de la Convención Internacional sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad de 2006, conviene analizar cada una de las circunstancias y establecer qué necesita en ese momento el guardado. Si la guarda de hecho satisface efectivamente su protección, está demás promover un procedimiento de modificación de la capacidad de obrar. Lo importante es contar con medios de apoyo que promuevan la capacidad residual de estas personas.

Finalmente, un tema de especial interés es el de la responsabilidad civil del guardador de hecho, tanto por los daños ocasionados a su guardado como de los que éste pueda causar a terceros. Este asunto tampoco ha sido tratado por el legislador. Para el caso de daños al guardado, se aplica el artículo 1902 del Código Civil por la negligencia en vigilancia del guardado. La situación se complica, cuando el guardado ocasiona daños a terceros. En estos casos se configura la llamada «responsabilidad por hecho ajeno» recogida en el artículo 1903 del Código Civil. No obstante, dentro de los supuestos de este precepto no se menciona al guardador de hecho. A pesar de ello, puede ser incluido dentro del término tutor porque así lo exige el espíritu de la norma.

La guarda de hecho manifiesta la existencia de una realidad insoslayable que va cada vez en aumento. En consecuencia, urge dar a conocer la guarda de hecho como medio de protección y adoptar soluciones jurídicas que vayan acorde con el interés de aquél a quien más se debe proteger.



RESUMEN (en Inglés)

Following the Civil Code Reform of 1983 as regards guardianship, through the enactment of the Law 13/1983 of 24th October, the lawgiver juridically has recognized *de facto* guardianship. The situation was and continues to be the following: persons (specifically minors, incapable not incapacitated and incapacitated) that are protected and taken care by others who are not their legal guardians. Unfortunately, such figure is poorly regulated since there are only three articles of the Civil Code (cfr. arts. 303, 304 and 306) that are referred to the *de facto* guardianship but whose practical relevance is undeniable. In fact, this meager regulation does not let to determine the real scope of *de facto* guardianship.

Under this framework, this research attempts to delimit the diffuse aspects of this instrument. *De facto* guardianship is about a situation in which a person assumes the voluntary protection, permanent and stable of a person in need thereof, without judicial or administrative recognition. Likewise, it's possible to distinguish two phases: a guardianship in the factic level strictly speaking and *de facto* guardianship «legal». This latter is a guardianship which reaches a certain juridification (it means that it's known by the judicial authorities and may be subjected to control measures and monitoring). Its subjective scope consists in: persons under guardianship (minors, incapable not incapacitated and incapacitated) and guardians (a natural or legal person), these latter unless it's a family member— do not have any duty to promote the process of modifying the capacity to act (cfr. art. 757.1 LEC).

When *de facto* guardianship is recognized by the judge, these latter may require to the guardian for reporting about the person who is caring as well as about its patrimony, notwithstanding establishing control measures and monitoring that deem appropriate (cfr. Art. 303 CC). Such measures can be of the most varied depending on the concrete reality and for the sake of the protected person. Likewise, the lawgiver also may ratify the acts done by the *de facto* guardian if these acts are executed for sake of the protected person (cfr. art. 304 CC). If these requirements would not have been completed, the ratification could be contested under the regime of voidability. Furthermore, it is clear that it's possible to claim a compensation for the suffered damage of the guardian which are not his responsibility, and into the development of the guardianship (cfr. art. 306



CC).

De facto guardianship occurs both in the field of underage persons as well as for adults with lack of ability to self-govern their interests. About the first premise, the dilemma is how to provide a suitable public protection to the minors who actually do not need it because they count on a third person who takes care of them (cfr. art. 172.1 CC). The solution depends on the specific case, offering to the de facto guardian (member of the extended family) the possibility of requesting the protection of the underage person without a prior declaration of its helplessness. About the second premise, regarding as the principles of the International Convention on the Rights of People with Disabilities 2006 firstly each of the circumstances should be analyzed and it should be determined what exactly the protected person needs in that moment. If the de facto guardianship is an effective response to their protection, needless to promote a method of modifying the capacity to act of this person. The important thing is to have means of support that promote residual capacity of these people.

Furthermore, an issue of particular interest is the civil liability of the de facto guardian for the damage to the protected person and the damage that this person can cause to others. This issue has not been addressed by the lawgiver. When a de facto guardian assumes the guardianship, he must assume all consequences. In the case of suffered damage by the protected person, it's possible to apply the article 1902 of the Civil Code for negligence in monitoring of the protected person against to the guardian. The situation is complicated when the helpless person causes damage to third parties. In these cases the so-called "vicarious liability" is contemplated on the article 1903 of the Civil Code. Notwithstanding, in the cases of this provision is not mentioned the de facto guardian when this latter could be included in the guardianship since it fits to the spirit of the norm.

De facto guardianship manifests the existence of an inescapable reality that is growing increasingly. As a result, it is urgent to make known de facto guardianship as a protection pathway of ready availability as well as the adoption of legal provisions whose aim is for the benefit of the protected person.

SUMARIO

SUMARIO

TABLA DE ABREVIATURAS	8
RESUMEN Y PALABRAS CLAVE	11
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO PRIMERO

ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA GUARDA DE HECHO

I.	CONCEPTO, CARACTERES Y NATURALEZA JURÍDICA.....	22
A.	Indefinición legal del fenómeno	22
B.	Notas: fáctica, sobrevenida, y transitoria	25
C.	Distinción con otros supuestos.....	29
1.	Guarda de hecho y delegación de facultades paternas	29
2.	Guarda de hecho y guarda administrativa	33
3.	Guarda de hecho y atribución judicial de la guarda	34
4.	Guarda de hecho y encargado de la guarda en Derecho Penal.....	34
5.	Guarda de hecho y gestión de negocios ajenos	35
6.	Guarda de hecho y poderes preventivos	38
II.	SUPUESTOS DE GUARDA DE HECHO	41
III.	FASES DE LA GUARDA DE HECHO.....	47
IV.	SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA GUARDA DE HECHO.....	52
A.	El guardado	52
B.	El guardador.....	53

1.	Inexistencia del deber legal por el guardador de instar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar.....	55
2.	Deberes: dar información y cumplir con las medidas de control y vigilancia.....	60
3.	Derechos: la retribución al guardador	62
V.	GUARDA DE HECHO Y GUARDA DE DERECHO.....	65
A.	Las instituciones jurídicas y las situaciones de hecho	65
B.	Relevancia de la guarda de hecho para el ordenamiento jurídico.....	69

CAPÍTULO SEGUNDO

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GUARDA DE HECHO

I.	REGULARIZACIÓN <i>A POSTERIORI</i> DE LA GUARDA DE HECHO.....	74
II.	INTERVENCIÓN JUDICIAL, MEDIDAS DE CONTROL Y VIGILANCIA EN LA GUARDA DE HECHO	79
A.	El informe del guardador	79
B.	Las medidas de control y vigilancia.....	81
III.	VALOR JURÍDICO DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL GUARDADOR DE HECHO.....	88
A.	Ámbito de aplicación del artículo 304 del Código Civil	88
1.	Actos patrimoniales y personales	89
2.	Legitimación procesal del guardador de hecho	95
B.	Requisitos de los actos realizados por el guardador de hecho para su validez.....	98
1.	El interés del guardado	101
2.	La utilidad de los actos para el guardado	103
C.	La impugnación de los actos realizados por el guardador de hecho	107
1.	El régimen de la anulabilidad de los actos realizados por el guardador de hecho	107
2.	Acción de impugnación de los actos de injerencia del guardador de hecho	111

SUMARIO

IV.	LEGITIMACIÓN <i>EX LEGE</i> DEL GUARDADOR DE HECHO PARA ACTUAR EN EL TRÁFICO JURÍDICO	115
A.	Información clínica y consentimiento informado	115
B.	Constitución del patrimonio protegido	121
C.	Procedimiento de reconocimiento de la dependencia.....	133
D.	Solicitud de información jurídica y económica de relevancia económica y contable del guardado	141
E.	Supuesto discutido: internamiento involuntario en Centros residenciales	150
V.	INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS AL GUARDADOR	154

CAPÍTULO TERCERO

GUARDA DE HECHO DE LOS MENORES DE EDAD

I.	PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR. BREVE REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL	165
II.	PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN ESPAÑA	168
A.	Actuación administrativa y desamparo	176
1.	Desjudicialización de la protección jurídica de menores	177
2.	La situación de desamparo del menor	183
B.	Guarda de hecho y declaración de desamparo	188
C.	Algunos supuestos de guarda de hecho e intervención administrativa.....	201
1.	Abandono voluntario y traspaso total a terceros de funciones de guarda.....	204
2.	Fallecimiento de los progenitores.....	206
3.	Hipótesis de incapacidad de los padres	207
D.	Acogimiento familiar y guarda de hecho	210
1.	El acogimiento como modalidad de guarda	210

2.	Argumentos para la existencia de un acogimiento independiente de la declaración de desamparo y guarda legal. Regularización de la guarda de hecho.....	221
E.	Guarda de hecho y adopción.....	234
III.	ALGUNOS SUPUESTOS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN DERECHO COMPARADO Y EL TRATAMIENTO DE LAS SITUACIONES DE HECHO.....	239
A.	Francia: actuación administrativa y judicial en la protección de menores	240
1.	Actuación administrativa frente a una información preocupante sobre un menor.....	241
2.	Actuación judicial: asistencia educativa, delegación de facultades paternas y tutela	244
a.	Asistencia educativa	244
b.	La delegación de la autoridad paterna	246
1)	La delegación directa	248
a'	A petición de los padres	249
b'	A instancia de un tercero	250
2)	La delegación indirecta	253
a'	La declaración judicial de abandono	253
b'	Recurso organizado por el artículo L. 224-8 del Code de l'Action Sociale et des Familles	257
3)	Efectos de la delegación.....	258
4)	Relación entre la delegación de la autoridad paterna y la adopción	262
c.	La tutela de menores.....	265
B.	Protección jurídica del menor en Italia	267
1.	<i>Affidamento familiare</i>	269
2.	Abandono y adopción en el ordenamiento italiano	274
C.	A modo de reflexión	284

SUMARIO

CAPÍTULO CUARTO

GUARDA DE HECHO DE LAS PERSONAS MAYORES

I.	DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD	287
II.	SISTEMA JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	289
A.	Breve referencia a la protección internacional de la discapacidad	290
B.	La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	293
C.	Algunos supuestos de protección jurídica no incapacitante	303
1.	Francia	303
a.	<i>Sauvegarde de justice</i>	304
b.	Reforma de la protección jurídica de mayores en 2007. Algunas novedades	310
2.	Alemania: <i>Betreuung</i>	316
3.	Italia: <i>Amministrazione di sostegno</i>	321
4.	Reino Unido: <i>Mental Capacity Act</i>	326
III.	LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN DERECHO PRIVADO ESPAÑOL	328
IV.	LA GUARDA DE HECHO COMO INSTRUMENTO DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	342

CAPÍTULO QUINTO

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DE HECHO

I.	RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DE HECHO POR LOS DAÑOS OCASIONADOS AL GUARDADO	349
A.	Responsabilidad general	349
B.	Responsabilidad específica	352
II.	RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DE HECHO POR LOS DAÑOS QUE OCASIONE EL GUARDADO A TERCEROS	360
A.	Responsabilidad por hecho ajeno. Justificación	360

1.	Fundamentación subjetiva de la responsabilidad por hecho ajeno.....	363
a.	Por culpa <i>in vigilando</i>	363
b.	Por culpa <i>in educando</i>	365
2.	Fundamentación objetiva de la responsabilidad por hecho ajeno.....	368
a.	Responsabilidad por el riesgo creado.....	368
b.	Garantía de la víctima.....	370
3.	Responsabilidad civil por hecho ajeno como obligación ex lege.....	370
B.	Enumeración exhaustiva o meramente ejemplificativa de los supuestos contemplados en el artículo 1903 del Código Civil.....	373
1.	Enumeración taxativa.....	373
2.	Exégesis analógica.....	375
3.	Interpretación extensiva.....	378
4.	Postura intermedia.....	380
C.	Responsabilidad del guardador de hecho por aplicación extensiva del artículo 1903 del Código Civil.....	384
D.	Responsabilidad de padres y tutores en el supuesto de guarda de hecho.....	391
1.	Presupuesto de responsabilidad civil de padres y tutores.....	391
a.	Los padres deben tener a los hijos «bajo su guarda».....	391
b.	El tutor debe tener al tutelado «bajo su autoridad» y habitar en su compañía.....	395
2.	Responsabilidad civil cuando concurre patria potestad o tutela y guarda de hecho.....	396
E.	Derecho de repetición.....	401
III.	LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO PENAL: CÓDIGO PENAL DE 1995 Y LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.....	404
IV.	OTROS POSIBLES RESPONSABLES.....	413

SUMARIO

CONCLUSIONES.....	417
ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES.....	426
BIBLIOGRAFÍA.....	438

TABLA DE ABREVIATURAS

TABLA DE ABREVIATURAS

A	Auto
AA.VV.	Autores Varios
AP	Audiencia Provincial
App.	Apello
art. (arts.)	artículo (s)
ASE	Aide Sociale à l'Enfance
Aut.	Autor
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BVD	Baremo de Valoración de los grados y niveles de Dependencia
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Cour d'Appel
Cass.	Cassazione/Cassation
CASF	Code de l'Action Sociale et des Familles
CC	Código Civil
CCC	Código Civil de Cataluña
CCF	Código Civil Francés
CCI	Código Civil Italiano
CDFFA	Código del Derecho Foral de Aragón
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CDPD	Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución Española

CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
Cfr.	Confróntese
CIDPD	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud.
Coord. (Coords.)	Coordinador (es)
CP	Código Penal
CSP	Code de la Santé Publique
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir. (Dirs.)	Director (es)
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
Ed. (Eds.)	Editor (es)
fasc.	fascículo
FGE	Fiscalía General del Estado
JAF	Juge aux Affaires Familiales
IMSERSO	Instituto de Mayores y Servicios Sociales
INE	Instituto Nacional de Estadística
LAP	Ley de Autonomía del Paciente
LD	Ley de Dependencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGS	Ley General de Sanidad
LJCA	Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LEOMF	Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica de Menores
LPAPAD	Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia.
LRC	Ley del Registro Civil
LRJAP	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas
Núm.	Número

TABLA DE ABREVIATURAS

OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONGs	Organizaciones No Gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.	obra citada
p. (pp.)	página (s)
PETL	Principles of European Tort Law
R.	Resolución
RN	Reglamento Notarial
S (SS)	Sentencia (s)
ss.	siguientes
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TGI	Tribunal de Grande Instance
Trad.	Traductor
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UCD	Unión de Centro Democrático
v. gr.	<i>verbi gratia</i>
vid.	véase
vol.	volumen
ZPO	Zivilprozessordnung

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

Tras la reforma del Código Civil en materia de tutela, llevada a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, complementada con la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, la guarda de hecho adquiere reconocimiento legal. Sin embargo, la regulación es escasa exigiendo una importante labor de complemento y desarrollo doctrinal. Frente a quienes optan por una visión amplia de la guarda de hecho, comprendiendo en ella un gran número de supuestos, otros defienden una concepción más restringida. En todo caso, su ámbito de protección alcanza a los menores de edad, incapacitados e incapaces no incapacitados, ejerciendo respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares. Precisamente, la protección de personas pertenecientes a determinados colectivos vulnerables no exige que siempre se inicie el procedimiento de la modificación de la capacidad de obrar, sino que pueden existir otros instrumentos respetuosos de su capacidad natural y libre desarrollo de su personalidad acorde con los principios de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad. El presente estudio se centra en el análisis de la guarda de hecho, tanto en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, teniendo en cuenta no solo la regulación estatal, sino también las normas autonómicas como 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 y la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Palabras clave: Guarda de hecho, menores, desamparo, patria potestad, discapacidad, responsabilidad civil

ABSTRACT AND KEYWORDS

After the reform of the Civil Code as for guardianship, carried out by the Law 13/1983, of October 24, complemented with the Law 15/2015, of July 2, of Voluntary Jurisdiction, the de facto guardianship acquires legal recognition. Nevertheless, the regulation is scanty what demands an important labor of complement and doctrinal development. Opposite to whom they choose for a wide vision of the de facto guardianship, including in it a great number of suppositions, others defend a more restricted conception. In any event, its area of protection reaches the minors, incapacitated and incapable not incapacitated, exercising respect of them someone of the own functions of the tutelary institutions. Precisely, the protection of persons belonging to certain vulnerable groups it is not required that always has to come to the procedure of the modification of the aptitude to act, but there can exist other respectful instruments of your natural capacity and free development of your personality according to the beginning of the Convention of the Laws of the Persons with Disability. The present study focuses on the analysis of the de facto guardianship, so much on the doctrinal and jurisprudential area, bearing the state regulation in mind not only, but also the autonomous legislation as the Legislative Decree 1/2011, of March 22, of the Government of Aragon, by which it is approved, with the title of " Code of the Statutory Law of Aragon ", the Remolten Text of the civil Aragonese Laws and the Law 25/2010, of July 29, of the second book of the Civil Code of Catalonia, relative to the person and the family.

Keywords: De facto guardianship, minor, abandonment, parental authority, disability, civil liability

INTRODUCCIÓN

Existe un gran número de personas indefensas que son cuidadas y amparadas por otras de modo voluntario y, generalmente, espontáneo, al margen de los mecanismos tuitivos previstos por el legislador español. A esta realidad se le denomina guarda de hecho, la cual no es una mera entelequia doctrinal, sino una práctica muy extendida, una situación cotidiana de gran trascendencia en la vida diaria y con un enorme impacto personal, familiar y social. Incide, principalmente, en dos ámbitos merecedores de una minuciosa atención: menores de edad y mayores que tienen limitada su capacidad de autogobierno. Estos sujetos, por su especial vulnerabilidad, reclaman una efectiva protección de los mecanismos organizados por el ordenamiento jurídico para tal fin; sin embargo, muchas veces no se logra el efecto deseado.

En incontables ocasiones, los menores, por diversas razones, no están bajo el cuidado de sus padres, sino de otros sujetos –generalmente familiares– que les brindan una efectiva asistencia moral y material evitando su desamparo. No obstante, ese auxilio no satisface de modo óptimo el interés del menor que apela además a una estabilidad jurídica. Los guardadores de hecho experimentan limitaciones a la hora de realizar ciertos actos a favor del guardado, pero aun así no regularizan su situación por desconocimiento o, en la mayoría de casos, por el temor a la intervención pública, que asiduamente declara el desamparo del menor (cuando objetivamente no existe), asume su tutela y lo retira de su ambiente. Las múltiples circunstancias que rodean a la guarda de hecho exigen un estudio casuístico y la posibilidad de diversas soluciones. En algunas ocasiones será necesaria la constitución de una tutela, en otras

la delegación de facultades paternas o la constitución de un acogimiento; pero siempre respetando el interés del menor y las relaciones sólidas que haya establecido.

Por otro lado, existe un número importante de personas mayores con discapacidad que, a pesar de no poder organizar sus propios intereses, no acuden a los mecanismos de protección jurídica ordenados por el ordenamiento, sino que el cuidado lo reciben de la familia, un amigo o un Centro residencial. Normalmente, el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar y los instrumentos de guarda legal (tutela y curatela) deberían cumplir ese papel tuitivo, pero su carácter más patrimonial que personal y el alcance general de las sentencias de incapacitación impiden cumplir el objetivo protector. Asimismo, el aumento de la población envejecida ha traído consigo la proliferación de enfermedades que limitan el autogobierno sin carácter de permanencia, reclamando otros mecanismos de apoyo que no modifiquen la capacidad. Una guarda de hecho, debidamente pensada y organizada por el legislador, puede cumplir ese importante papel.

De lo visto, queda comprobado el trascendental valor que tiene la guarda de hecho en la sociedad y su reclamo a gritos silenciosos de una mayor atención. Sin embargo, a pesar de esa importancia, el Código Civil solo la contempla en tres artículos, que contienen graves errores e imprecisiones y no ayudan a resolver los problemas que, *a posteriori*, presenta la figura. Debido a esta parca regulación los operadores jurídicos la miran con desconfianza y se muestran reticentes a su práctica. Asimismo, consideran que se trata de una circunstancia transitoria que debe terminar lo antes posible para dar lugar a los organismos tutelares.

Contrariamente al panorama desolador del ordenamiento civil, la guarda de hecho va obteniendo un mayor reconocimiento legal, principalmente, en el ámbito de las personas mayores que sufren alguna discapacidad. De este modo, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, otorga legitimación al guardador para constituir un patrimonio protegido a favor del sujeto con discapacidad psíquica, siempre que los bienes provengan de una herencia o de pensiones instituidas por sus padres. Por su parte, de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, se entiende que el guardador puede promover el procedimiento de reconocimiento de la dependencia de su guardado porque es un beneficioso para él. Asimismo, la Ley 1/2009, de 26 de marzo, permite la anotación en el Registro Civil

INTRODUCCIÓN

de las medidas de control y vigilancia adoptadas ante una situación de guarda fáctica, dándole publicidad registral con efectos informativos. Finalmente, la reciente Ley de Jurisdicción Voluntaria prevé la guarda de hecho y un procedimiento para la solicitud de las medidas de control y vigilancia. Si aparentemente, para algunos, la guarda de hecho debe desaparecer; de momento parece que la voluntad legislativa es otra.

A parte de la mayor presencia de la guarda de hecho en la actualidad, el guardador de hecho opera cada vez más, y cuando puede, en el tráfico jurídico en interés de su guardado; pero muchas veces ignora su condición y la posible responsabilidad que pueda surgir de su actuación. En el mismo sentido, la parte que contrata con el guardador desconoce las consecuencias de pactar con alguien que no es representante del guardado.

Teniendo en cuenta este contexto, con este estudio pretendo realizar un acercamiento a la figura de la guarda de hecho. Mi propósito es superar las incorrecciones de la regulación, colmar las lagunas que presenta y proclamar su utilidad en los supuestos que lo demande el interés del guardado.

Para lograr el objetivo, la investigación se ha estructurado en cinco capítulos. El primero se centra en los elementos configuradores de la guarda de hecho. Se delimita su concepto, naturaleza jurídica, fases, supuestos y sujetos que participan en ella; buscando, jurídicamente, concretarla.

El segundo capítulo afronta el estudio de su régimen jurídico. Se analizan las medidas de control y vigilancia que puede establecer la autoridad judicial en esta situación. Se recoge el apartado de la injerencia del guardador de hecho en la esfera personal y patrimonial del guardado y su legitimación *ex lege*. Asimismo, se examina la obligación del guardado de indemnizar los daños que haya sufrido el guardador en el desarrollo de la guarda.

El tercer capítulo se dedica a la guarda de hecho de menores. Se estudia la intervención de la Administración pública en situaciones de desamparo y su participación frente a una guarda de hecho que funciona correctamente y satisface el interés del menor. Ocupa un lugar destacado en este capítulo, el asunto del acogimiento como medio para regularizar la situación fáctica sin necesidad que tutela *ex lege* o guarda administrativa. Igualmente, se incluye en este apartado el estudio

comparado de algunos ordenamientos jurídicos, como Francia e Italia, con el objetivo de conocer su organización en la protección de menores y el tratamiento de las situaciones de hecho al respecto.

El cuarto capítulo se consagra al análisis de la guarda de hecho en personas mayores. Se estudian los diversos mecanismos de protección jurídica no incapacitante que existen en otros países cercanos a España. Se analiza la problemática del sistema tutelar implantado en el ordenamiento español, y la exigencia de adoptar nuevos instrumentos tuitivos. Asimismo, se pone de manifiesto, por un lado, la buena disposición de la guarda de hecho para la protección de los intereses personales y patrimoniales de los mayores como alternativa a la modificación de la capacidad de obrar; y, de otro, la posible conveniencia de su reconocimiento legal como medida de apoyo, en clara concordancia con los objetivos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Para culminar, el quinto capítulo aborda el asunto de la responsabilidad civil del guardador por los daños causados al guardado y por los que éste haya ocasionado a terceros. Se entiende que desde una interpretación extensiva del artículo 1903 del Código Civil el guardador debe responder por hecho ajeno. También, se hace una breve alusión a la responsabilidad civil en el ámbito penal con el objetivo de realizar una estricta referencia a las disimilitudes que existen entre ambos regímenes, y para obtener un marco general que ayude a complementar y entender la responsabilidad del guardador de hecho por los daños ocasionados por el incapaz no incapacitado.

De lo visto, el estudio de la guarda de hecho tiene un especial interés académico y social. Resulta vital que el legislador y la jurisprudencia asuman una actitud comprometida frente a este creciente fenómeno. Constituye, sin ninguna duda, un sugestivo tema de investigación.

§

AGRADECIMIENTOS

En el desarrollo de esta investigación he contado con la ayuda de mucha gente, sin la cual no hubiese sido posible llegar al final. Intentaré resumir en unas

INTRODUCCIÓN

líneas la gratitud que siento a todas las personas que han estado presentes durante esta etapa.

El mayor reconocimiento se lo debo a mi Director de tesis, Dr. Ramón Durán Rivacoba, por su apoyo y confianza en mi trabajo y su capacidad para guiar mis ideas, así como por haberme permitido disfrutar de su integridad, sabiduría y sentido común. Para mí no solo ha sido el mejor Director que he podido tener, sino que me ha demostrado en todo momento que es un amigo al que siempre podré recurrir. Sé que nunca podré corresponder como merecería tantos años de paciencia.

A la Universidad de Piura por haberme dado la oportunidad de aprender y progresar en mi formación.

Debo un especial reconocimiento a los profesores del área de Derecho civil del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa de la Universidad de Oviedo por facilitarme la integración y hacerme sentir una compañera más durante todos estos años.

También debo agradecer al Principado de Asturias por la confianza que han mostrado al hacerme beneficiaria del Programa «Severo Ochoa» de Ayudas Predoctorales para la Formación en Investigación y Docencia.

A mi familia, el agradecimiento más profundo. Sin su apoyo, colaboración e inspiración habría sido imposible llevar a cabo este arduo trabajo. A mis padres, Roberto y Ana María, por su ejemplo de lucha y honestidad; a mis hermanos Omar, Rosa María y Ana Lucía por su apoyo y muestras de cariño indescriptibles.

A Mirko, mi esposo, por ser el principal responsable de que este trabajo llegara a buen puerto, estando incondicionalmente siempre a mi lado, en los buenos y malos momentos, animándome siempre a continuar. Le doy las gracias por todos los esfuerzos que ha realizado, por haberme convencido cada día que yo podía, por toda su ayuda y, principalmente, por hacerme feliz. Confío en poder acompañarte en tus proyectos futuros tal y como tú lo has hecho conmigo. Seguimos caminando juntos.

Para aquellos amigos que han compartido conmigo las «idas y venidas» en el plano personal durante esta larga estancia en la ciudad de Oviedo. Nombrar a cada uno sería una lista interminable, pero ellos saben quiénes son.

A las personas que, aunque no aparecen aquí con nombres y apellidos, han estado presentes de alguna forma durante el desarrollo de este trabajo y han hecho posible que hoy vea la luz.

A todos mi eterno agradecimiento.

CAPÍTULO PRIMERO
ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA GUARDA DE HECHO

De modo frecuente se dan supuestos en los que el ejercicio de las facultades parentales no se desempeña por los titulares de la patria potestad, sino por parientes o terceros, que no son tutores. También es común, que mayores de edad con limitación para gestionar sus propios intereses, estén bajo el cuidado y protección de la familia o de terceros ajenos a ésta, sin que se haya incoado el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar¹. Estos casos, que se constatan en la vida diaria, dan lugar a la guarda de hecho.

La guarda de hecho es, y ha sido, una situación de gran incidencia social²; que se presenta con frecuencia, producto de la desconfianza a las formalidades

¹ Vid. SAP Barcelona de 7 de septiembre de 2000.

² Esta figura era ya contemplada en el Derecho Romano. En la época clásica, el tutor del impúber responde frente a éste por la *actio tutelae*; y en la postclásica, la *actio protutelae* afectaba a quien se comportaba como tutor sin serlo en realidad (cfr. BERROCAL LANZAROT, Ana, «Aproximación a la institución de la guarda de hecho», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 722, 2010, p. 2846). ROGEL VIDE, hacia eco de esta realidad en el siglo XX y afirmaba que «un hecho inconcuso, es también el que, en muchos casos, las personas necesitadas de protección eran protegidas “guardadas”, por otras, que asumían funciones similares, virtualmente idénticas a las establecidas en la ley para los tutores, al margen de cualquier formalidad legal y sin que tuvieran condición de tales (...)» (*La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 12). Por su parte, FÁBREGA RUIZ comenta que «la figura de la guarda de hecho no es una mera entelequia doctrinal, sino que tiene una gran trascendencia en la vida diaria y un enorme impacto en la vida social, hasta tal punto que en el anteproyecto privado de reforma dirigido por Díez-PICAZO se expresaba la convicción de que la mayoría de los casos de protección se ejercitaban a través de esta figura» (*La guarda de hecho y la*

legales, desconocimiento, ahorro de tiempo o dinero, o por considerar al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar inadecuado³; e incluso, se llega a reconocer muy positivamente esta labor de cuidado y protección⁴. En el caso de mayores con falta de autogobierno, muchos consideran que la limitación judicial de la capacidad tiene efectos secundarios, como la baja autoestima del incapacitado⁵ y la disminución del ejercicio de la capacidad natural que conservaba⁶. Los institutos de protección no dejan de ser contemplados como piezas postizas dentro del engranaje familiar, molestas, complejas, sofisticadas en su funcionamiento, dado que, fundamentalmente, introducen un esquema de comportamiento debido y cumplimiento vigilado en la convivencia familiar. Quizá sean estos los motivos que hayan llevado al legislador alemán a suprimir la incapacitación y establecer un régimen de protección no incapacitadora (*Betreuung*) para las personas mayores⁷.

protección de personas con discapacidad, Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 1). Análogamente, para LEÑA FERNÁNDEZ «la guarda de hecho es una figura utilísima para el discapacitado, en algunas de las distintas situaciones en que éste se puede encontrar en las que no hay tutor ni curador legal, y que son mucho más frecuentes de lo que pudiera parecer (...)» (en el prólogo a FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, op. cit., p. XII). Además, agrega que «en la práctica diaria de despacho (...) los notarios nos encontramos con multitud de casos de discapacitados, mayores de edad y no incapacitados, que están bajo el cuidado de *facto*, bien de sus padres o de alguno de ellos, bien de algún hermano o familiar, y que demandan del notario la solución a una actuación jurídica negocial útil o necesaria. Esta situación, que, como digo, es muy frecuente en la práctica en los supuestos de discapacitados hijos o hermanos, es casi el 100 por 100 de los supuestos en el caso de ser los discapacitados los padres ya ancianos (...)» [«El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, MARTÍNEZ DÍE, Rafael (Dir.), Civitas, Madrid, 2000, p. 206].

³ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, op. cit., p. 13 y LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», op. cit., pp. 184-185.

⁴ PÉREZ MONGE refiere que, en el caso de Aragón, este reconocimiento positivo se desprende de los diversos informes elaborados por la institución de El Justicia de Aragón que pueden consultarse en http://www.eljusticiadearagon.com/gestorficheros/_n003618_CIL.pdf [cfr. «Regulación de la guarda de hecho en la Ley de Derecho de la Persona de Aragón», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídicos-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 341].

⁵ Me permito utilizar el término de acuerdo a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶ «El legislador es consciente de que, no obstante haber adoptado un concepto de legitimación activa amplísimo para que la constitución de un instituto de tuición tenga lugar, ni el Ministerio Fiscal ni la Autoridad Judicial son omniscientes, ni los particulares ajenos a una familia. Es más, teniendo en cuenta el carácter nuclear de la familia actual, ni los propios parientes se sienten moralmente –aunque sí jurídicamente– obligados a intervenir en estas cuestiones, y, si acaso lo hacen, no dejan de tener la sensación de estar inmiscuyéndose en “asuntos internos”» [AA. VV., *Derecho de Familia*, MONTÉS PENADÉS, Luis y ROCA I TRÍAS, Encarnación (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 572].

⁷ Antes, el § 6 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) admitía la incapacitación (*entmündigung*). Posteriormente, dicho parágrafo fue modificado por la Ley de 12 de septiembre de 1990; lo

Debido a su importancia, la guarda de hecho no podía pasar desapercibida en la legislación⁸. En este ámbito, se inició un extenso estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relacionados a la tutela⁹, que se concretó en la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Esta ley tenía entre sus finalidades normar la situación de aquellas personas que ejercían facultades previstas para la tutela o curatela, sin que exista un nombramiento por la autoridad judicial o administrativa¹⁰. No obstante, la regulación resultó ser bastante escueta¹¹ y, actualmente, no ayuda a resolver todas aquellas situaciones que, *a posteriori*, trae consigo la figura¹².

que trajo como consecuencia la supresión del procedimiento de incapacitación contemplado en los §§ 645 a 687 ZPO (*Zivilprozessordnung*). La Ley de 1990 surte efecto en 1992, año en el cual la asistencia jurídica a mayores, regulada en los §§ 1896 a 1908i BGB, reemplazó a la incapacitación (y subsiguiente tutela/curatela de los mayores). A partir de entonces, en Alemania nunca se incapacita a un mayor; el asistente es nombrado para el ámbito de las funciones imprescindibles (§ 1896.1 BGB); y se pueden ampliar solo si tienen carácter necesario (§ 1908d.3 BGB) (cfr. LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *op. cit.*, p. 185). En el mismo género, MARTÍN PÉREZ, José Antonio, «Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: Revisión del modelo de protección basado en la incapacitación», *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, BLASCO GASCÓ, Francisco, CLEMENTE MEORO, Mario y otros (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1474.

⁸ Refiriéndose a esta importancia y a la necesidad de regular la guarda de hecho, PÉREZ ALGAR considera, que lo existencial es superior a lo normativo, a la vista de lo cual, y dado el sinnúmero de situaciones de este tipo, el legislador optó por dar reconocimiento legal, admitiendo la producción de ciertos efectos jurídicos a una situación surgida fuera de la ley, tratando así de reducir a Derecho una realidad cotidiana (cfr. «Derechos individuales e incapacitación», *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984, p. 65).

⁹ A cargo de BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS y CAFFARENA, bajo la dirección de DíEZ-PICAZO, donde se dedicaba a la guarda de hecho el Capítulo VI, y último, del Título X, relativo a las instituciones tutelares (cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 18).

¹⁰ En el Derecho autonómico destacan los artículos 156 a 159 del Código del Derecho Foral de Aragón y los artículos 225-1 a 225-5 del Libro II del Código Civil de Cataluña. Sobre esta normativa autonómica, *vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, «Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

¹¹ Para ROGEL VIDE, la redacción del Código Civil no arroja luz alguna sobre la cuestión; elude cualquier definición, e incluso de los supuestos que comprende, como dando por entendidas ambas cuestiones (cfr. *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 33).

¹² El Estudio a cargo de DíEZ-PICAZO reguló más ampliamente la figura en siete artículos. Sin embargo, posteriormente, la Comisión General de Codificación, que si bien se inspiró en este estudio, hace una reglamentación aún más exigua. El proyecto que el gobierno de la UCD remitió a las Cortes, y que redujo el número de artículos correspondientes a la guarda de hecho, fue publicado en el BOCG de 24 de junio de 1981. Dedicaba a la guarda de hecho dos artículos, el 303 y 304, de contenido similar al que se encuentra en el Código Civil, y según ellos eran suficientes para encauzar las principales cuestiones que se podían presentar en la práctica. Seguidamente, se incluyó el artículo 306, producto de la enmienda número 44 presentada por el Grupo Parlamentario Comunista. Si bien el proyecto fue remitido en el año 1981, la ley de reforma tardó en salir dos años porque la disolución, en 1982, y la

No resulta muy comprensible que la guarda de hecho, siendo una realidad muy antigua, y a la vez actual, no haya recibido la atención que merece por parte de la legislación y la jurisprudencia. Justo al contrario que otras instituciones del Derecho Civil prolijamente tratadas, pero cuya existencia es prácticamente ignorada por la sociedad, la guarda de hecho está implantada en ella, no obstante ha sido desfavorecida por el legislador¹³.

Siendo así las cosas, la doctrina se encarga de clarificar su concepto, notas, naturaleza jurídica, supuestos, fases y sujetos.

I. CONCEPTO, CARACTERES Y NATURALEZA JURÍDICA

A. Indefinición legal del fenómeno

El Código Civil no establece qué debe entenderse por guarda de hecho, a pesar que la doctrina anterior a la Ley 13/1983 se había pronunciado al respecto. El artículo 303 solo refiere que frente a la presencia de un guardador de hecho, el juez podrá solicitarle para que informe sobre la persona y bienes del guardado, sin perjuicio de establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. No obstante, alguna legislación autonómica contempla la definición, aunque no de la propia guarda de hecho, de la persona que la desarrolla, de manera que tal previsión legislativa ayuda a despejar ciertas dudas. El Código Civil de Cataluña en el Libro II, Título I, Capítulo V, artículo 225-1 establece: «*es guardadora de hecho la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutelar, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen*». En la misma línea, el Código del Derecho Foral de Aragón, en el artículo 156, prescribe: «*guardador de hecho es la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la*

constitución de nuevas cortes, obligó a una nueva tramitación parlamentaria con nuevo debate en el Congreso y en el Senado, hasta convertirse en la Ley de 24 de octubre de 1983 que recogía los tres artículos presentes en el Código Civil (cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, op. cit., pp. 18-20).

¹³ Para MARTÍNEZ DÍE, «una vez más, la disociación entre lo material y lo positivo conduce al absurdo de que una regulación residual y escasa como la que merece la guarda de hecho tenga una relevancia práctica inconmensurablemente superior a la tutela. Es decir: tres lacónicos y ambiguos preceptos de nuestro Código civil gozan de un protagonismo práctico muy superior al de los ciento cinco artículos que disciplinan el régimen de la tutela, la curatela y el defensor judicial» («Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», *Estudios de Derecho Judicial*, Núm. 22, 1999, p. 174).

guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada».

En este contexto, la doctrina intenta dar una definición de guarda de hecho, pero no hay unanimidad. Al respecto, unos delimitan la propia figura: JIMÉNEZ MUÑOZ, la concibe como «aquella situación en que una persona se ocupa voluntariamente y sin formalidades legales de los asuntos de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que por sus circunstancias personales puede ser sometida a incapacitación»¹⁴. Otros, conceptualizan a la persona que la ejerce (guardador de hecho): DÍAZ ALABART, la define como «aquella persona que careciendo de potestad legal sobre un menor o una persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiera encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses»¹⁵.

Adicionalmente, se discute si la guarda de hecho es una institución jurídica, o si se trata de una situación no querida por la ley. Para ROGEL VIDE la guarda de hecho «es una institución, una situación, una relación jurídica informal, todo lo irregular que se quiera, más nunca un hecho jurídicamente irrelevante, como parecen

¹⁴ «Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés», *op. cit.*, p. 624. Para un mayor análisis, *vid.* AFONSO RODRÍGUEZ, Elvira, «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», *Actualidad Civil*, Núm. 17, p. 321 y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 9. Por su parte, la jurisprudencia menor también ha dado visos de una definición de la figura: la SAP Asturias de 17 de abril de 1999, la define como la «situación que existe o puede producirse siempre que alguien, sin estar investido oficialmente de funciones tutelares respecto de un menor o incapaz asume y ejerce de hecho tales funciones», y la SAP Cádiz de 22 de diciembre de 2004 determina que «se trata de un caso más de ejercicio de hecho de un derecho, a saber gestión por una persona, que no es tutor, de la persona y, en su caso, del patrimonio de un menor o incapacitado». En el mismo sentido, *vid.* SAP Valladolid de 1 de febrero de 2005.

¹⁵ «Capítulo II. El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda recogidas en el Código civil», AA. VV., *La protección jurídica de las personas con discapacidad. Estudio de la ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, Ibermutuamur, Madrid, 2004, p. 70. Asimismo, *vid.* BUSTOS VALDIVIA, Inmaculada, «El guardador de hecho ante los actos dañosos producidos por su guardado», *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Universidad de Almería, 2000, p. 275; MONDÉJAR PEÑA, María Isabel, «La figura del cuidador no profesional en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y su encuadre dentro de las instituciones de guarda», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 803; Díez-PICAZO, Luis, *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977, p. 61 y MONDÉJAR PEÑA, María Isabel, «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *Derecho de Familia*, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Gema (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 2056.

pensar algunos, dejándose confundir por el “de hecho” aparejado a la guarda, que bien visto, no quiere decir guarda fáctica como contrapuesta a jurídica, sino guarda efectivamente ejercida, asumida de hecho y al margen de las formalidades legales. La guarda de hecho no es un hecho y es derecho, en cuanto contemplada y regulada por éste»¹⁶. Por el contrario, para LETE DEL RÍO la guarda de hecho no es una institución, sino una situación, un hecho; e incluso, una actividad ilegal¹⁷.

Independientemente de las diversas posturas, una cosa queda clara: la guarda de hecho está inspirada en dos rasgos característicos. El primero, la asunción de deberes de protección y custodia por una persona sin título que le habilite; y, el segundo, la inexistencia de un deber legal para ello. Tal vez, quedarnos con estos rasgos sea lo mejor y no ser tan rigurosos en su delimitación¹⁸, entendiendo que se trata de todo tipo de guarda continuada que no se constituye bajo las formas de

¹⁶ «Comentario a los artículos 303 a 306», *Comentarios del Código civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ-PICAZO, Luis y otros (Dir.), t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 863. En términos similares, PÉREZ MARTÍN cree que la guarda de hecho es una institución de protección de menores que, al no haber sido definida debidamente por el legislador, aparece como una norma en blanco que deberá ser integrada por la doctrina. La define como «aquella institución de Derecho civil mediante la cual una persona con el consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad o ante la ausencia de titulares de ésta, sin intervención de autoridad administrativa ni judicial, se hace cargo de un menor o de un incapaz y de sus bienes, contrayendo las obligaciones propias del cargo de tutor» (*Derecho de Familia V. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova, Valladolid, 1995, p. 60). Para NÚÑEZ MUÑOZ, resulta excesivo que se le considere como una institución por el simple reconocimiento legal, porque la guarda de hecho es una situación en liquidación, que en cuanto es detectada habrá que proceder a regularizar, constituyendo la tutela o la guarda que corresponda dependiendo de las circunstancias del menor o incapaz. No obstante, para esta autora el hecho que no sea una institución, no significa que se trate de un hecho irrelevante, pues si así fuera el Código no la contemplaría ni le atribuiría los efectos que sí le reconoce (cfr. «La guarda de hecho», *Revista de Derecho Privado*, 1999, p. 430).

¹⁷ Cfr. «Comentarios a los artículos 199-332», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.), t. IV, Edersa, Madrid, 1985, pp. 489-493. Según YZQUIERDO TOLSADA, la guarda de hecho es una situación no querida por la ley, a la que, sin embargo, resulta por su difusión, conveniente atribuir consecuencias jurídicas determinadas [cfr. «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares. Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil, títulos IX y X del Libro I*, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y otros (Coord.), ICAI, Madrid, 1984, p. 152].

¹⁸ La ausencia de una definición de guarda de hecho ha merecido, incluso, un juicio favorable ya que de existir «podría desvirtuar su sustancia fáctica y la necesidad de conformarla con arreglo a la realidad y a las convicciones sociales aplicables a cada caso, que es lo que justifica que el ordenamiento la contemple» [DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Capítulo 43. Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)», *Tratado de Derecho de la Familia. Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 34]. En el mismo orden, *vid.* LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 48.

tutela, curatela y patria potestad y que por su carácter fáctico admite todas las posibilidades¹⁹.

Siguiendo esta idea, la guarda de hecho es aquella situación por la cual una persona de forma habitualmente espontánea y voluntaria²⁰, de manera estable y permanente²¹, con carácter general y continuado²², sin nombramiento judicial ni administrativo²³, ni deber legal de cuidado; asume funciones tuitivas, sea en el ámbito patrimonial o personal, respecto de menores, incapaces no incapacitados e incapacitados necesitados de protección²⁴.

B. Notas: fáctica, sobrevenida, y transitoria

La guarda de hecho en sentido estricto²⁵, es una situación fáctica, contraponiéndola a la guarda de Derecho, porque la persona que desempeña el papel de guardador carece de la cualidad de tutor o curador establecida legalmente. Sin embargo, esta nota no la condena como una actividad ilegal, sino, más bien, como aquella guarda que en el plano real se desenvuelve efectivamente produciendo consecuencias jurídicas²⁶. La guarda de hecho es, a la vez, una situación fáctica y jurídica, porque su finalidad es de cuidado y protección de la persona del guardado; desarrolla una función tuitiva que busca no el interés de quien ejerce la guarda, sino

¹⁹ Vid. ALBÁCAR LÓPEZ, José y MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. Artículos 1 a 332*, Trivium, Madrid, 1991, p. 1330.

²⁰ En consecuencia, carecerá de la consideración de guardador de hecho, el que ejerza la guarda y cuidado de una persona por delegación o por encargo del guardador legal, y no por iniciativa propia. No obstante, si existe desinterés de éste en el ejercicio de sus funciones, la persona que las asuma podrá calificarse como guardador de hecho (cfr. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 48-49).

²¹ Estas notas han de ser entendidas desde la percepción que de la situación tiene el guardador de hecho cuando se hace cargo del guardado, y no desde la dimensión temporal de la guarda.

²² Si la persona solo se ocupa de un único asunto del menor o incapaz, no se trataría de una guarda de hecho, sino de una gestión de negocios ajenos prevista en el Código Civil en los arts. 1888 a 1894.

²³ El guardador de hecho no es un representante ni legal, ni voluntario.

²⁴ Actualmente, la guarda de hecho se ha convertido en el mecanismo protector de personas afectadas por demencia senil, Alzheimer u otras enfermedades que impiden el autogobierno.

²⁵ Me refiero a este adjetivo porque, como veremos posteriormente, el art. 303 CC *in fine*, abre la posibilidad a una guarda de hecho organizada y con vocación de permanencia, acercándola más a las características de un cargo tutelar.

²⁶ Para ROGEL VIDE, 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 de la tutela en general (cfr. *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 863).

de la persona que está sometida a ella, generando consecuencias jurídicas a las que el ordenamiento le presta atención²⁷.

En mi opinión, hablar de situaciones de hecho y situaciones de derecho, es insuficiente si no se alcanza el significado que aporta a la figura la especial normativa que ha incorporado la reforma de 1983. La auténtica guarda de hecho responde a la atención de unos intereses que se encuentran desde siempre arraigados en la sociedad. La figura nace extramuros de la ley, pero ésta le confiere unos determinados efectos jurídicos de manera retrospectiva para que el sujeto sometido a guarda no quede perjudicado o desprotegido. No es una situación propiamente de tutela jurídica, pero es una situación jurídicamente protegida²⁸.

En segundo lugar, el estatuto de la guarda de hecho disciplina situaciones ya existentes; sobre las cuales recaerá la correspondiente regulación. El legislador declara retrospectivamente lícitos los actos de trascendencia patrimonial y personal si se han realizado en interés y utilidad del guardado (cfr. artículo 304 del Código Civil), reconoce el deber de informar sobre la persona y bienes del protegido (cfr. artículo 303 del Código Civil); y si se acredita que el guardador hubiera sufrido daños y perjuicios como consecuencia del ejercicio de la guarda, se le permite reclamar una indemnización (cfr. artículo 306 del Código Civil)²⁹. En consecuencia,

²⁷ Cfr. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal y HEREDIA PUENTE, Mercedes, *Protección Legal de incapaces*, Colex, Madrid, 1998, p. 85. No obstante, CÁRCABA FERNÁNDEZ se cuestiona sobre la naturaleza de la guarda de hecho, porque «¿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. En este caso, la posible guarda de hecho y la producción de sus efectos, 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. La guarda de hecho trasciende el mundo del hecho al producir efectos de derecho» [«Consideraciones sobre la guarda de hecho», *Tutela de los Derechos del Menor, 1er Congreso Nacional de Derecho Civil*, GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel (Dir.), Junta de Andalucía, Córdoba, 1984, p. 82]. De modo análogo, ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, op. cit., p. 82 y BERROCAL LANZAROT, Ana, «La guarda de hecho como instrumento de protección de las personas mayores y discapacitados», *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales, Ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional «La protección de las personas mayores» celebrado del 7 al 9 de octubre de 2009*, PÉREZ GARCÍA, Máximo (Ed.), Idadfe, Madrid, 2009, p. 2.

²⁸ Vid. SAP Burgos de 28 de diciembre de 2012.

²⁹ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho», *Los derechos de las personas con discapacidad*, TERREROS, José Luis (Coord.), vol. I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 357.

y con razón, se ha dicho que en muchas ocasiones, el guardador de hecho realiza su actividad sin comprender que el desarrollo de ésta es una función tuitiva³⁰.

La última nota que de manera general, aunque no sin discusión, se predica de la guarda de hecho es la transitoriedad. En el orden legislativo, las Comunidades Autónomas de Cataluña y Aragón han establecido en el artículo 225-2.1 y 156, respectivamente, esta característica. Asimismo, alguna sentencia de apelación deja entrever esta peculiaridad. La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 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 establezcan y entren en funcionamiento las instituciones tutelares o de protección de menores dotadas de normalidad*».

Esta cualidad ha generado posturas contrapuestas. Unos defienden el carácter transitorio, porque la figura opera mientras no se constituya el régimen de los cargos tutelares, tal y como parece deducirse del artículo 303 del Código Civil (sin perjuicio de lo establecido en el artículo 228)³¹. Además, porque al ser una situación de hecho crea inseguridad jurídica al quedar al margen del control judicial. Otros consideran que es posible mantener la guarda de hecho, porque *ex artículo 38.6 de la Ley de*

³⁰ Para LASARTE ÁLVAREZ, la guarda de hecho es el mecanismo protector de los más humildes económicamente que, a su vez, suelen ser los más generosos de corazón (cfr. *Principios de Derecho Civil*, t. IV, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 388).

³¹ Como dice ROGEL VIDE, «la impresión que da al analizar el art. 303 CC es la de que lo único que quiere el legislador, es poner fin, hacerla desaparecer. En presencia de algo criticable, ilegal, al margen del derecho, lo primero que hay que hacer es eliminarlo, evitar que la guarda de hecho siga funcionando como tal, ni un minuto más, ni un segundo más» (*La guarda de hecho, op. cit.*, p. 28). Por su lado, O'CALLAGHAN considera que el legislador no regula la institución hacia el futuro. Para este autor, el futuro del menor o incapacitado no queda bajo el cuidado del guardador, sino del tutor que deberá ser nombrado, y hasta que lo sea, de un administrador y del Fiscal (cfr. *Introducción al Derecho y al Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 1252). En el mismo género, *vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de Familia*, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 609; PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Comentario a los artículos 259-313», *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2537; LLEBARÍA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 69 y QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, *La tutela y otras instituciones de protección de la persona. Un estudio de sentencias, autos y resoluciones*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 257. No obstante, para LEÑA FERNÁNDEZ la obligación del guardador de hecho de constituir la tutela bajo el riesgo, si no lo hace, de incurrir en responsabilidad, no es razón para sostener la transitoriedad de la guarda de hecho, porque la figura puede durar todo el tiempo que el guardador crea conveniente antes que provocar perjuicios al guardado (cfr. «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *op. cit.*, p. 209).

Registro Civil de 1957 se permite su anotación y la de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto de ella³². Para RIVERA ÁLVAREZ, refiriéndose al caso de los mayores de edad con autogobierno limitado, conocida la situación de posible incapacidad de una persona, la incapacitación no siempre se da en la práctica judicial; de forma que la situación de la guarda de hecho puede pervivir y no tiene por ende finalmente la naturaleza provisional o transitoria³³.

En mi opinión, esta polémica se genera porque no llega a identificar que el artículo 303 del Código Civil admite dos tipos de guarda de hecho: una en sentido estricto (regulada por los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil), sin vocación de futuro, destinada a desembocar en uno de los mecanismos de guarda previstos en el artículo 215 del Código Civil; y otra, con pretensiones de estabilidad y supervisión judicial, pero sin normativa que la discipline (artículo 303 del Código Civil *in fine*).

Las características hasta ahora estudiadas, se predicen *ex* artículo 303 del Código Civil. Sin embargo, la legislación aragonesa las amplía: en el concepto de guardador de hecho que recoge, añade la iniciativa propia y el desamparo (cfr. artículo 156). Es decir, la guarda no debe venir impuesta por la ley o en virtud de un nombramiento judicial o administrativo; el guardador se ocupa, sin nombramiento alguno, del cuidado del menor o incapaz. No obstante, esto no quiere decir que siempre sea espontánea –aunque así será en un gran número de ocasiones–, porque puede surgir teniendo como antecedente un contrato de acogimiento entre el guardado y el guardador. Por otro lado, el desamparo, se refiere al abandono como ausencia de los cuidados necesarios y no a la resolución administrativa que lo declare; porque una vez que existe intervención de parte de los organismos públicos mínima, o casi nula, será la presencia de un guardador de hecho³⁴.

³² Cfr. DE SALAS MURILLO, Sofía, *La publicidad de la discapacidad en el Registro civil*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 167-168.

³³ Cfr. «¿Realiza el guardador de hecho una función que le legitima para la obtención de información jurídica y económica de los organismos públicos?», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 1017. En términos similares, *vid.* DÍAZ ALABART, Silvia, «Capítulo II. El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda recogidas en el Código civil», *op. cit.*, pp. 71-72 y SANTOS URBANEJA, Fernando, «Causa y motivo de la Incapacitación civil. Una reflexión sobre el Artículo 200 del Código civil», *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Madrid, Fundación Aequitas, 2004, pp. 30-33.

³⁴ Según JIMÉNEZ MUÑOZ, si bien la situación de desamparo no está recogida expresamente en la normativa general del Código Civil, se puede inferir del articulado; porque si los titulares

C. Distinción con otros supuestos

La guarda de hecho en general, es una figura autónoma, con características propias que la diferencian de otros institutos jurídicos como veremos a continuación.

1. Guarda de hecho y delegación de facultades paternas

Existe cierta semejanza entre la guarda de hecho y la delegación de facultades paternas³⁵, pero no son idénticas. En ambos casos las relaciones pertenecen al ámbito de Derecho de Familia y existe un tercero que asume tareas de protección y cuidado en el ámbito personal. «Tanto el delegado paterno como el guardador desempeñan tareas de vigilancia y custodia de menores o incapaces, frente a las instituciones de la tutela y el defensor judicial, cuyas tareas son primordialmente representativas y patrimoniales y de carácter intermitente (en la última)»³⁶. Sin embargo, a pesar de la similitud, no se puede hablar de una identificación absoluta³⁷. Para RUIZ-RICO RUIZ

de la patria potestad o la tutela existen y desempeñan sus funciones adecuadamente no hay margen para la actuación de un guardador de hecho (cfr. «Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés», *op. cit.*, p. 628).

³⁵ Para ahondar en la delegación de facultades paternas en el ordenamiento español, *vid.*, entre otros, RUIZ-RICO RUIZ, José, *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, Comares, Granada, 1989; CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. III-2, Edersa, Madrid, 1982, p. 87; DíEZ-PICAZO, Luis, «La reforma del Código civil en materia de patria potestad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, Núm.1, 1982, pp. 3-20; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, Ley 51/1982, de 13 de julio y Ley 13/1983, de 24 de octubre*, AMORÓS GUARDIOLA, Manuel y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coords.), Tecnos, Madrid, 1986, p. 1049; LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, *La patria potestad: voluntad del titular*, Universidad de Valladolid, 1982, pp. 64-66; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 742; ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 453; FUENTE NORIEGA, Margarita, *La patria potestad compartida en el Código civil Español*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 212; DE PRADA GONZÁLEZ, José María, «La patria potestad conjunta en la Ley de reforma de 13 de mayo de 1981», *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre 1982, p. 266. Fuera de la doctrina española, *vid.* PELOSI, Angelo Carlo, *La patria potestà*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 191 y 343 y DOGLIOTTI, Massimo, «La potestà dei genitori», *Giurisprudenza del diritto di famiglia*, BESSONE, Mario (a cura), Milano, 2000, pp. 859-1055.

³⁶ RUIZ-RICO RUIZ, José, *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, *op. cit.*, p. 199.

³⁷ *Vid.* ORTEGA PARDO, Gregorio, *La tutela de hecho*, Instituto Reus, Madrid, 1947, p. 80; DíEZ-PICAZO, Luis, «Notas sobre la institución tutelar», *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, pp. 219-220; LETE DEL RÍO, Manuel, «Comentarios a los artículos 199-332», *op. cit.*, pp. 488-489; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», *op. cit.*, pp. 152-153; CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines: Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 142-144; MORENO QUESADA, Bernardo, «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *Revista de Derecho Privado*, 1985, pp. 307-330; VENTOSO ESCRIBANO, Alonso, *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985, pp. 127-130 y CASTÁN VÁZQUEZ, José

la diferencia tiene su fundamento, principalmente, en «el proceso de elaboración de la Ley de Reforma de 1983 en lo concerniente a las disposiciones sobre “la guarda de hecho”»³⁸. El estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela dirigido por Díez-Picazo, en los artículos 307 y 308, recogía cada uno de los supuestos incluidos en la guarda de hecho, de entre los cuales no se encontraba la delegación de facultades paternas³⁹. Posteriormente, las modificaciones en los debates parlamentarios tampoco modificaron ni precisaron su contenido.

Por su parte, ROGEL VIDE, adoptando una concepción bastante amplia de la «guarda de hecho», defiende la identificación absoluta entre guarda de hecho y delegación de facultades paternas. Manifiesta que «guardadores de hecho serían también, y con más razón, si cabe, las personas en quienes los titulares de la patria potestad pretendan delegar ésta»⁴⁰, porque «los padres no pueden renunciar al ejercicio de la patria potestad, disfrutan derechos y sufren deberes que son inmodificables e intransmisibles por voluntad particular de las personas a quienes corresponden»⁴¹. En términos similares, para AFONSO RODRÍGUEZ «la admisibilidad de la delegación paterna o acogimiento privado de menores, además de encontrar el obstáculo legal de la indisponibilidad de la titularidad de la patria potestad a través de este tipo de acuerdos, parece forzada y artificiosa. Sin recurrir a esta figura, cuya construcción no es nada pacífica, disponemos en nuestro Derecho de un instrumento, como es la guarda de hecho, cuya incorporación al articulado del C.C. obedece precisamente a la necesidad de contemplar esa praxis tan frecuente que supone que terceras personas ejerciten de hecho las facultades de atención y guarda del menor. Dicho de otra manera, lo que esta regulación viene a hacer es, aun admitiendo –lo que es, al menos, discutible– ciertos pactos sobre el ejercicio de la patria potestad y sobre la guarda de menores, asimilarlos al fenómeno de la guarda de hecho»⁴².

En mi opinión, ambas figuras son diferentes. La guarda de hecho ha sido prevista por el legislador, y la nota de estabilidad y permanencia es más intensa que

María, «La llamada “patria potestad de hecho”», *Revista de Derecho Privado*, 1978, pp. 841-844.

³⁸ *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, *op. cit.*, pp. 201-202.

³⁹ *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁰ *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 86

⁴¹ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *La tutela*, Bosch, Barcelona, 1954, p. 31.

⁴² «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», *op. cit.*, p. 325. En términos similares, *vid.* MENDIZÁBAL OSÉS, Luis, *Derecho de menores. Teoría general*, Madrid, 1977, p. 395.

en la delegación de facultades paternas, donde se establecen relaciones a corto plazo siempre bajo la supervisión y control de los titulares de la patria potestad o tutores del menor⁴³. Estos están al tanto de todo lo que le ocurre, prestando algún tipo de asistencia material o moral que evita el desamparo y la intervención de la Administración pública⁴⁴. Lo que existe es una voluntad común de cuidar a los

⁴³ El Tribunal Supremo ha proclamado de modo reiterado la intransmisibilidad de titularidades paternas subrayándose su contenido de orden público, de derecho-deber que los caracteriza. En la STS de 11 de octubre de 1991 se determina que «*el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derecho-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular –como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos– sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que el adecuado cumplimiento lleva unas finalidades sociales –en este caso de interés familiar– que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico. Corolario forzoso de ello es el carácter de irrenunciable que ostentan los derechos –como consecuencia de la forzosidad de su ejercicio por parte de su legítimo titular– que impide al mismo abandonar las finalidades que su cumplimiento persigue, así como su imprescriptibilidad, hasta el punto de que su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva del mismo, subsistiendo la posibilidad de su ejercicio, a no ser que, por alguna razón legal, y previa resolución judicial, se haya producido su extinción*».

⁴⁴ Para VARGAS CABRERA, no parece haber obstáculo en el ordenamiento para que, respetando los contenidos de orden público familiar se admita el libre juego de la autonomía de la voluntad en la configuración de negocios jurídicos de Derecho de Familia. Los referidos pactos deben reunir los siguientes requisitos: 1. Estar justificada la entrega del menor por la incapacidad de los padres para atenderlo y en su propio beneficio (incapacidad en el sentido de inidoneidad para prestarle la debida asistencia en todas o algunas de las facetas de desarrollo de su personalidad). 2. Temporalidad de tal entrega. 3. Que con ella los padres no se desentiendan de sus deberes de protección cuya titularidad es intransmisible, conserven la dirección general del proceso de formación y atención al menor, manteniendo su competencia en la toma de decisiones básicas, no pierdan el contacto personal con el mismo (visitas, llamadas, etc.), y tampoco la facultad de revocación *ad nutum*. En resumidas cuentas los delegados actúan como auxiliares en el ejercicio de las facultades de la patria potestad (cfr. *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional. Ley 21/87 de 11 de noviembre*, Comares, Granada, 1994, pp. 33-34). GONZÁLEZ LEÓN considera, en similares términos, que los pactos de delegación de guarda son lícitos siempre que consistan en entrega temporal, por causas justificadas y que los padres no se desentiendan totalmente de sus hijos, sino que mantengan al menos la dirección y el control de su formación y desarrollo (cfr. *El abandono de menores en el Código civil*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 170-171). Así mismo, según RUIZ-RICO RUIZ, una simple delegación o atribución temporal de funciones por los padres a terceros encontrará fácil cobijo y protección en el último inciso del art. 172.1. Este artículo exige un resultado para que haya desamparo, y, habiendo delegación, no se producirá, como regla general, tal consecuencia, está claro que la delegación no aparece en absoluto prohibida por el ordenamiento jurídico, o al menos en lo que atañe al concepto legal de «desamparo». Porque, además, incluso aunque exista intención evidente, expresa o tácita, de los progenitores de abandonar al hijo, no habrá tampoco tal desamparo, siempre que, casualmente o previsto al efecto, exista alguien que se ocupe del menor (*v.gr.* el guardador de hecho). Así debe ser, por muy reprochable que parezca, sobre todo si pensamos en esas hipótesis en que existe una intención premeditada de los padres de abandonarlo a terceros, o surgida *a posteriori* de la entrega (cfr. *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad, op. cit.*, p. 146).

menores, cada uno aportando lo que puede⁴⁵. De este modo, la Fiscalía General del Estado en la Circular 8/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, ha establecido que *«aquellos casos en los que un progenitor no puede transitoriamente cuidar de sus hijos y los encomienda a otra persona o entidad, con frecuencia, a la propia familia, esto no es desamparo, ya que es el progenitor quien se está ocupando de que los hijos, de un modo u otro y a través de una persona interpuesta, sigan recibiendo la atención necesaria y conveniente, conforme a los usos sociales. Incluso cabe entender que este tipo de delegación paterna parcial de la patria potestad no genera propiamente una guarda de hecho»*.

Sin embargo, creo que el delegado paterno puede llegar a ser guardador de hecho. Si con posterioridad a la celebración del convenio delegatorio, cesa la patria potestad de los padres (en caso de fallecimiento) y el tercero sigue ocupándose de la custodia del menor, dada la relación de accesoriidad entre relación delegatoria y titularidad paterna, se convierte en guardador de hecho; o, incluso, cuando lo entregan a terceros desentendiéndose, por completo, de su cuidado⁴⁶.

La situación la debe analizar la Administración, junto con el Ministerio Fiscal, y adoptar las medidas que ofrezcan mayor seguridad al menor, sin olvidar que el guardador de hecho puede ser nombrado acogedor o tutor por la labor de protección desarrollada. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA recomienda, en estos casos, que *«no es conveniente ocuparse, habitualmente, de un menor semiabandonado sin poner el hecho en conocimiento de la Autoridad Judicial, al objeto de que por ésta se tomen las adecuadas medidas con respecto a la guarda del menor. Cuando los padres*

⁴⁵ La SAP Cádiz de 27 de abril de 2005, desarrolla el supuesto referido a unos inmigrantes ilegales con un hijo menor de edad que, aun llegando en patera, siempre se preocuparon de su hijo, no desatendiéndolo nunca. Se consideró que el menor nunca estuvo en situación de desamparo. Mientras la madre trabajaba, deja al menor a cargo de una familia de Cartagena, donde le llevaba todos los días antes de ir a trabajar y lo recogía al salir, manifestándolo esa familia hacerlo de forma desinteresada. Posteriormente, cuando la madre se trasladó a Algeciras por motivos de trabajo, solicitó ayuda en la organización Cruz Blanca al Padre Isidoro quien señaló al servicio de protección de menores de Murcia que el niño se encontraba bien y que estaba cuidado, teniéndolo acogido una familia de San Roque, y que él estaba en contacto con la madre. La Sala consideró que aunque existiese esta cesión temporal por motivos de trabajo, los padres no se desentendían del niño y hacían lo que estaba en su mano, en sus difíciles circunstancias de inmigrantes, sin trabajo estable y sin dinero, para atender a su hijo del mejor modo posible.

⁴⁶ Vid. QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, *La tutela y otras instituciones de protección de la persona. Un estudio de sentencias, autos y resoluciones*, op. cit., p. 272.

tienen a sus hijos en un estado de semiabandono, no hay que mostrarse excesivamente respetuoso con sus “derechos”. Dado que la buena voluntad es muchas veces ineficaz, pues siempre el padre y/o la madre pueden alegar, cuando les conviene, esos “derechos”, más vale poner los hechos en conocimiento de la Autoridad competente para que tome las medidas oportunas y tratar de evitar así las dramáticas consecuencias que, más veces de las que serían deseables, aparecen como noticia en la prensa»⁴⁷.

2. Guarda de hecho y guarda administrativa

Distinta a la guarda de hecho es la guarda administrativa, prevista en el artículo 172 bis del Código Civil⁴⁸, que pueden solicitar los padres o tutores de la Administración pública cuando por circunstancias graves no puedan cuidar al menor⁴⁹. Esta guarda solo se refiere a aspectos personales, mientras que la guarda de hecho puede alcanzar también los patrimoniales. Además, es una guarda legal, porque se constituye a través de lo dispuesto en la norma y no por una asunción espontánea de roles tutelares. Asimismo, se materializa mediante una resolución de

⁴⁷ *La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 140.
⁴⁸ Art. 172 bis.1 CC: «Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo. La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades. La resolución administrativa sobre las asunción de la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal».

⁴⁹ Para mayor detalle, *vid.* TENA PIAZUELO, Isaac, «Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996», *Revista jurídica de Navarra*, Núm. 24, 1997, pp. 243-266; NÚÑEZ CASTILLO, Alicia, «El sistema de protección de menores», *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor: una aproximación interdisciplinaria*, GARCÍA GARNICA, María del Carmen (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2008; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Belén, «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», *Revista de Derecho Civil*, Núm. 4, 2014, pp. 107-153 y MAYOR DEL HOYO, María Victoria, *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, Cedecs, Barcelona, 2000 y *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, Comares, Granada, 1999.

la Administración pública, que es el título justificativo para el desarrollo de actividades de protección y cuidado.

En conexión con este asunto, tampoco son guardadoras de hecho las personas que acogen a los menores en esta situación, pues éstas no son más que «instrumentos» para el correcto desenvolvimiento de la guarda de la entidad pública.

3. Guarda de hecho y atribución judicial de la guarda

El artículo 103.1.^a del Código Civil admite excepcionalmente, como medida provisional por demanda de nulidad, separación y divorcio; que el juez encomiende a los hijos a sus *abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares* que ejercerán bajo su autoridad. La atribución judicial es siempre en interés del menor en situaciones difíciles para los padres. No se suspende la patria potestad, salvo la guarda y custodia que se otorga a otra persona; y siempre está sujeta a los controles judiciales.

Este instituto es distinto a la guarda de hecho, porque se despliega con conocimiento, consentimiento y aprobación judicial.

4. Guarda de hecho y encargado de la guarda en Derecho Penal

Los artículos 229 a 233 del Código Penal regulan los delitos relacionados al abandono de menores y personas con discapacidad. El artículo 229.1⁵⁰, castiga por este ilícito a «la persona encargada de su guarda», que no es exclusivamente el guardador de hecho, sino todo aquél que de hecho está ejerciendo labores de custodia de personas desprotegidas. Se trata de una expresión legal más amplia.

Para enfatizar la diferencia, resulta ilustrativa la resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 11 de junio de 2004, en la que se ventila un asunto por el que los encargados de una residencia fueron condenados como autores penalmente responsables de un delito de abandono de discapaces, *ex art. 229.1 y 3 del Código Penal*. Ratifica la Audiencia la sentencia de instancia y para ello se remite a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2003 que indica: «*el concepto “encargado de su guarda” ha de interpretarse, no con referencia a la*

⁵⁰ Art. 229.1 CP: «*El abandono de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años*».

situación concreta de guarda de hecho, a la que ahora se refieren los arts. 303 y 304, sino, con una mayor amplitud, a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor (o incapaz –art. 229–), de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, oneroso o gratuito, incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección».

5. Guarda de hecho y gestión de negocios ajenos

Previamente a la promulgación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, muchos autores identificaron la guarda de hecho con la gestión de negocios ajenos. Esta asimilación se justificaba en ese entonces, porque no había una regulación específica. Sin embargo, luego que la ley entró en vigor, continúan haciéndolo; y la jurisprudencia menor también. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de junio de 2000, en un caso de personas con déficit de autogobierno, refiere que *«los términos en los que ha sido planteado el recurso requieren el análisis de los hechos, enmarcados en una realidad social frecuente en la época actual, en la que la prolongación de las expectativas de vida de la población y la presencia de determinadas enfermedades propias de la edad senil determinan que determinadas personas que padecen un deterioro físico y psíquico importante, que les impide gobernarse por sí mismas (lo que supone en la práctica una situación de incapacitación prevista en el artículo 200 del Código civil), no son declaradas legalmente en esta situación, por lo que no se constituyen los órganos tutelares correspondientes, ni se arbitra el sistema oportuno para la administración de sus bienes y derechos, con lo que adquiere gran importancia la figura del guardador de hecho del incapaz, institución jurídica asimilada tradicionalmente con el gestor de negocios ajenos y sometida a su régimen jurídico (...)».*

Creo que la identificación de la guarda de hecho con la gestión de negocios ajenos, a pesar de existir una regulación específica, es porque se concibe como un mecanismo proclive a desaparecer y por ello carente de autonomía. Sin embargo, a pesar de la escasa regulación y de su transitoriedad, considero que es una figura autónoma y diferente tanto de la gestión de negocios ajenos y de otras instituciones

de protección (con las que puede convivir si los padres o tutores no cumplen adecuadamente con sus funciones⁵¹), con caracteres específicos y consecuencias jurídicas propias⁵². La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 establece que «*como refleja el articulado del Código civil, la guarda de hecho existe como figura jurídica especial, independiente y distinta a las otras instituciones de protección de menores, con un contenido propio y autónomo, ya que se determina un principio general de actuación del guardador de hecho, existe una intervención judicial y, en fin, se deducen legalmente los posibles efectos jurídicos de dicha figura*»⁵³.

En mi opinión, existen diferencias apreciables entre la guarda de hecho y la gestión de negocios ajenos, que impiden que se puedan confundir. Siguiendo, en parte, a ROGEL VIDE, las disimilitudes entre ambas figuras son⁵⁴: 1. La gestión de negocios se desarrolla para asuntos concretos y es provisional; en cambio, la guarda de hecho, generalmente, es estable y se predica de la globalidad de actos que afectan al guardado. 2. Las normas destinadas a regular la gestión de negocios están pensando en una persona que es capaz; muy por el contrario, la guarda de hecho se realiza frente a personas que necesitan protección por estar afectada su capacidad o por ser menor de edad. 3. La gestión enfoca actos que pertenecen al ámbito

⁵¹ La guarda de hecho puede coexistir con otras instituciones de protección (ya sea patria potestad, tutela, curatela, etc.) con la finalidad tuitiva que les impone la ley. De este modo, la SAP de Álava de 15 de junio de 1992, deniega la constitución de la tutela a favor de la tía del menor por ser incompatible con la existencia de la patria potestad; no obstante, admite la continuación de la guarda de hecho. En doctrina, AFONSO RODRÍGUEZ estima que la perspectiva funcional o asistencial, que responde al dato esencial fáctico de que el necesitado esté efectivamente atendido, es siempre compatible con la perspectiva institucional (cfr. «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores, *op. cit.*, p. 325).

⁵² Para ROGEL VIDE, «la guarda de hecho ha tenido y tiene singularidad y características propias y específicas no solo cuando comporta una actuación generalizada y permanente, sino también (...) en el supuesto de gestión de un asunto o asuntos concretos del guardado por una persona en funciones de tutor o curador». Asimismo añade que «cuenta más la disposición del que actúa que la permanencia en dicha actuación, que puede darse o no darse por las más diversas razones» (*La guarda de hecho, op. cit.*, p. 65). Para un análisis más exhaustivo, *vid.* NÚÑEZ MUÑOZ, Carmen, «La guarda de hecho», *op. cit.*, p. 436; DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, «Tutela, curatela y guarda de menores», *Instituciones protectoras del menor. Especial referencia a la normativa de Castilla y León*, CARRANCHO HERRERO, María Teresa (Coord.), Universidad de Burgos, 1999, p. 91; HEREDIA PUENTE, Mercedes y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces», *La Ley*, Núm. 1, 1998, p. 2091; SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 232 y MONDÉJAR PEÑA, María Isabel, «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2057.

⁵³ En términos similares, *vid.* SAP Guipúzcoa de 5 de febrero de 2007.

⁵⁴ *Vid. La guarda de hecho, op. cit.*, pp. 74-78.

patrimonial, el artículo 1893 se refiere textualmente al «*dueño de bienes o negocios*». No obstante, la guarda abarca la actuación personal y patrimonial, por ello el artículo 303 del Código Civil alude a la «*situación de la persona y los bienes*». 4. La gestión de negocios sin mandato implica la existencia de un patrimonio que gestionar; la guarda de hecho, por el contrario, normalmente se desarrolla en situaciones de escaso o inexistente patrimonio, siendo más amplios los supuestos en que éste no existe. 5. La asunción espontánea de la gestión de negocios parece ser indispensable. En cambio, en la guarda de hecho, es uno de los supuestos pensables, pues ésta puede derivar de convenios o pactos de delegación de funciones. 6. El gestor de negocios sin mandato, como su mismo nombre lo indica, al desarrollar negocios precisa de una experiencia y, por tanto, tiene capacidad de obrar. En la guarda de hecho, no es necesario reunir las condiciones de capacidad exigibles al tutor formalmente constituido. 7. Los artículos 1893 y 304 del Código Civil fijan diferentes consecuencias. En la gestión de negocios no interesa que los actos realizados sean en interés y utilidad del gestionado (éstos son válidos aún si generan beneficios solo al gestor, con la consecuencia de que éste se haga cargo de las obligaciones contraídas en su interés); en cambio, en la guarda de hecho para que los actos del guardador sean válidos deben ser en interés y utilidad del guardado. Si generan obligaciones no son ventajosos, y, por ende, se pueden impugnar y devenir en anulables.

El citado autor establece más diferencias. Dice que «la gestión de negocios ajenos, como cuasi contrato que es, requiere, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1887, la licitud del acto de inmisión, si la actuación es ilícita no estaremos, propiamente, en presencia de una gestión de negocios sin mandato. La guarda de hecho, por el contrario, puede desempeñarse con fines ilícitos (...). También el artículo 229 del Código Civil parece suponer una cierta ilicitud en toda ella. Desde luego el posible *animus depraedandi* del guardador no impide hablar de guarda de hecho. Asimismo, la gestión de negocios ajenos implica la falta de toda obligación legal o voluntaria, de asumir tal gestión por quien la lleva a cabo. Es posible por el contrario, y será lo más frecuente, que muchos guardadores de hecho estén legalmente obligados a instar incapacitación y/o tutela de sus guardados, así como asumir, en función del parentesco que los ligue con los mismos, el cuidado de sus personas y patrimonios (...). Yo no comparto estas diferencias. La licitud del acto

de inmisión, predicada en la gestión de negocios, solo sirve para limitar las obligaciones y responsabilidades del gestor y no para determinar la existencia de la figura. Por otro lado, la guarda de hecho no es una figura ilícita, si fuera así el legislador no la hubiese recogido en el Código Civil. Tampoco se trata de una desobediencia de un deber legal, porque no todos los guardadores de hecho están legitimados a dar trámite al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar (salvo sean los familiares listados en el artículo 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y, mucho menos, cuando la guarda se ejerce adecuadamente y satisface las necesidades del guardado.

En fin, lo visto permite alejar a la guarda de hecho del campo de aplicación normativa del gestor de negocios ajenos, y predicar, con seguridad, su independencia y autonomía.

6. Guarda de hecho y poderes preventivos

El artículo 1732 del Código Civil (segundo párrafo), modificado por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, recoge como causa de extinción del mandato, la incapacitación sobrevenida; salvo se haya previsto en un instrumento su continuación o se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante. Con esta excepción, el legislador otorga al mandante la posibilidad de conceder unos poderes a otra persona en vista de una futura incapacidad. En doctrina, a este mecanismo se le conoce como poder preventivo⁵⁵.

⁵⁵ Es una realidad incontestable el interés del legislador por la salvaguarda de los intereses de los grupos más vulnerables. Dentro de ellos se encuentran los sujetos de edad avanzada, quienes conscientes de su futura pérdida de capacidad, buscan un mecanismo de protección que vaya acorde a sus necesidades, sin que esto implique recurrir forzosamente al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar. La situación de dicho colectivo es una situación intermedia entre capacidad e incapacidad; y, por ello, busca también una respuesta intermedia entre los mecanismos tuitivos establecidos en la legislación estatal. Esta constante ha sido recogida por la mayoría de legisladores de diversos países, quienes intentan establecer una serie de medidas que sean más respetuosas de la libertad y dignidad de las personas, teniendo en cuenta que la protección estatal es subsidiaria [cfr. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Los poderes preventivos: un apunte sobre su reciente regulación en los códigos civiles español y francés», *Familia y Discapacidad*, DÍAZ ALABART, Silvia (Coord.), Reus, Madrid, 2010, pp. 39-40].

El Código Civil no hace más referencia a la figura, por esta razón diversos autores se han encargado de definirla⁵⁶. FERNÁNDEZ LOZANO la describe como «el negocio jurídico por el que una persona, en previsión a su –conocida o no– posible incapacidad otorga a favor de otra u otras personas para que le representen, incluso después de sobrevenida ésta, y hasta que se declare su extinción por el Juez tras la declaración judicial de su incapacidad»⁵⁷. En similares términos, MARTÍNEZ GARCÍA, que emplea la expresión apoderamiento preventivo, dice que es «la declaración de voluntad unilateral y recepticia por la que una persona en previsión de una futura incapacidad más o menos acusada, ordena una delegación más o menos amplia de facultades en otra, para que éste pueda actuar válidamente en su nombre»⁵⁸. A partir de estas definiciones se ha podido determinar algunos de sus rasgos: carácter unilateral, recepticio, revocable, causal, *inter vivos*, personalísimo, gratuito (aunque cabe que se fije una retribución) y consensual⁵⁹.

De lo visto, se nota la esencial diferencia entre la persona que cuenta con un poder preventivo (mandatario) y un guardador de hecho; sin que esto implique que

⁵⁶ Sin embargo, a diferencia de la Ley 41/2003, la Ley francesa de protección de personas mayores Núm. 2007-308, de 5 de marzo de 2007, ofrece una definición del mandato futuro de protección en el art. 477 (dentro de la sección 5ª denominada «*Du mandat de protection future*», Capítulo II, Título XI, Libro I del Code Civil), cuando señala: «*Toda persona mayor de edad o menor emancipada que no sea sometida a tutela puede encargar a una o varias personas, en un mismo mandato, su representación, para el caso, o por una de las causas previstas en el artículo 425, que no pueda por sí sola atender a su interés*». Para un mayor conocimiento de esta ley, *vid.* PEREÑA VICENTE, Monserrat, «Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 703, 2007, pp. 2235-2253.

⁵⁷ «La representación», *Instituciones de Derecho Privado*, t. II, vol. I, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 679.

⁵⁸ «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados “apoderamientos preventivos”», *La Notaría*, Núm. 2, 2000, p. 58.

⁵⁹ Para una mayor comprensión del asunto, *vid.* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Los poderes preventivos en el Derecho Español. Luces y sombras», *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José y PEREÑA VICENTE, Monserrat (Coords.), La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 251-283 y «Poderes preventivos: posibles supuestos de ineficacia en la actuación del mandatario antes y después de la modificación del art. 1732 del Código civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Núm. 4, 2009, pp. 661-690; MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, «La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas», *La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto 2007*, Aranzadi, Pamplona, pp. 249-290 y «Apoderamientos preventivos y autotutela», *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, MARTÍNEZ DÍE, Rafael (Dir.), Civitas, Madrid, 2000, pp. 115-148 y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «El “apoderamiento o mandato preventivo” como medida de protección de las personas mayores», *Informes Portal mayores*, Núm. 78, 2008, <http://envejecimiento.csic.es/documentacion/biblioteca/registro.htm> (consulta: 27 de diciembre de 2015).

no puedan discurrir en paralelo. El primero cuenta con un apoderamiento para actuar en nombre del poderdante, quien en previsión de una futura incapacidad, delega en otro la posibilidad de actuar en su nombre; en cambio, en la guarda de hecho se actúa por iniciativa propia y en supuestos donde existe incapacidad, no hay previsión de futuro, se actúa en ese momento⁶⁰. Además, normalmente el poder se otorga para asuntos patrimoniales, en cambio la guarda aparte de éstos incluye a los personales. No obstante, algunos autores defienden una posible coincidencia entre ambas figuras, porque «normalmente el mandatario será una persona cercana al mandante, con una especial relación de confianza entre ellos, lo que suele hacer que el cargo se ostente por familiares muy allegados»⁶¹.

En mi opinión, no se debe predicar una unidad entre el apoderado y el guardador de hecho, porque es perfectamente posible que el mandatario sea una persona jurídica que tiene entre sus fines la protección de las personas discapacitadas o incluso una persona física que no tiene dentro de sus funciones la guarda de la persona. Para RIVAS MARTÍNEZ, el guardador de hecho tiene la virtud de constituir el eslabón para realizar la transición de la representación voluntaria a la representación legal, manifestando que «el encargo será para que actúe como apoderado o

⁶⁰ Vid. PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», *Actas del XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, p. 106, http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/n002863_Voluntades%20anticipadas.pdf (consulta: 27 de diciembre de 2015) y GARCÍA CANO, Tomás, «Autotutela y poderes preventivos», *Actas del XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, p. 127, http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/n002863_Voluntades%20anticipadas.pdf (consulta: 27 de diciembre de 2015).

⁶¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *Incapacitación y mandato*, La Ley, Madrid, 2008, p. 340. En el mismo sentido, LLEBARÍA SAMPER, Sergio, «La protección civil de la dignidad del incapacitado», *Minusválidos psíquicos y derechos del hombre*, MARZAL FUENTES, Antonio (Dir.), Bosch, Barcelona, 2003, p. 79; RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel María, «La guarda de hecho. Personas mayores, vida independiente y soluciones jurídicas», <http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/documentacion/trabajos-y-ponencias> (consulta: 13 de mayo de 2014); REPRESA POLO, María Patricia, «Capítulo V. Extinción del mandato por incapacitación, autotutela y tutela automática de los incapaces», *La protección jurídica de las personas con discapacidad. Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, DÍAZ ALABART, Silvia (Dir.), Ibermutuamur, Madrid, 2004, http://www.ibertalleres.com/web_juridica/inicial.htm (consulta: 27 de diciembre de 2015) y ROMERO CANDAU, Pedro Antonio, «Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de su capacidad», *Academia Sevillana del Notariado*, t. VII, 1995, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/posibilidades-autoprevison-conoce-progresiva-234781> (consulta: 27 de diciembre de 2015).

mandatario durante su capacidad y como guardador de hecho en su incapacidad»⁶². Al parecer este autor identifica al apoderado con el guardador de hecho. La persona que ejerce el poder y la guarda es la misma, pero su condición cambia dependiendo si hay capacidad o no.

II. SUPUESTOS DE GUARDA DE HECHO

Con anterioridad a la reforma del Código Civil en materia de tutela en 1983, el Estudio dirigido por DÍEZ-PICAZO establecía que la guarda de hecho operaba en las siguientes hipótesis⁶³: 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 intereses. 2. Cuando estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por causa de inhabilidad legal. 3. Cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales⁶⁴. 4. Cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él. En general, el proyecto de reforma recogía como supuestos todos aquellos casos que implicasen la inexistencia o irregularidad del nombramiento de tutor; o, incluso, en el funcionamiento de la tutela.

Luego de la modificación del Código Civil en 1983, éste no especifica los supuestos⁶⁵. Sin embargo, el legislador catalán, en el artículo 225-1, y el aragonés, en el artículo 156, sí lo hacen; inclinándose, ambos ordenamientos, por un carácter amplio.

En relación a este asunto, la doctrina está dividida entre una postura amplia, una restringida y otra que admite determinados supuestos dependiendo si se trata de una tutela de hecho o guarda de hecho. La primera posición establece, que la guarda

⁶² «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», *Revista Jurídica del Notariado*, Núm. 26, 1998, p. 230.

⁶³ *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, op. cit., p. 28.

⁶⁴ Como por ejemplo, no realizar el inventario dentro del plazo de 60 días desde que tomó posesión del cargo (art. 262 CC).

⁶⁵ Según ALBÁCAR LÓPEZ y MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ se le debe criticar al legislador que no se haya cuidado de delimitar, al menos a título de simple bosquejo o apunte, los casos en que la guarda de hecho procedía, crítica que es más dura, si se tiene en cuenta que la Ley de 1983 no contiene una Exposición de Motivos que permita orientar al juzgador y a los juristas (cfr. *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. Artículos 1 a 332*, op. cit., p. 1330).

de hecho contiene todas aquellas situaciones de guarda estable y continuada que no se constituye como tutela, curatela o patria potestad. Se admiten todas las posibilidades, desde el que asume el cargo sin título hasta el tutor que cree serlo, es inhábil o no cumple con los requisitos legales. Su fundamento está en otorgar la mayor protección a las personas más necesitadas⁶⁶.

La segunda postura admite la guarda de hecho solo para el incapaz no incapacitado, porque de la remisión que hace el artículo 303 al artículo 228 del Código Civil, se entiende que cuando una persona deba ser sometida a tutela, el Ministerio Fiscal solicitará su constitución y el juez la dispondrá, incluso de oficio. Además, el tenor literal del artículo 303 alude únicamente al menor y «a la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo», lo que significa que la guarda de hecho opera en situaciones donde no se ha modificado la capacidad de obrar, ni existió tutela previa. Para DE PABLO CONTRERAS, dicho instrumento es incompatible con la sentencia de incapacitación (deferida a través de un procedimiento legal), porque se trata de una situación fáctica que contrasta con el carácter jurídico del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar. El guardado de hecho no debe estar incapacitado, sino ser un «presunto incapaz»⁶⁷.

Por su parte, otro sector de la doctrina, al realizar una separación entre guarda de hecho y tutela de hecho⁶⁸, limita el ámbito de la primera solo a la asunción del

⁶⁶ Defienden esta postura, VENTOSO ESCRIBANO, Alonso, *La reforma de la tutela*, op. cit., p. 129; MORENO QUESADA, Bernardo, «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», op. cit., p. 325; BERENGUER ALBALADEJO, María Cristina, «Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros: especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del *Common Law*», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 6, 2013, p. 27 y HEREDIA PUENTE, Mercedes y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces», op. cit., p. 2090.

⁶⁷ Cfr. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 3, 2009, pp. 531-580, <http://vlex.com/vid/254271242> (consulta: 10 de diciembre de 2015). Para LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, la circunstancia de que el art. 303 CC comience salvando la procedencia de las actuaciones judiciales urgentes, constituyentes de la tutela, indica que la mente del legislador tuvo presente, únicamente, la situación de tutela no constituida («sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 228») (cfr. *Elementos de Derecho civil, IV*, op. cit., p. 837).

⁶⁸ La Fiscalía General del Estado en la memoria de 1964, distingue la guarda y la tutela de hecho. En efecto, dice: «la guarda de hecho se aproxima a la tutela de hecho, porque durante ella, según se desprende de los artículos 303, 304 y 306 del Código civil, se han ejercitado de modo continuado los actos propios de un tutor, ya se refieran a la persona, a los bienes o a la persona y bienes de un menor o incapacitado presunto. Pero si más

cargo sin título y al ejercicio de la tutela por persona inhábil⁶⁹; en cambio, la tutela putativa y aquella donde no se cumplen los requisitos legales, estarían incluidas en la tutela de hecho⁷⁰. Por otro lado, enfatizan que el desarrollo de funciones de guarda por un tercero con aprobación del tutor no es una situación de guarda de hecho, sino un auxilio en el ejercicio de la tutela⁷¹. Creo que en el ejercicio del cargo tutelar, el tutor puede contar con la ayuda de alguna persona (auxiliar); sin embargo, este apoyo no debe ser de tal grado que desvirtúe la institución (asunción de todas las funciones tutelares por el tercero), porque el cargo tutelar es personalísimo y su titularidad no puede ser delegada⁷².

En definitiva, la discusión está en determinar si la persona con capacidad modificada también puede estar en guarda de hecho. Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, a pesar de que el artículo 303 alude al «presunto incapaz» (por lo que había que deducir que no comprendía en su ámbito a personas incapacitadas, sino solo a las susceptibles de serlo); parece lógico extender el mismo tratamiento a los que, ya

técnicamente reducimos los supuestos de tutela de hecho a los de ejercicio anticipado de sus funciones por el tutor válidamente nombrado y a los de continuación del cargo después de haber sido declarado inhábil o de extinguida la tutela, la guarda de hecho se separa claramente de la tutela de hecho, y más aún si se tiene en cuenta que en la tutela de hecho está constituida la tutela. Guardador de hecho es quien por sí ha asumido los quehaceres propios de un tutor, encargándose de la gestión del patrimonio o del cuidado de personas que podrían estar sometidas a tutela» (p. 335).

⁶⁹ Entre sus defensores, *vid.* CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines: Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, *op. cit.*, p. 142 y ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José, *Curso de Derecho de Familia*, t. II, Civitas, Madrid, 1988, p. 258.

⁷⁰ En Francia, la doctrina excluye de la tutela de hecho (en realidad guarda de hecho), los casos de tutela irregularmente constituida, así como la tutela putativa (quien cree que es tutor ignorando la existencia de un vicio en su título). También exceptúa los casos en los que el tutor legal continúa ejerciendo sus funciones una vez que ha cesado la incapacitación o la menor edad del tutelado. Se argumenta que tratándose de un mayor de edad con plena capacidad carece de sentido concederle una protección especial y ésta debe reconducirse al mandato y a la gestión de negocios ajenos. No obstante, la jurisprudencia francesa ha aplicado reiteradamente la tutela de hecho a este último supuesto, por entender que también en él se daba una situación de desigualdad o de inferioridad de la persona que, habiendo alcanzado plena capacidad, seguía sometida de hecho a su anterior representante legal (cfr. SUMIEN, Paul, «Essai sur les tuteurs de fait, étude de jurisprudence», *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, II, 1903, pp. 790-800 y MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre, *Droit Civil, Tome I, 2º Vol.: Les personnes*, Sirey, Paris, 1967, pp. 609-610).

⁷¹ *Vid.* ALBÁCAR LÓPEZ, José y MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. Artículos 1 a 332*, *op. cit.*, p. 1331. En contra, LETE DEL RÍO, Manuel, «Comentarios a los artículos 199-332», *op. cit.*, p. 488.

⁷² Cfr. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «Aproximación a la guarda de hecho como mecanismo de cierre del sistema de protección de las personas con discapacidad», *Jornadas sobre protección jurídica en la incapacidad. II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril*, Fundación tutelar de La Rioja, 2007, p. 198, <http://www.fundaciontutelardelar Rioja.org/jornadas.htm> (consulta: 6 de febrero de 2013).

estando incapacitados, no son sometidos a la custodia de un tutor designado por el juez, porque no se haya constituido la tutela o porque no sea el tutor designado quien la está ejerciendo⁷³.

Para muchos, probablemente la ley se refería al «presunto incapaz» no para excluir del ámbito de guarda a los ya incapacitados, sino porque consideraba que a éstos ya se les había dotado de la protección necesaria y, por tanto, no era normal estar en una situación de hecho. Sin embargo, en la práctica hay múltiples razones por las que, a pesar del nombramiento de un tutor o curador, la designación no era jurídicamente válida; pero parece que el legislador no las ha tenido en cuenta⁷⁴.

En mi opinión, el espíritu de la ley da cobijo a un mayor número de supuestos de los que entran en su letra. Debe hacerse una interpretación extensiva comprendiendo todos aquellos casos en que una persona, en principio sin derecho, asume el cuidado de otra necesitada de protección, y, por la razón que sea, carece de ella, independientemente de que ésta haya sido o no incapacitada. Además, no debe olvidarse que el artículo 303 del Código Civil empieza hablando genéricamente de la figura: «(...) cuando la autoridad tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho (...)». En consecuencia, parece aludir a que en cualquier situación, cuando exista este tipo de guarda, el juez podrá requerirle para que le informe sobre el estado del guardado. Solo en la segunda parte de la norma utilizaba la palabra «presunto», que viene a reducir el texto más amplio con que se inició la redacción del precepto; sin ánimo de excluir a los incapacitados.

Con la reforma del precepto, por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se sustituye la expresión «presunto incapaz» por «persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo», cambio que tampoco aparta las dudas; porque, en principio, la consecuencia de iniciar el procedimiento de modificación de capacidad de obrar es fijar una institución protectora para el incapacitado. Sin embargo, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en el artículo 52 admite expresamente el supuesto [«(...) el Juez que tenga conocimiento de la existencia de

⁷³ Cfr. «Comentario al artículo 303 del Código civil», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, op. cit., pp. 788-789.

⁷⁴ Vid. AA. VV., *Manual de Derecho civil. Derecho de Familia*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), BERCAL, Madrid, 2011, p. 251.

un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos»], dejando zanjado el asunto.

Con este entendimiento positivo, hay que especificar en qué casos la protección del incapacitado merece la consideración de guarda de hecho, y cuáles son los supuestos cuestionados.

Respecto de los primeros, tenemos: 1. Cuando la persona ha sido sometida a un proceso de modificación de la capacidad y está pendiente el nombramiento del tutor⁷⁵. Aquí, el juez puede mantener la guarda de hecho hasta que se adopte una medida de protección más estable. 2. Cuando exista dejación o delegación de funciones por parte del tutor y un tercero (sin nombramiento judicial o administrativo) las realiza. El tutor por propia voluntad no puede transmitir sus funciones porque el cargo es de naturaleza intransmisible, y si se hace resulta ilegal⁷⁶. En esta hipótesis, la autoridad judicial de oficio debe proceder a la remoción del tutor, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 247 y 248 del Código Civil (aplicables también al curador, *ex* artículo 291 del Código Civil)⁷⁷; con la posibilidad de nombrar como tutor a quien viniera ejerciendo la guarda hecho⁷⁸. 3. Cuando el tutor ha sido removido del cargo y continúa ejerciendo funciones⁷⁹.

Hay discusión en admitir como guardador de hecho al tutor irregular (por causa de inhabilitación o por no cumplir con los requisitos legales previos al ejercicio de su cargo). En relación a la inhabilitación, el artículo 241 del Código Civil establece que *«podrán ser tutores todas las personas que se encuentran en pleno*

⁷⁵ El nombramiento de tutor se hará según el orden de preferencia de sujetos descrito en el art. 234 CC, y cuando ninguno de ellos sea nombrado tutor, la entidad pública a la que, en el respectivo territorio esté encomendada la tutela de incapaces, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz (art. 239 CC).

⁷⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Instituciones de guarda. La tutela», *Tratado de Derecho de Familia*, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (Dir.), vol. VI, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 179-341.

⁷⁷ Puesto que la constitución de la tutela es siempre judicial (art. 231 CC), es el juez quien debe remover al tutor del cargo.

⁷⁸ El artículo 234 permite al juez, excepcionalmente y en resolución motivada, prescindir no solo del orden de prelación previsto, sino incluso de las personas mencionadas legalmente (cónyuge, padres, descendientes) si lo aconseja el interés del incapacitado.

⁷⁹ No obstante, alguna parte de la doctrina no admite este supuesto como guarda de hecho sino como una gestión de negocios ajenos. Así, *vid.* CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines: Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983, op. cit.*, p. 142.

ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes» (se refiere a los artículos 243 al 245)⁸⁰. Si se incumple esta disposición, se sostiene que el nombramiento es nulo de pleno derecho⁸¹, y el «tutor» será considerado como guardador de hecho siendo de aplicación a sus actos el régimen del artículo 304 del Código Civil⁸². No obstante, si la causa de inhabilitación aparece con posterioridad, creo que lo conveniente es utilizar el régimen de la tutela (remoción del tutor).

Por otro lado, para el caso de inobservancia de los requisitos legales, estimo correcto distinguir entre el incumplimiento esencial y el incumplimiento de requisitos solicitados por el juez (fianza e inventario). La omisión de un requisito cardinal hace que el nombramiento del tutor sea nulo de pleno derecho y se convierta en un guardador de hecho. Por ejemplo, desarrollar funciones antes de haber tomado posesión del cargo⁸³. En cambio, el negarse a prestar fianza (que puede ser solicitada o no por el juez⁸⁴) da lugar a la remoción del tutor, siendo de aplicación las normas

⁸⁰ Art. 243 CC: «No pueden ser tutores: 1. Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial. 2. Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior. 3. Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena. 4. Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela».

Art. 244 CC: «Tampoco pueden ser tutores: 1. Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho. 2. Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado. 3. Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida. 4. Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración. 5. Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona».

Art. 245 CC: «Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el Juez en resolución motivada estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado».

⁸¹ Sobre este planteamiento, vid. ORDÁS ALONSO, Marta, «Artículos 222 a 233», *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 397.

⁸² De este modo lo entiende también ROGEL VIDE por considerar el nombramiento del tutor nulo de pleno derecho (cfr. *La guarda de hecho*, op. cit., p. 50).

⁸³ Este parecer es compartido por la Audiencia Provincial de Ciudad Real que en auto de 31 de enero de 1994 considera que a la vista de la validez de los actos del simple guardador de hecho, que no pueden ser impugnados si redundan en utilidad del menor (art. 304), con mayor razón habría que admitir idéntico trato para la actuación del tutor designado judicialmente antes de su toma de posesión.

⁸⁴ El art. 260 del CC, establece esta característica cuando dispone: «El Juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma».

de la tutela. Lo mismo sucede cuando no cumple con el deber de realizar el inventario⁸⁵.

En mi opinión, salvando las excepciones referidas, los supuestos de guarda de hecho son amplios. El guardador está vinculado a la existencia de un menor de edad, un incapacitado o un incapaz no incapacitado necesitados de cuidado y apoyo. Es verdad que mi postura atenta contra el texto legal, porque no se menciona de manera expresa en los artículos 303 y 304 del Código Civil, pero creo que es una interpretación correcta acorde con el interés del guardado.

Del mismo modo, si no se admite esta posición, no se sabe qué ocurriría con aquellos casos que no se incluyen en la guarda de hecho. Si jurídicamente no hay tutor, porque su nombramiento no es eficaz por concurrir algún vicio que lo invalida, y tampoco se considera guardador de hecho; habría que impugnar todo lo realizado, incluso los actos que hayan sido útiles para el guardado, lo cual supone un evidente perjuicio e iría contra de su beneficio.

III. FASES DE LA GUARDA DE HECHO

De acuerdo a lo señalado, *ex* artículo 303 del Código Civil existe una guarda de hecho *strictu sensu* y una guarda fáctica con vocación de futuro y estabilidad⁸⁶.

La primera, no tiene aptitud de permanencia, su regulación no es una verdadera ordenación jurídica, si fuera así su nombre quedaría vacante de contenido. Sin embargo, que sea de hecho no quiere decir jurídicamente irrelevante, sino que está al margen de las formalidades legales, sin normas que dirijan su ejercicio, pero que produce ciertas consecuencias jurídicas. El artículo 304 del Código Civil reconoce la validez de los actos del guardador de hecho cuando se ejecutaron en interés y utilidad del guardado; pero le están vedados todos aquellos en los que se exige poder o mandato⁸⁷.

⁸⁵ Art. 247 CC: «Serán removidos de la tutela los que (...) se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieren problemas de convivencia graves y continuados».

⁸⁶ Cfr. PÉREZ MONGE, Marina, «Regulación de la guarda de hecho en la Ley de Derecho de la Persona de Aragón», *op. cit.*, p. 341.

⁸⁷ Hay muchos actos que exigen un previo contrato de mandato (encargo dispuesto por el representado), situación que limita las facultades reseñadas en el art. 304 CC.

Por otro lado, la realidad puede dar lugar a una «guarda de hecho» controlada judicialmente, con pretensiones de organización y estabilidad⁸⁸, donde el guardador se mueve con más amplitud, porque establecidos los controles y autorizaciones queda legitimado para realizar determinados actos jurídicos. Cuenta con un título que justifica su actuación y delimita sus facultades. Este escenario ha llevado a más de uno a indicar que la guarda de hecho se desnaturaliza para convertirse en una guarda de derecho. En efecto, adquiere otras características que la acercan más a los cargos tutelares⁸⁹.

Un dato que apoya la defensa de la posible organización y estabilidad de la guarda de hecho, es la novedosa regulación que hace el Código Civil de Cataluña en el artículo 225-3.2: concesión de funciones tutelares al guardador de hecho si hay circunstancias específicas, como la duración previsible de la guarda, o lo aconsejan las necesidades de la persona guardada⁹⁰. En la norma estatal, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; el segundo párrafo del artículo 303 del Código Civil también fundamenta el carácter estable de la guarda de hecho⁹¹.

Según LECIÑENA IBARRA, este escenario pone en evidencia lo siguiente: la presencia de una guarda no reglada *ex* artículo 215 del Código Civil, que atiende y protege a menores de edad y a incapaces no incapacitados; la buena disposición de la figura en la protección de los intereses personales y económicos del guardado; y, en

⁸⁸ Es frecuente la utilización de la guarda de hecho como medio temporal de protección a la espera de la adopción otras medidas tuitivas más estables. La STS de 1 de julio de 2014 confirma lo dicho cuando dejado sin efecto el nombramiento del tutor, el Tribunal, *«para evitar que la persona incapacitada quede desprotegida adopta como medida cautelar de protección el mantenimiento en las funciones de la guarda legal correspondiente a la Fundación Murciana para la Tutela, mientras no se resuelva de forma definitiva sobre la designación de la persona del tutor»*.

⁸⁹ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, se muestra en contra de esta valoración. Para este autor, «el establecimiento de medidas de vigilancia y control no supone el cambio de guarda de hecho a guarda de derecho o guarda judicial. Esto supone una valoración inapropiada de lo que es en esencia el control judicial de una situación de hecho no litigiosa. Por análogas razones el juez no se convierte en un guardador de hecho y desnaturaliza la guarda de hecho cuando adopta medidas de control de la misma al amparo de la norma del art. 303 CC» («Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», *Revista del Poder Judicial*, Núm. 60, Madrid, 2008, p. 270).

⁹⁰ Estas funciones tutelares evitan al guardador la carga demasiado onerosa, generalmente en un contexto familiar, de tener que instar la privación de la potestad o la remoción del tutor.

⁹¹ Art. 303 CC (segundo párrafo): *«Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores»*.

el ámbito de la discapacidad, la necesidad de su reconocimiento legal como mecanismo de apoyo acorde con los principios de la Convención de 2006, al que habría que dotar de garantías para evitar fraudes y abusos⁹². Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, una guarda de hecho sin controles ni garantías de ningún tipo bien podría entrar en conflicto con las previsiones del artículo 12.4 del Tratado internacional de la ONU⁹³.

El fundamento para la guarda hecho como un posible sistema de apoyo está en el artículo 303 *in fine*: ante una guarda de hecho, la autoridad judicial puede «establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas». Esta actuación, parece significar la potencial continuidad y permanencia de la figura, siempre que el juez no tenga razones para desconfiar del guardador o para asignar la guarda a otra persona⁹⁴.

No creo que este proceder se oponga a lo dispuesto en el artículo 757.2 (obligación del Ministerio Fiscal de promover el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar cuando no lo hagan los familiares listados en el numeral 1) y 757.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (obligación del juez de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal cuando conozca la existencia de una persona en la que concurra una posible causa de incapacitación); porque *ex* artículo 762.1 de esta ley⁹⁵, se permite a la autoridad judicial adoptar las medidas que considere oportunas para salvaguardar el interés del incapaz no incapacitado y, una de ellas

⁹² Cfr. *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, pp. 32-34. A favor del reconocimiento legal para ampliar el ámbito de actuación del guardador, *vid.* ANGUITA RÍOS, Rosa María, «La protección del discapacitado no incapacitado», *Diario La Ley*, La Ley, Núm. 8165, Sección Doctrina, 2013, Año XXXIV, 13 pp., <http://diariolaley.laley.es> (consulta: 28 de diciembre de 2015).

⁹³ Cfr. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 128. En el mismo género, PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Comentario a los artículos 259-313», *op. cit.*, p. 2533.

⁹⁴ Diversas sentencias declaran mantener la guarda de hecho hasta que concluya el procedimiento de la modificación de la capacidad de obrar y posterior nombramiento del tutor (*vid.* SAP Burgos de 18 de enero de 1999; SAP Cádiz de 22 de diciembre de 2006; AAP Barcelona de 28 de junio de 2007), o como medio para facilitar el periodo progresivo de integración del padre en la vida de su hija hasta que esté en condiciones de asumir su guarda y custodia (*vid.* SAP Islas Baleares de 30 de junio de 2006).

⁹⁵ Art. 762.1 LEC: «Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación».

puede ser la permanencia de la guarda⁹⁶. Tampoco se opone al artículo 762.1 *in fine*, porque cuando se comunique al Ministerio Fiscal la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, aquél solo debe promover el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, si lo estima procedente. En efecto, el legislador da margen a valorar la utilidad del proceso.

De conformidad con lo anterior, la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2001 de 5 de abril de 2001, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, dispone que «*El Ministerio Fiscal está siempre legitimado para presentar la demanda de incapacitación o de declaración de prodigalidad, cuando no lo haga ninguna de las personas mencionadas en los apartados 1 ó 5 del art. 757, con la única excepción de la incapacitación de menores de edad, que sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 757.4). La puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, realizada por cualquier otra persona conforme a lo previsto en el art. 757.3, no obliga al Fiscal a interponer automáticamente la demanda de incapacitación, sino que deberá analizar las circunstancias del caso y en función de las mismas determinar si procede o no la interposición de la demanda. Esta conclusión queda confirmada a fortiori por el art. 762.1, que dispone que el Fiscal, cuando la autoridad judicial haya puesto en su conocimiento la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, podrá promover la incapacitación “si lo estima procedente”*».

Comparte esta posición APARICIO AUÑON, para quien curiosamente ha desaparecido el plazo de quince días que antes fijaba el artículo 203 del Código Civil para que el Ministerio Fiscal, al que se le denuncia la posible causa de incapacitación, solicite del juez lo que proceda⁹⁷. Tal supresión no significa desde

⁹⁶ De este modo, para PRATS ALBENTOSA, cuando sea conocida por el juez la existencia de un estado de guarda de hecho, la norma le permite que, potestativamente solicite al guardador informe sobre la situación de la persona y los bienes del guardado. Tras haber recabado la información, se le atribuye nuevamente la potestad de establecer las medidas de vigilancia y control que considere oportunas (cfr. *Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 572). En similares términos, QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, *La tutela y otras instituciones de protección de la persona. Un estudio de sentencias, autos y resoluciones, op. cit.*, p. 257.

⁹⁷ El derogado art. 203 CC decía «*El Ministerio Fiscal deberá promover la declaración si las personas mencionadas en el artículo anterior no existen o no lo hubieran solicitado. A este*

luego relajación del deber de diligencia del Ministerio Fiscal, que en todo caso responde por negligencia en los términos previstos en su Estatuto Orgánico. Pero la denuncia de que hay alguien que presenta signos externos de demencia o de imposibilidad física o psíquica para desenvolverse por sí misma, no puede disparar la reacción automática del Fiscal pidiendo modificación de la capacidad de obrar. Éste debe comprobar y valorar antes los hechos denunciados, instruyendo unas diligencias informativas⁹⁸. En efecto, es posible que la autoridad decida no promover la incapacitación si, en atención a las circunstancias, entiende que no concurren las causas legales, o cuando considere que los inconvenientes derivados del proceso de modificación de la capacidad de obrar no se ven compensados por los beneficios esperados. Se trataría de casos en los que dicho procedimiento no aportaría nada a la protección del guardado al encontrarse bien atendido, y no percibir un conflicto de intereses ni un perjuicio.

Esta postura se confirma con la facultad otorgada por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, de solicitar la anotación en el Registro Civil de la guarda de hecho⁹⁹. Si el Ministerio Fiscal tuviese la obligación de incoar el procedimiento de modificación de la capacidad, siempre

fin, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. El Juez competente, en los mismos casos, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias, y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien deberá solicitar del Juez lo que proceda, dentro del plazo de quince días.

⁹⁸ Cfr. «De los procesos sobre la capacidad de las personas», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, LORCA NAVARRETE, Antonio (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 3986.

⁹⁹ En la doctrina hay autores a favor y en contra de esta situación. A favor: DÍAZ ALABART, para quien apremia «(...) incluir en el Registro algunos datos sobre la situación de personas que, aun sin estar incapacitadas en ese momento, estén ya en una posición que pueda demandar urgentemente esa medida, o que, con riesgo una incapacitación próxima (*sic*), o aún sin él, hayan tomado medidas para si se presenta el caso (cfr. «La Ley 1/2009 de modificación de la Ley de Registro civil y de la protección de las personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, Núm. 17, 2009, p. 1990). En contra, POZO MOREIRA para quien, al ser la guarda de hecho provisional, su anotación en el Registro es un paso previo al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar. Afirma que por «tutela de hecho se entiende el periodo comprendido entre la situación de pérdida de facultades mentales de la persona bajo el cuidado de un guardador, el inicio del procedimiento y la resolución judicial» (cfr. «La reforma del Registro Civil por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos», *Diario La Ley*, Núm. 7166, 2009).

que tenga conocimiento de la existencia de una persona en la que concurran causas de incapacitación, no se le hubiera otorgado esa potestad.

En conclusión, lo más significativo es actuar movidos por el interés del guardado, y no instar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar por el simple hecho de cumplir con la formalidad legal. Aquí importa la persona; si la guarda de «hecho» protege y se satisface el interés del incapaz no incapacitado, la lógica fáctica se impone a la lógica jurídica. No obstante, habrá que pensar en una regulación de este mecanismo de apoyo, porque tal y como está diseñado (en las últimas líneas del artículo 303 del Código civil) encontrará incontables dificultades.

IV. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA GUARDA DE HECHO

A. El guardado

La determinación de quién pueda ser el guardado, depende de la postura que asumamos respecto a los supuestos que incluye la guarda de hecho. Como soy partidaria de una posición amplia, afirmo que esta figura se vincula a: un menor de edad, un incapaz no incapacitado¹⁰⁰ y un incapacitado. El guardado no debe estar bajo patria potestad o tutela ejercida efectivamente, caso contrario no se configura la guarda de hecho.

¹⁰⁰ Persona que presenta dificultades para administrar sus propios intereses (falta de autogobierno), que no está incapacitada, pero necesita instrumentos de apoyo y protección para llevar una vida digna. La STS de 14 de julio de 2004 entiende que «*el autogobierno se concibe como la idoneidad de las personas para administrar sus intereses*». NÚÑEZ ZORRILLA, define la capacidad de autogobierno como «la aptitud mental de la persona para tomar decisiones y actuar en la práctica de forma reflexiva, consciente y responsable. Comprendiendo el significado y el alcance de las consecuencias de sus actos. De manera que no se perjudique gravemente a sí misma ni a los demás. La suficiencia de juicio para afrontar los problemas básicos o cotidianos de la vida diaria, de la forma que cabría esperar de un sujeto con una capacidad de entendimiento normal, atendiendo a su edad y entorno socio-cultural. En suma, la capacidad intelectual para comprender y evaluar racionalmente una situación, apreciando la oportunidad y consecuencias de un acto determinado» (*La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 49). Según MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, las discapacidades que determinan la necesidad de disponer de determinados mecanismos de apoyo y protección, son las discapacidades atinentes a la capacidad natural de autogobierno, porque ellas son las que afectan a las posibilidades de participar activamente en la vida jurídica: esto se refiere a las discapacidades psíquicas y en mucho menor grado a las discapacidades sensoriales o físicas las cuales habitualmente no afectan a la capacidad natural de conocer y querer. Las discapacidades físicas y sensoriales no impiden la toma de decisiones libres y conscientes, jurídicamente eficaces, sobre su persona y su esfera de relaciones e intereses [cfr. «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 191].

B. El guardador

A diferencia de lo que sucede en el Derecho catalán o aragonés¹⁰¹, el Código Civil no se pronuncia sobre el guardador de hecho. No obstante, no hay obstáculo en que pueda serlo una persona física (tengan o no vínculo con el guardado), o jurídica¹⁰², que se encarga de modo espontáneo (habitualmente) y voluntario, con carácter de estabilidad y permanencia, de los asuntos del guardado; con responsabilidad decisoria y sin contar con legitimación judicial o legal.

En cuanto al número de guardadores, se entiende que pueden ser varios. La guarda de hecho es una situación fáctica, por ello, y con mucha más razón, se puede presentar el supuesto de pluralidad de guardadores. Imaginemos el caso de unos padres, que al no instar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar de su hijo al llegar a la mayoría de edad, continúan brindándole cuidados a modo de una patria potestad prorrogada. Ante esta circunstancia, considero que ambos ejercen la guarda conjunta de modo análogo a la patria potestad, y en caso exista desacuerdo al momento de adoptar una decisión respecto al guardado, se aplicará lo establecido para la tutela en el segundo párrafo del artículo 237¹⁰³ y 237 bis¹⁰⁴ del Código Civil¹⁰⁵.

El guardador puede tener o no una relación de parentesco con el guardado, e incluso existir una serie de deberes entre ellos como el legal de alimentos (cfr.

¹⁰¹ Vid. art. 225-1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y art. 156 del Código del Derecho Foral de Aragón.

¹⁰² En la doctrina se admite unánimemente esta opción: BERROCAL LANZAROT, Ana, «Aproximación a la institución de la guarda de hecho», *op. cit.*, p. 2857; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, «Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés», *op. cit.*, p. 626 y TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «Acogimiento de las personas mayores y guarda de hecho», *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, MORETÓN SANZ, María Fernanda y LÓPEZ PELÁEZ, Patricia (Coords.), Tecnos, Madrid, 2007, p. 251.

¹⁰³ Art. 237 CC: «*las facultades de la tutela encomendadas a varios tutores habrán de ser ejercitadas por éstos conjuntamente, pero valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número. A falta de tal acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados y entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela, podrá el Juez reorganizar su funcionamiento e incluso proveer de nuevo tutor*».

¹⁰⁴ Art. 237 bis CC: «*si los tutores tuvieran sus facultades atribuidas conjuntamente y hubiere incompatibilidad u oposición de intereses en alguno de ellos para un acto o contrato, podrá este ser realizado por el otro tutor, o, de ser varios, por los demás de forma conjunta*».

¹⁰⁵ En esta hipótesis se asume que la guarda de hecho ha sido conocida por la autoridad judicial.

artículos 142 y siguientes del Código Civil), o el de ayuda y socorro mutuo entre los esposos (cfr. artículos 67 y 68 del Código Civil)¹⁰⁶.

Por otro lado, la persona jurídica también puede ser guardadora de hecho. Son aquellas que tienen entre sus fines el cuidado de las personas con una discapacidad que impide su autogobierno y necesitan protección¹⁰⁷. Si el sujeto está ingresado en un Centro residencial, según un sector autorizado de la doctrina¹⁰⁸, y alguna legislación autonómica¹⁰⁹, la condición de guardador de hecho le corresponde al director. En el ámbito jurisprudencial, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 11 de diciembre de 2000 consideró como guardadores de hecho de los ancianos demenciados al director y titular de la residencia donde se encontraban. Sin embargo, en mi opinión, si los familiares ejercen una supervisión y control de la actividad de la residencia, son éstos y no el director los que merecen la condición de guardadores¹¹⁰.

¹⁰⁶ Aunque en su mayoría el guardador es un pariente del guardado, cada vez más éstos se encuentran fuera del ámbito familiar, sobre todo cuando se trata del cuidado de mayores.

¹⁰⁷ «La residencia (o su director) no ostenta la condición de guardadora de hecho de todos los ancianos internos, sino sólo de aquellos necesitados de protección (...). Es decir, respecto de todos ellos asume –normalmente por contrato– un deber de cuidado y atención personalizada; pero además respecto de los incapaces que se encuentren en la situación de necesidad (...), puede asumir el cargo de guardador» (BERENGUER ALBALADEJO, María Cristina, «Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros: especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del *Common Law*», *op. cit.*, p. 28).

¹⁰⁸ *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud», *Anuario de Derecho Civil*, 1984, p. 966; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal. Responsabilidad Civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 248 y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 68.

¹⁰⁹ El art. 7.3 del Decreto 176/2000, de 15 de mayo, de modificación del Decreto 284/1996, de 23 de julio, de regulación del sistema Catalán de Servicios Sociales, señala: «*El ingreso en establecimientos residenciales de personas que no pueden manifestar libremente su voluntad, ya que por razón de sus circunstancias personales puedan ser declaradas incapaces, comporta que el director técnico del establecimiento sea el guardador de hecho cuando el ingreso de la persona se haya realizado sin la intervención de alguna de las personas que se indican a continuación: a) Cónyuge o pareja estable conviviente. b) Descendientes mayores de edad o bien ascendientes. c) El cónyuge del padre o de la madre si ha habido convivencia durante tres años con la persona que ha de ingresar. d) Hermanos. e) La persona que haya asumido la guarda de hecho, siempre que haya comunicado el hecho de la guarda al juez o al Ministerio Fiscal*».

¹¹⁰ Cfr. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 49.

Este tipo de guarda residencial no está libre de problemas, ocasionados, principalmente, por la interferencia de los familiares que, a pesar de la situación de desamparo generada, se creen legitimados para tomar decisiones respecto al guardado; por la sensación de conveniencia de parte de la institución de buscar la buena gestión de la residencia y no el interés de aquél; y, además, por los continuos cambios en la planilla de trabajadores y en la estructura del centro¹¹¹.

1. Inexistencia del deber legal por el guardador de instar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en el artículo 757, establece la legitimación para instar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar. Se trata de una legitimación cerrada¹¹²: solo los mencionados en la norma pueden promoverlo.

La legitimación para incoar el procedimiento en mayores de edad la tienen: el cónyuge o pareja de hecho¹¹³, sus descendientes, sus ascendientes, sus hermanos, el Ministerio Fiscal y el propio interesado. Cualquier tercero, entendiéndose incluido el guardador de hecho (salvo tenga la condición de pariente según el 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no podrá solicitarla; sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos determinantes de una incapacitación, *ex* artículo 757.3 de la misma norma.

¹¹¹ Cfr. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «Aproximación a la guarda de hecho como mecanismo de cierre del sistema de protección de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 204.

¹¹² Según SANCHO GARGALLO, el artículo 202 CC, como ahora el artículo 757 LEC, contienen una enumeración cerrada, y por lo tanto un *numerus clausus* de legitimados (cfr. *Incapacitación y tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, p. 74). Para Díez-Picazo, la restricción de la legitimación a la familia nuclear tiene su razón en la salvaguardia de la libertad personal y la esfera de privacidad, porque el hecho de realizar actos por otros, se mire como se mire, es un acto de intromisión [cfr. «Artículos 199 a 210», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, Ley 51/1982, de 13 de julio y Ley 13/1983, de 24 de octubre*, AMORÓS GUARDIOLA, Manuel y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coords.), Tecnos, Madrid, 1986, p. 183]. Con ello se previene además, contra un posible uso temerario o malicioso de otras personas de este procedimiento (cfr. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Curso de Derecho Civil*, Colex, Madrid, 2000, p. 365). En la jurisprudencia también se constata esta posición: la STS de 24 de mayo de 1991, niega la legitimación activa al Ayuntamiento de Palma para promover el procedimiento de incapacitación de una agente de policía, e incluso remarca que «*ni siquiera la autoridad judicial en esta clase de asuntos, pese al robustecimiento de los poderes judiciales "ex officio" que la Ley confiere, puede promover el asunto y debe limitarse, tras la adopción de las medidas que estime necesarias a poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal*». Análogamente, *vid.* SAP Asturias de 29 de mayo de 1995; SAP Madrid de 27 de junio de 2000; SAP Valladolid de 8 de marzo de 2002 y STS de 29 de abril de 2004.

¹¹³ la LEC hace referencia a quien se encuentre en «*una situación de hecho asimilable*» al cónyuge.

Según la legislación estatal, la comunicación al Fiscal es una facultad¹¹⁴; sin embargo, algunas legislaciones autonómicas la recogen como obligación. El Código del Derecho Foral de Aragón en el artículo 157 dispone que «*el guardador debe poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal*», lo que va relacionado con el deber de promoción de la tutela que tiene el guardador, y si no lo hace, será responsable de la indemnización de daños y perjuicios (cfr. artículo 131 del mismo cuerpo normativo). En términos similares, el Código Civil de Cataluña, en el artículo 225-2 prevé que «*1. El guardador de hecho que ha acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por las personas que tienen la obligación de cuidarlo debe comunicarlo a la entidad pública competente en materia de protección de menores o a la autoridad judicial en el plazo de 72 horas desde el inicio de la guarda*». Seguidamente, establece la misma obligación para el titular del Centro residencial donde se encuentre el mayor de edad en el que se da una causa de incapacitación.

Según LECIÑENA IBARRA, parece que en el caso de mayores de edad, el Código Civil de Cataluña no impone la obligación de comunicación cuando la guarda es ejercida por los familiares. Sin embargo, la doctrina catalana, al comentar la norma, defiende que la obligación de poner en conocimiento de la autoridad judicial la situación de guarda de hecho, existe en todos los casos, a pesar del tenor literal del artículo 225-2, y ello por una interpretación sistemática del cuerpo legal. Los argumentos empleados son dos: por un lado, porque si la guarda de hecho se extingue por la constitución de un régimen tutelar, y este siempre se constituye judicialmente (cfr. artículo 225-5.1) es porque se presupone que el juez tiene conocimiento de la situación de la persona guardada. Y por el otro, porque la autoridad judicial puede exigir la rendición de cuentas a cualquier persona, con independencia de quién sea quien ejerce la guarda¹¹⁵.

¹¹⁴ Para MONDÉJAR PEÑA al final la autoridad judicial y el fiscal van conocer los hechos determinantes de la incapacitación, porque si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil no obliga al guardador de hecho a comunicarlos; el Código Civil sí obliga a promover la constitución de la tutela (cfr. art. 229) (cfr. «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, pp. 2064-2065). Creo que en este caso hay una confusión de la promoción de la tutela con el procedimiento de la modificación de la capacidad de obrar, situaciones que son claramente distintas.

¹¹⁵ Cfr. *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 207 y BOSCH CAPDEVILLA, Esteve, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro y VAQUER ALOY, Antoni, *Les institucions de*

Comparte este parecer la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de junio de 2000, que niega a una hija el derecho de repetición contra sus hermanos por los alimentos prestados a su madre, *«por cuanto en su calidad de guardadora de hecho, con carácter previo a decidir por sí solo el ingreso de la anciana en una residencia geriátrica, debió poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal o del Juez para que se hubiera dotado a la presunta incapaz del régimen tutelar previsto en la ley, con plena garantía para los derechos de la misma y con la pertinente organización de la administración de su patrimonio a cuyo cargo han de atribuirse con carácter previo los gastos»*.

Retomando la legitimación para la incapacitación, una parte de la doctrina la admite para el guardador de hecho, aunque no sea pariente del guardado¹¹⁶. Sus fundamentos son: la interpretación sistemática de los artículos 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 229 del Código Civil (que impone la obligación, bajo responsabilidad solidaria, a determinadas personas de solicitar la constitución de la tutela): si al guardador de hecho se le permite promover la tutela, lo lógico es que también pueda hacerlo con el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar que la origina; el interés del incapaz no incapacitado: lo importante es la declaración judicial de su incapacidad para contar con representación legal; el artículo 304 del Código Civil: este precepto no solo incluye los actos personales o patrimoniales, sino también los de carácter procesal, en consecuencia podrá solicitar la incapacitación porque es útil y en interés del guardado; por último, por interpretación del artículo 761.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹¹⁷: si al guardador se le permite solicitar la reintegración de la capacidad y la modificación del alcance de la incapacitación, debería tener legitimación para promoverla.

Defendiendo esta posición, resulta interesante el caso enjuiciado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de junio de 2007: *«La demanda de este procedimiento, se insta por la propia incapaz a través de una*

protecció de la persona en el dret civil de Catalunya, <http://www.recercat.cat/handle/2072/179315> (consulta: 23 de febrero de 2015).

¹¹⁶ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 789.

¹¹⁷ Art. 761.2 LEC: *«Corresponde formular petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior a las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado»*.

sustitución de las facultades, que dicha presunta incapaz había otorgado a favor de su sobrino, en un poder general para realizar toda clase de actos, y contratos de gestión administración, dominio y disposición, con las facultades que expresamente se recogían en el mismo. La Audiencia no duda en declarar que la acción de incapacidad, es una acción personalísima, y por tanto intransferible a terceros, careciendo por ello el representante, de capacidad para promover la presente demanda. Pero pese a existir por tanto un defecto, en la constitución jurídico procesal, la sentencia reconoce que tal defecto no puede abocar a la nulidad pretendida, porque no existe indefensión, ya que la iniciación de este procedimiento, no ha colocado en tal situación, a la única parte que se ve afectada por el contenido de esta resolución, al presunto incapaz, y no lo ha hecho, porque el promover esta demanda no le perjudica, encontrándonos en un supuesto asimilable al de una guarda de hecho, pues el sobrino, no sólo administraba los bienes de la presunta incapaz sino que se preocupaba de su persona, y por ello le resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 304 CC ya que los actos por él realizados, redundan en beneficio de la presunta incapaz, pues van destinados a procurar su protección. Por tanto, si en la primera instancia se ha permitido la legitimación del guardador carente de legitimación ex art. 757 Lec creo que hace bien la Audiencia en admitir la legitimación al guardador de hecho dado que la regularización de la situación jurídica en la que se encuentra una persona que no tiene capacidad para gobernarse por sí misma sirve de acto beneficioso para la persona con discapacidad por lo que en nada se le beneficiaría si declarando la nulidad de las actuaciones se demorase dicho reconocimiento»¹¹⁸.

Otros autores no comparten la interpretación extensiva. La legitimación para promover la constitución de la tutela (cfr. artículo 229 y 234 del Código Civil) no se identifica necesariamente con la recogida en el artículo 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; ni se puede confundir la primera con un supuesto deber de

¹¹⁸

En términos similares, la SAP Córdoba de 13 de mayo de 2002 que reconoció legitimación al actor, en cuanto pariente de quinto grado por línea colateral de la presunta incapaz en la plataforma legitimadora que en este caso concreto permite el citado art. 304 CC, admitiendo que como es útil solicitar la demanda de incapacitación, vale la legitimación activa. Se mantiene esta doctrina en la SAP Córdoba de 13 de diciembre de 2012, que concede legitimación a un sobrino para solicitar la incapacitación del tío, ampliando la aplicación del art. 304 al ámbito procesal.

promover la incapacitación, que en realidad no existe¹¹⁹. Admitir la legitimación activa del guardador de hecho, *ex* una interpretación generosa del artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se compadece mal con el criterio restrictivo por el que se decanta la jurisprudencia a la hora de interpretar el precepto procesal. La especial naturaleza del objeto de litigio, con clara incidencia en importantes derechos fundamentales del demandado, convierte la legitimación que nos ocupa en una cuestión de orden público procesal imposible de evitar¹²⁰.

En otro extremo, se plantea la duda si la legitimación *ex* art. 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se asume como una obligación o una facultad. La doctrina mayoritaria entiende que se trata de una facultad, porque en el marco actual de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se compadece mal el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica con la declaración de un deber de incapacitar a ciertas personas. Sin embargo, tal afirmación no es óbice para admitir que, en circunstancias concretas, esa omisión pudiera dar lugar a responsabilidad¹²¹.

¹¹⁹ Cfr. PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997. Responsabilidad civil por los daños causados por enfermo mental no incapacitado; responsabilidad derivada de delito; responsabilidad de los padres por no incapacitar al dañante», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 44, 1997, p. 786. No obstante, GARCÍA-RIPOLL MONTJANO introduce una matización distinguiendo la legitimación *ad processum*, recogida en el art. 757.1 LEC, y la del art. 229 CC, de carácter material o sustantivo, entendiendo que el deber de demandar la incapacitación es a los únicos efectos de la responsabilidad civil pero indiferente a otros [«Comentario al artículo 118 del Código penal», *Comentarios al Código Penal*, COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), t. IV, Edersa, Madrid, 2000, p. 469].

¹²⁰ La STS de 29 de abril de 2004 negó al sobrino carnal la posibilidad de personarse como sucesor procesal del demandante legitimado fallecido durante el proceso, al entender que se trata de una acción de carácter personalísimo y, por ello, intransmisible. Análogamente, partiendo del carácter de orden público, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 7 de julio de 2004, reconoce el estricto régimen de legitimación activa de éstos en cuanto reconocida únicamente en el art. 757.1 LEC al cónyuge o descendiente del incapaz no incapacitado y, en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del mismo, declarándose contrario a una interpretación extensiva del precepto. Del mismo modo, en el caso enjuiciado por el Alto Tribunal, promovida la declaración de incapacidad de tres hermanas por una sobrina carnal suya, hija de otra hermana fallecida se adujo falta de legitimación activa que fue admitida en casación pues como se afirma «*el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 de la Constitución a todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos es de configuración legal, como en infinidad de ocasiones ha declarado el Tribunal Constitucional, y en consecuencia cabe su restricción normativa en determinadas materias por más que en la demanda se invoque, e incluso en el proceso se justifique, un interés que en abstracto pueda considerarse legítimo pero que la Ley no ha configurado como tal.*»

¹²¹ Al respecto, *vid.* PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997. Responsabilidad civil por los daños causados por enfermo mental no incapacitado; responsabilidad derivada de delito; responsabilidad de los padres por no incapacitar al dañante», *op. cit.*, p. 786 y BANACLOCHE PALAO, Julio, «Comentario a los artículos 148-781», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 1277.

En contra, SANCHO GARGALLO piensa que la promoción de la incapacitación de parte de los legitimados, es un derecho-deber. Lo prescrito por el legislador, «no es sólo una habilitación para promover la incapacitación, sino que existe una obligación legal de hacerlo, siempre y cuando haya indicios de concurrir una causa de incapacitación»¹²².

En mi opinión, la Ley de Enjuiciamiento Civil se decanta por el carácter no obligatorio para los familiares del incapaz no incapacitado, solo establece el deber para el Ministerio Fiscal (si lo cree procedente), cuando no haya parientes legitimados, o éstos no lo insten (cfr. artículo 757.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Esta obligación, constituye una manifestación del interés público que subyace a este procedimiento, y del que el Ministerio Fiscal es su defensor¹²³.

En conclusión, el pariente (guardador de hecho), incluido en el numeral 1 del artículo 757, sí está legitimado para promover la declaración de incapacidad, pero no obligado. Asimismo, el guardador de hecho, sin vínculo familiar, no está legitimado para instar la incapacitación, pero nada obsta para que dé traslado de los hechos determinantes de una incapacitación al Ministerio Fiscal.

2. Deberes: dar información y cumplir con las medidas de control y vigilancia

Si el juez, amparado en el artículo 303 del Código Civil, solicita al guardador para que informe sobre los bienes o la persona del guardado, éste debe hacerlo; lo que constituirá una especie de «rendición de cuentas»¹²⁴.

Esta obligación es semejante a la recogida en el artículo 233 Código Civil para el tutor, y consistirá en comunicar sobre aspectos personales y patrimoniales del guardado, o sobre uno de estos según el ámbito en que se esté desarrollando la

¹²² *La incapacitación y tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, op. cit., p. 76. De modo similar, ROCA GUILLAMÓN, Juan, «Comentario al artículo 202», Comentarios del Código civil, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 638.*

¹²³ Art. 3 LEOMF: «Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: (...) 6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley. 7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación».

¹²⁴ En estos términos, la SAP Vizcaya de 25 de febrero de 2008, en el caso de una hija que actuó como guardadora de hecho de su madre y que realizó movimientos en cuentas bancarias de ésta, establece que rinda cuentas en relación a dichos actos. De modo similar se había pronunciado este Tribunal en el auto de 13 de febrero del mismo año.

guarda; aunque nada impide que el guardador pueda valerse de información de diversa índole, que si bien no forma parte de la actividad de protección y cuidado, ayuda a ofrecer un panorama más completo al juez.

Precisamente, en virtud a este deber y con la intención de hacerlo realizable, la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la Normativa Tributaria con esta finalidad, en el numeral 3 de su Disposición Adicional Única dispone lo siguiente: *«La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones»*. La única finalidad de esta disposición es la legitimación del guardador para solicitar información y cumplir con lo dispuesto en el artículo 303 del Código Civil; fuera de este contexto la normativa no tiene razón de ser¹²⁵. Este razonamiento se entiende porque la orden judicial sirve de título de legitimación para que el guardador solicite la información.

Acerca de las medidas de control y vigilancia, éstas se dirigen a evitar situaciones de riesgo, y a comprobar que la guarda de hecho en determinadas circunstancias constituye un marco idóneo para la asistencia moral y material del guardado. En efecto, la valoración del caso particular resulta de gran importancia. De este modo, lo advierte el Tribunal Supremo en la sentencia del 27 de octubre de 2014 donde, en un caso de menores, dispone que *«ha de ponderarse en esta materia las singularidades de cada caso, pues la situación de desamparo es casuística y, de ahí*

¹²⁵ En estos términos, RIVERA ÁLVAREZ entiende que «una vez conocida la situación por el juez, por el Ministerio Fiscal o por las entidades públicas que tengan atribuida la protección de incapaces (Art. 239 del CC), la labor del sujeto guardador de hecho podrá ser valorada y ser objeto de control y vigilancia. En función de ello el guardador es sometido a una serie de obligaciones (...). Esta es la razón por la cual podemos concluir que, desde una perspectiva lógica sistemática, es razonable la atribución/legitimación del guardador de hecho para solicitar la información jurídica y económica que se predica en la Disposición adicional única» (cfr. «¿Realiza el guardador de hecho una función que le legitima para la obtención de información jurídica y económica de los organismos públicos?», *op. cit.*, pp. 1003-1004). De la misma manera, MONDÉJAR PEÑA, María Isabel, «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2066.

que para legalizar la situación del menor sometido a guarda de hecho debe acudirse a plurales soluciones jurídicas en atención a las circunstancias concurrentes, para que la respuesta sea la más adecuada al interés del menor. Será necesario un análisis objetivo de la situación en cada caso concreto, ya que todos los supuestos de guarda de hecho no merecen la misma interpretación e idéntica intervención administrativa».

3. Derechos: la retribución al guardador

El artículo 274 del Código Civil, establece que el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Se procura que no baje del cuatro por ciento, ni exceda del diez por ciento del rendimiento líquido de los bienes¹²⁶. Esta disposición busca que la tutela no sea gravosa para el tutor o su familia.

En la investigación que nos ocupa, normalmente los guardadores de hecho asumen la carga de las funciones de protección de manera altruista, aunque algunas veces esperan obtener una recompensa por sus servicios¹²⁷. Este carácter benévolo lleva consigo la gratuidad de la guarda; no obstante, cabe preguntarse si el guardador puede obtener alguna retribución por sus servicios. El Código Civil nada dice al respecto. La única remisión a la tutela que hace el legislador, es la del artículo 306 del Código Civil al artículo 220, acerca del derecho de indemnización cuando el guardador sufra daños y perjuicios en el ejercicio de sus funciones. Ante este silencio, la doctrina se encarga del asunto; sin embargo, las posturas no son unánimes.

Unos consideran que la guarda de hecho no puede ser retribuida, porque el artículo 306 del Código Civil no prescribe la remisión al artículo 274¹²⁸; y si se hace se premiaría una actividad ilegal¹²⁹. Otros creen que es posible su retribución, pero como una compensación económica en atención a las funciones desempeñadas,

¹²⁶ Vid. AAP Barcelona de 29 de julio de 2002.

¹²⁷ Como ocurre en el caso contemplado en la SAP Ourense de 28 de noviembre de 2002, donde la actora del recurso de casación no realizaba la prestación de servicios y atenciones en función de lo que puede entenderse como carga familiar, ni por puro espíritu de liberalidad, sino que de algún modo confiaba en la promesa de ser retribuida de algún modo.

¹²⁸ Vid. PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Comentario a los artículos 259-313», *op. cit.*, p. 2550.

¹²⁹ Cfr. LETE DEL RÍO, Manuel, «Comentarios a los artículos 199-332», *op. cit.*, p. 493.

siendo aplicable los criterios establecidos en el artículo 274 del Código Civil¹³⁰. En estos términos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, admite la posibilidad de retribución al guardador cuando su actividad haya sido eficaz y beneficiosa para el guardado. Además, considera lógico que si el guardador de hecho debe ser asimilado al tutor y someterle a los mismos deberes, también se le deben reconocer los mismos derechos, tal y como parecía reconocerse en el Estudio para la reforma del Código Civil dirigido por DÍEZ-PICAZO en los artículos 307 y 313¹³¹. Por su parte, NÚÑEZ MUÑIZ, critica la postura anterior. Para esta autora, los deberes y derechos que se especifican para el tutor no son de aplicación íntegra al guardador de hecho; además, el hecho que se reconozca al tutor una retribución, no significa que tenga derecho a ésta en todos los casos, sino solo cuando lo permita el patrimonio del guardado¹³². De otro lado, diversos autores refieren que la guarda de hecho en sentido estricto no debe ser retribuida; pero, una vez conocida por el juez, éste puede aprobar la actuación del guardador y arbitrar a su favor una retribución homologable con los criterios del artículo 274 del Código Civil¹³³.

¹³⁰ Cfr. DE COUTO GÁLVEZ, Rosa María, «Artículos 286 a 306», *Comentarios al Código civil*, RAMS ALBESA, Joaquín (Coord.), t. II, vol. 2, Bosch, Barcelona, 2000, p. 2084.

¹³¹ Cfr. «Comentario a los artículos 303-306 del Código Civil», *op. cit.*, p. 792.

¹³² El Código Civil «únicamente se remite a la regulación de la tutela en un punto muy concreto, cuando como consecuencia de la guarda sufra daños, caso que al igual establece el artículo 220 para quien desempeñe una función tutelar, tendrá derecho a que se le indemnicen. El hecho de que se considere que las obligaciones que le corresponden al guardador vengán a coincidir con las del tutor no significa que se le estén imponiendo las mismas obligaciones, sino que éstas son utilizadas como punto de referencia para determinar si su actuación respecto del sometido a su cuidado ha sido correcta y, consecuentemente, mantener o no la validez de lo realizado hasta el momento en que es detectada; pues una vez asumida la guarda de un menor o incapaz voluntariamente debe actuar respecto del mismo con la debida diligencia, o, en caso contrario, no hacerse cargo del mismo por su cuenta y riesgo, y si lo hace, debe asumir las consecuencias, pues sostener lo contrario equivaldría a decir que un guardador de hecho puede actuar respecto del menor o incapaz como tenga por conveniente sin que nadie le exija responsabilidad por sus actos, cosa a todas luces insostenible, entre otras razones porque el interés de los menores o incapaces, que la ley declara preferente, impide considerarlo de este modo (...). Además, no es cierto que tenga las mismas obligaciones que el tutor, pues éste está obligado a hacer un inventario de los bienes del tutelado (artículos 262 y ss. C.c.), lo que supone para el mismo una garantía de la que carece el guardado. También se le puede exigir que preste fianza para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones; sin embargo, nada de esto ocurre en la guarda de hecho» («La guarda de hecho», *op. cit.*, pp. 447-448).

¹³³ Para MONDÉJAR PEÑA, de manera general, la actuación del guardador no debe ser retribuida porque resultaría improcedente solicitar una compensación económica cuando el cuidado y la asistencia se asumió por el cuidador con ánimo de liberalidad, como un deber moral o, en su caso, como una obligación natural, sin haberse establecido ninguna remuneración a cambio. No obstante, la posición de esta autora no es absoluta, porque considera que el cuidador puede ser retribuido a voluntad del guardado tanto por actos *mortis causa* (instituyéndole heredero, o atribuyéndole algún legado) como *inter vivos* (mediante una donación, contrato

Visto el estado de la cuestión, considero que para resolver el asunto hay que saber a qué guarda de hecho nos referimos. En la guarda desarrollada al margen de las formalidades legales, habría que rechazar la posibilidad de retribución, porque el sentido de la norma es estimular el buen funcionamiento de la institución y esto se compadece mal con los actos ya realizados. Al respecto, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO asevera que según el artículo 274 del Código Civil, la utilidad de la retribución al tutor «reside en contribuir a garantizar un buen funcionamiento de la tutela, que el tutor se ocupe de verdad del tutelado. Esta utilidad o justificación no existe en el caso del guardador de hecho, puesto que el buen o mal funcionamiento del mismo en la protección del menor o incapaz, el trabajo que ha invertido en esta actividad, ya ha tenido lugar»¹³⁴.

La guarda de hecho con vocación de futuro y estabilidad, conocida por la autoridad judicial, se acomoda mejor la posibilidad de que el guardador reciba una retribución, porque se refiere al posterior funcionamiento de la guarda. El juez, amparado en el artículo 303 del Código Civil, podría acordar una retribución para el guardador de hecho. Con todo, esta retribución debe ir siempre relacionada con los bienes del guardado porque pierde toda su importancia si éste carece de ellos.

de vitalicio, etc.), o sea acordada su remuneración por la autoridad judicial con cargo a los bienes del cuidado cuando así lo considere oportuno (cfr. «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2068). LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA dicen: «¿Significa ello que los cargos tutelares no pueden ser retribuidos y sí solo indemnizados a costa del patrimonio del tutelado (...)? Podría parecer que así es, ya que, en relación de este precepto con el artículo 221, da la impresión que si quien ejerce el cargo no puede recibir liberalidades ni adquirir ni transmitir bienes a título oneroso del tutelado, tampoco podrá ser retribuido a su costa. Sin embargo, para la tutela el artículo 274 establece derecho a retribución, en algunas circunstancias y en cuantía a determinar por el juez. Para la curatela y para el defensor judicial, nada dice expresamente el Código (...); sin embargo, la analogía (cfr. art. 4, C.C.) y la amplitud de facultades concedidas al juez inducen a pensar que éste puede también fijarles retribución en la resolución de nombramiento. Incluso, creo, podrá el juez aprobar la actuación del guardador de hecho en relación con los bienes del menor o presunto incapaz que incluya una retribución homologable con los criterios del artículo 274; no creo que impida esta opción la interpretación *a contrario* el artículo 306» (*El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, Civitas, Madrid, 1984, p. 164). Comparten esta posición: ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, pp. 145-146; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 31; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «En torno al artículo 220 del Código Civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Núm. 4, 1984, p. 503 e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Responsabilidad civil y guarda legal», *Documentación Jurídica*, t. XI, Núm. 41, 1984, p. 80.

¹³⁴

«Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 796.

V. GUARDA DE HECHO Y GUARDA DE DERECHO

Realizada la configuración general de la guarda de hecho, resulta de interés conocer la importancia que alcanzan las situaciones de hecho en el ordenamiento jurídico. Así como, el valor de las consecuencias jurídicas de la guarda fáctica a favor del guardado; y la configuración de su rol protector, a veces mucho más eficaz que el de las instituciones tuitivas ordenadas por el legislador para tal fin.

A. Las instituciones jurídicas y las situaciones de hecho

Según ALBALADEJO GARCÍA, una institución jurídica es un «conjunto de normas referentes a las relaciones jurídicas de una cierta clase o, en general, a una cierta figura determinada. En tal sentido, es una institución el matrimonio (en cuanto forman una unidad las normas relativas a él, otra la propiedad, otra la compraventa, etc.)»¹³⁵. Esta definición nos introduce forzosamente al concepto de relación jurídica¹³⁶, la cual, siguiendo al mismo autor, es «aquella situación en que se encuentran varias personas entre sí, regulada orgánicamente por el Derecho, partiendo de un determinado principio básico»¹³⁷. Por su parte, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA la entienden como «la vinculación actual entre sujetos suficientemente concretos y jurídicamente próximos»¹³⁸, que tiene dos niveles, uno material (o simple hecho en sí) y otro formal (a través del cual la relación de hecho se eleva a forma jurídica).

¹³⁵ *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1989, p. 11.

¹³⁶ «El concepto como tal sólo aparece con SAVIGNY. El Derecho romano no lo conoció en su versión doctrinal de hoy, aunque entendiera la obligación como *vinculum iuris*. La idea central del sistema jurídico romano era la de la *actio*. Luego, a partir de la edad moderna, será el derecho subjetivo la categoría jurídica alrededor de la que gire y se construya el Derecho. La irrupción y ascenso de la relación jurídica como concepto básico en el siglo XIX debe no poco a ese movimiento pendular que parece ser una constante en la historia del pensamiento y de las ideologías. Frente a la exaltación individualista del derecho subjetivo y los derechos de las personas por las revoluciones políticas del siglo XVIII, aparece, como base del Derecho, la idea, más comunitaria, de la relación jurídica, que SAVIGNY define como “relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica”, y constituye en concepto básico de su “Sistema de Derecho romano actual”, poniendo de manifiesto así como “la vida jurídica no es una constelación de derechos o facultades completamente autónomos e independientes entre sí. El fenómeno jurídico es más complejo que las atomizadas partículas que la doctrina tradicional ofrecía. La idea de relación jurídica permite la configuración de un marco en el que derechos, facultades, deberes y obligaciones se incrustan e intercomunican”» (DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil I*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 220-221).

¹³⁷ *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, *op. cit.*, p. 9.

¹³⁸ *Elementos de Derecho civil I. Parte general del Derecho civil*, vol. III, Bosch, Barcelona, 1984, p. 78.

La doctrina ha tenido diferentes maneras de interpretar estos niveles. Algunos le dan más importancia al elemento material. Según CASTÁN TOBEÑAS, la relación jurídica «no es otra cosa que una relación de la vida práctica, a la que el derecho objetivo da significado jurídico, atribuyéndole determinados efectos, o, en otros términos, una relación de la vida real, protegida y regulada, en todo o en parte, por el Derecho»¹³⁹. Por otro lado, hay quienes se inclinan más hacia el aspecto formal, y algunos lo hacen en exceso¹⁴⁰, identificando la relación jurídica con las consecuencias que el ordenamiento vincula o concede a las relaciones sociales, o con el contenido de los derechos subjetivos, o como vínculo creador de una posición de poder en un sujeto (activo) y de deber en otro (sujeto pasivo).

De lo visto se desprenden enseñanzas importantes. Los ordenamientos que toman como paradigma el sistema romanístico, tienen como motor de arranque a la ley (elaborada con las formalidades previstas por el Poder Legislativo); si ésta se venera a ciegas se adopta una concepción legalista, la cual fundamenta el valor jurídico de una situación fáctica siempre que esté regulada por el Derecho. Esta postura es muy cómoda de aplicar, siempre y cuando tenga mandatos claros y vaya acorde con la realidad que se pretende ordenar¹⁴¹. Si bien la ley proporciona seguridad jurídica e igualdad y ha constituido un importante progreso en el desarrollo histórico de la producción del Derecho, no se debe extremar su exclusividad. Es cierto que los jueces deben aplicarla, están obligados a ello, y si no lo hacen incurren en el delito de prevaricación; pero la autoridad judicial no es boca muerta de la ley, tiene que interpretar y saber aplicarla en el caso concreto, conocer el estado de la ciencia, los intereses sociales y personales.

¹³⁹ *Derecho civil español, común y foral*, t. I, Reus, Madrid, 1971, pp. 3-4. En términos similares, para ENNECCERUS, la relación jurídica es «una relación de la vida ordenada por el derecho objetivo, y que consiste en una dirección jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos (cosas o derechos)» [*Tratado de Derecho Civil. Parte general*, PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER Y MICÓ, José (Trads.), t. I, Bosch, Barcelona, 1934, p. 285]. En la misma línea hay que situar a DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, que la define como aquella relación «de la vida social entre hombres, protegida por el derecho» (*Instituciones de Derecho civil español*, vol. 1, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1929, p. 234).

¹⁴⁰ Los excesos en el terreno formalista los encontramos en CICALA, para quien toda relación implica una conexión «entre la persona y el derecho objetivo que es necesaria y suficiente para la existencia de la propia relación» (*Il rapporto giuridico*, Giuffré, Milano, 1959, p. 18).

¹⁴¹ *Vid.* RAMOS, César José, «Situaciones de hecho. Consideraciones sobre la recepción del hecho en el Derecho de Familia venezolano», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Núm. 85, 1992, p. 339.

El legalismo plantea dificultades insalvables. En primer lugar, no se debe equiparar el Derecho a la ley, aquél es mucho más que ésta. No solo es cuestión de ver hechos y normas sino, además, también, entrever otras nuevas dimensiones que allí estaban, pero, que no se habían advertido como, por ejemplo, el tiempo, el espacio jurídico, las vivencias, las ideologías, que integran el mundo del espíritu¹⁴². La segunda dificultad está en que la igualdad de todos ante la ley comporta una verdadera desigualdad; la situación de cada sujeto es única, no se repite. Lo que es justo para unos en un determinado tiempo y lugar es injusto para otros.

Contra el legalismo, la Escuela Sociológica se plantea la necesidad de hacer coincidir las reglas del Derecho a la realidad; y esto no es posible si no examinamos la vida social y si no se desarrolla en los operadores jurídicos la sensibilidad requerida por el entorno y el tiempo¹⁴³. Lo dicho se ve consolidado con las ideas de VON KIRCHMANN, quien asegura que «la ciencia llega siempre tarde respecto de los procesos evolutivos sociales, de forma que jamás ha conseguido captar el presente. La ciencia jurídica se asemeja al caminante en el desierto. Delante de él tiene cármenes florecientes, lagos con movido oleaje; pero a pesar de que camina todo el día, todos ellos se hallan tan distantes de él como lo estaban en la mañana»¹⁴⁴.

En la vida diaria hay muchos supuestos que van al margen del Derecho, no siguen las formalidades que se establecen para su constitución, no obstante son situaciones que tienen consecuencias jurídicas¹⁴⁵. Así, lo pone de manifiesto VALPUESTA FERNÁNDEZ expresando que «en el complejo tema de la relación entre sociedad –con sus intereses, aspiraciones, prácticas– y Derecho –como ordenación reglada de la conducta humana– se puede constatar la existencia de unas realidades nacidas y mantenidas al margen del ordenamiento jurídico que, sin embargo, responden a intereses por él asumidos para su protección, y dan la medida de su

¹⁴² Cfr. SILVA VALLEJO, José Antonio, *El pensamiento Jurídico y Filosófico*, t. I, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2009, p. V-VI.

¹⁴³ Vid. MADILE, Juan Alberto, *Sociología Jurídica. La realidad del derecho. Una base científica para su estudio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989 y LUHMAN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, Universidad iberoamericana, México D.F., 2002.

¹⁴⁴ *La jurisprudencia no es ciencia*, TRUYOL Y SERRA, Antonio (Trad.), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 45.

¹⁴⁵ En este mismo sentido lo reconoce TABORDA LEÓN cuando, al referirse a las uniones de hecho, expresa que su reconocimiento legal no fue al azar ni por casualidad, sino que atendía a una necesidad social que generaba obligaciones patrimoniales para sus integrantes (cfr. «Problemática probatoria frente al tema de las uniones maritales de hecho», *Revista Via Juris*, Núm. 9, 2010, p. 110).

incidencia efectiva en una concreta realidad sociológica; en consecuencia estas prácticas sociales constituyen todo un capítulo en el estudio de la eficacia social del Derecho»¹⁴⁶.

El Derecho no puede excluir la vigencia de ciertas situaciones de hecho revestidas de una apariencia tal de solidez y rectitud, que su destrucción u omisión puede acarrear efectos deletéreos para el desenvolvimiento de las relaciones económicas y sociales. Por tanto, existe conciencia que hay una realidad que con frecuencia se mueve de espaldas a los esquemas abstractos de la lógica, de modo que el Derecho se ve constreñido a legitimarla dotándola de alguna eficacia.

Introducida la cuestión, se precisa que el ámbito donde más se presentan tales situaciones fácticas es en el Derecho de Familia. Según VALPUESTA FERNÁNDEZ, «estas situaciones fácticas, concebidas originariamente al margen del Derecho, se prodigan con más frecuencia en la disciplina familiar, precisamente por ser la familia un dato prejurídico, más sujeto a las decisiones personales y sentimientos del individuo, que a lo que pudiera disponer el ordenamiento jurídico. Pudiéndose apreciar la existencia de toda una realidad extrajurídica, a veces profundamente enraizada en la conciencia colectiva, que, más o menos tardíamente, ha de asumir el legislador, aunque solo sea para proteger los intereses legítimos de las personas que se encuentran en ellas inmersas: tutela de hecho, adopción de hecho, concubinato y separación de hecho»¹⁴⁷.

La aplicación del Derecho, su ejercicio y fundamentalmente la jurisprudencia, exigen la aprehensión precisa, tanto del Derecho, instrumento de la justicia, como de la multitud de situaciones fácticas que deben encontrar soluciones con ella congruentes. Es la práctica jurídica la que informa a la autoridad judicial de la insuficiencia del ordenamiento jurídico positivo. Ésta no debe sustentarse solo en el formalismo, la ley o la praxis misma, sino en la justicia y la equidad. Hubo un tiempo, en que el Derecho fue definido como arte de lo bueno y de lo justo¹⁴⁸, de la solución adecuada a los problemas humanos. Sucedió otra época que ha tratado al

¹⁴⁶ *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Universidad de Sevilla, 1982, pp. 13-14

¹⁴⁷ *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, op. cit., pp. 13-14. En la misma línea, véase GARCÍA GÓMEZ, Ramón, «El contrato de unión civil. Reflexiones sobre la conveniencia de una regulación de las uniones de hecho», *Matrimonio y uniones de hecho*, MARTÍNEZ GALLEGO, Eva (Coord.), Universidad de Salamanca, 2001, pp. 117-118.

¹⁴⁸ Definición dada por Celso en el Digesto 1.1.1

Derecho como una ciencia matemática, despojada de la realidad social. Mientras más número de disposiciones y ordenaciones; más se adolece de justicia. No sea que con tanto mecanismo pretendamos hacer del Derecho una tecnoindustria, que pierda de vista el dicho Hermogeniano: «por cuanto todo el Derecho se ha constituido por causa de los hombres»¹⁴⁹.

B. Relevancia de la guarda de hecho para el ordenamiento jurídico

A propósito de la importancia de las situaciones fácticas para el Derecho, la guarda de hecho es un fenómeno que demuestra cómo una realidad distante de las formalidades legales; exige que se le reconozcan efectos jurídicos por una sola razón: la protección de los sujetos que intervienen (menores, incapaces no incapacitados e incapacitados). Desde tiempos remotos ya se reconocían consecuencias jurídicas a la guarda de hecho. En el Derecho Romano, la *actio protutelae* se ejercía contra la persona que actuaba como guardador sin haber sido investido legalmente¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Digesto 1.5.2

¹⁵⁰ En Derecho romano no se habla estrictamente de consecuencias jurídicas; pero si un hecho era relevante jurídicamente se le traducía en la existencia de una acción. Para ESCOBAR DE LA RIVA, en ese ordenamiento había situaciones denominadas, al menos, tutela de hecho: la primera: «si un tutor no ha advertido a su pupilo devenido púber de hacerse dar curador, como lo ordenan las constituciones de los príncipes, ¿tendrá lugar la acción de tutela con relación a quien hubiera sido administrador en este intervalo? Pienso que esta acción basta para una administración que era consecuencia de una tutela, aunque hubiese debido acabar a la mayoría del pupilo». La segunda realidad, alude a la responsabilidad del tutor de hecho: «el tutor es responsable, después de la pubertad del pupilo, de los actos de administración conexos con su gestión anterior a la pubertad, conforme a cuyo punto de vista, únicamente se regirán por las reglas de la tutela, a efectos de responsabilidad del ex tutor, aquellos actos que, comenzados durante el periodo tutelar propiamente dicho, se terminan durante la gestión postutelar, cuyas consecuencias se han realizado después de la pubertad. Pues si empezó a administrar los negocios una vez terminada la tutela, se convierte el juicio de tutela en acción de gestión de negocios». Otra situación, era respecto a las reglas que deben ser aplicadas a los intereses de las cantidades que deba el tutor. «Se pregunta si los intereses del capital que el tutor usó, debe prestarlos íntegros ante el Juez en su día». Además, se plantea el supuesto «de la tutela indebidamente conservada por la madre tutora que contraía nuevo matrimonio. En este caso, aquella perdía la tutela de pleno derecho. Si no hacía nombrar un nuevo tutor para sus hijos, el marido devenía cotutor de hecho y era responsable, con ella, de la gestión que la misma había conservado, extendiéndose a los bienes del marido las mismas garantías que afectaban a los tutores». Finalmente, otra hipótesis de tutela de hecho «es la “protutela”, o sea la gestión por una persona, sin ser tutora, del patrimonio pupilar» («La tutela», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, pp. 245-247). Según CÁRCABA FERNÁNDEZ, el legislador a través de la Ley 13/1983 de 24 de octubre, no hace más que tomar conciencia de lo que ya era conocido en Derecho Romano «donde eran frecuentes los actos “pro tutore”, quien sin estar formalmente investido como tutor actuaba como tal asumiendo la administración de los asuntos de un impúber de forma general y permanente, es decir, con “animus tutoris”» («Consideraciones sobre la guarda de hecho», *op. cit.*, p. 81). De forma similar, *vid.* BERROCAL LANZAROT, Ana, «La guarda de hecho como instrumento de protección de las personas mayores y discapacitados», *op. cit.*, p. 3.

En España, antes de la Ley de 24 de octubre de 1983, esta figura no aparecía contemplada en la regulación de la tutela contenida en el Código Civil, tan solo el artículo 173 contenía una referencia a la persona que estuviera ejerciendo la guarda del adoptando¹⁵¹. Por el contrario, el Código Penal, y en menor medida la legislación relativa a Tribunales Tutelares de Menores, así como otras disposiciones, sí aludían a esta realidad¹⁵². En consecuencia, se reconoce relevancia jurídica a este fenómeno, porque es un hecho incontestable que la vida social ofrece múltiples supuestos en los que el ejercicio de las facultades de guarda y custodia no se desempeñan por los titulares, sino por terceras personas que fácticamente satisfacen las necesidades más apremiantes del necesitado de protección, sin que se haya constituido ningún régimen institucional de protección. Este razonamiento no va contra del ordenamiento jurídico, porque de lo que se trata es de pasar del plano del *deber ser* al *ser*.

¹⁵¹ Art. 173 CC: «Deberán simplemente ser oído el adoptado menor de catorce años si tuviere suficiente juicio, el padre o la madre a quienes se hubiere privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad y la persona que estuviere ejerciendo la guarda del adoptado. Cuando se trate de huérfanos, serán también oídos los abuelos de la línea del padre o madre premuertos» (artículo recogido por la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, publicada en el BOE Núm. 161, de 7 de julio de 1970).

¹⁵² Vid. PIÑAR LÓPEZ, Blas, «La Tutela: principios y órganos», *Revista de Derecho Notarial*, 1966, p. 214. Para COBO Y CASABÓ, «por razones de protección el Código Penal otorga relevancia jurídica a vínculos puramente de hecho. De esta manera, el Código no duda en desligarse de los vínculos jurídicos para reconocer la trascendencia a otro puramente fáctico para la mejor protección de los menores o incapaces» («Aspectos penales de la protección familiar», *Protección jurídica de la familia*, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Anales de Moral Social y Económica, 1982, p. 501). En Derecho de menores sucede algo similar. Según MENDIZÁBAL OSES, «la solución legal para resolver esta problemática ni puede ser única ni asépticamente formal tal y como lo estableciera el legislador civil mediante la tutela, sino variada y en atención al interés del menor, a través de las instituciones propias del Derecho de menores. La protección y guarda de los menores es cuestión que si directa e inmediatamente responsabiliza de su ejercicio a quienes a ello, por razón natural o concesión de la ley, vienen obligados, indirecta y mediatamente también corresponde dicha responsabilidad al Estado, bajo cuya tutela la colectividad menor de edad se encuentra. Es evidente que desde esta perspectiva adquieren inédita dimensión en el ámbito jurídico las causas determinantes del abandono material y moral de los menores (de ahí que la legislación de menores regulara, totalmente al margen del derecho civil, de forma realmente innovadora y en “interés del menor” un sistema tutelar, capaz de resolver con la urgencia necesaria la situación personal del sujeto). El derecho de menores, por su carácter esencialmente innovador, va mucho más allá de las previsiones que, al respecto, regula el ordenamiento privado. Desde una perspectiva eminentemente tuitiva sus instituciones afrontan la realidad social en toda su integridad. No se reduce a una concreción estrictamente jurídica y esencialmente formal, sino a establecer claras y eficaces instituciones tutelares de carácter jurídico-social» (*Derecho de menores. Teoría general, op. cit.*, pp. 251, 259-260).

El Código Civil recoge como institución protectora de los menores a la patria potestad, que consiste en un vínculo jurídico que nace entre el menor y otra persona por razón de la filiación legalmente determinada, y se realiza siempre en beneficio de los hijos¹⁵³ (cfr. artículo 154, segundo párrafo, del Código Civil¹⁵⁴). Según Díez-

¹⁵³ Este principio ha sido recogido tanto por los textos internacionales como por las disposiciones europeas, nacionales y autonómicas. Su constante presencia tiene una justificación objetiva en la situación de especial vulnerabilidad del niño, la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con total autonomía y responsabilidad y la necesidad de que las circunstancias que le rodean le sean especialmente favorables en esta etapa vital del desarrollo humano. Sin embargo, este principio, en la práctica, se encuentra con una serie de problemas en el sentido de determinar cómo y quién es el que decide ese interés. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado insistentemente la dificultad de concretar en cada caso el contenido del interés del menor. Para Díez MARTÍNEZ, «se trata de un concepto jurídico indeterminado que provoca la flexibilidad de quienes han de aplicar las normas, atendiendo a la realidad y circunstancias concurrentes en cada caso, aunque no deje de provocar cierta e indeseable inseguridad jurídica» («La tutela del interés del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm. 1, 2013, p. 1). Esta idea, también se presenta en la jurisprudencia. La SAP León de 6 de junio de 2007 pone de manifiesto que «*el interés del menor es un concepto jurídico relativamente indeterminado, los padres biológicos lo esgrimen para pedir el retorno de sus hijos, los acogedores para no devolverlos, la administración para intervenir, los jueces para admitir o desestimar pretensiones en uno u otro sentido, la fiscalía como apoyo de sus informes, la opinión pública para decantarse sentimentalmente por una u otra parte en pugna por unos niños (...); todos usan el concepto y todos apoyan (apoyamos) nuestras pretensiones en él*». Continúa diciendo la Sala, que para que el interés del menor no se convierta en un concepto vacío, es preciso delimitarlo. Existen unos criterios objetivos que encuentran su marco de referencia en el respeto a sus derechos fundamentales consagrados en múltiples convenios internacionales bilaterales y multilaterales, y en las leyes nacionales [arts. 92, 154.2, 156, 159, 176.1 CC y en la LO 1/1996 (Exposición de Motivos II párrafo 2º, art. 11.2 a y b)]; pero también habrán de ponderarse aspectos subjetivos, que individualizarán cada caso en concreto.

¹⁵⁴ También hay otros preceptos en el Código Civil que se establecen en orden al principio de interés del menor. El art. 90 dispone, con respecto a la regulación del convenio regulador que llevan a cabo los cónyuges en los casos de separación y divorcio de mutuo acuerdo, que el juez no procederá a su aprobación cuando el contenido pueda ser dañoso para alguno de los hijos. El art. 92 establece, en su párrafo 4º, que el ejercicio de la patria potestad se decidirá en beneficio de los hijos; en el párrafo 7º, prohíbe la concesión de la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal contra la vida, integridad física, etc. de los hijos o existan indicios de violencia doméstica contra éstos; y en su párrafo 8º, dispone que la guarda y custodia compartida se acordará cuando se revele como la única forma de proteger adecuadamente el interés superior del menor. El art. 94, párrafo 2º, dispone que el juez podrá determinar el régimen de visita de los nietos con los abuelos, teniendo siempre presente el interés del menor. El art. 103.1ª establece, respecto a las medidas provisionales sobre guarda y custodia y derecho de visitas, que serán acordadas por el juez en interés de los hijos. El art. 156 párrafo 5º recoge la posibilidad de que el juez, en el caso de que los padres vivan separados, conceda al progenitor que lo solicite un régimen distinto al general, en interés del hijo. El art. 158 permite al juez –de oficio o a instancia del menor, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal–, dictar medidas que sean convenientes para asegurar las medidas alimenticias del menor, medidas tendentes a evitar posibles perjuicios a los menores en los casos que haya cambiado la figura del guardador, medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas, y en general todas aquellas que traten de evitar un perjuicio al menor. El art. 159 regula, para el

PICAZO, «la patria potestad no es un poder que satisfaga las aspiraciones del titular. Se ejerce en beneficio de los hijos. El padre deja de ser un legislador y un juez y se convierte en un probo funcionario que puede recabar el auxilio de la autoridad. No es desacertado señalar que esa autoridad no es, por supuesto, la suya»¹⁵⁵. Igualmente, la jurisprudencia ha hecho eco de este interés y del deber de los progenitores. El Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de octubre de 1996, establece que la institución de la patria potestad se concibe legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los progenitores el cumplimiento de los deberes recogidos en el artículo 154 del Código Civil¹⁵⁶. Lo mismo sucede con la tutela, donde el artículo 216 del Código Civil señala que «*las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo salvaguarda de la autoridad judicial*». En consecuencia, hay que atribuir al menor o a la persona que tiene su capacidad de obrar limitada, el derecho a ser cuidado y atendido de la mejor manera posible. El interés que defiende el legislador es el de la persona que necesita protección; no se resguardan los intereses de los parientes, ni de los terceros que tienen bajo su cuidado al guardado¹⁵⁷.

caso de que los padres estén separados y no lleguen a un acuerdo sobre quién será el guardador, que el juez decida en interés de los hijos, cuál de los progenitores se encargará de la guarda y custodia del menor. Por último, el art. 161 establece la posibilidad de que la entidad pública regule o suspenda el derecho de los progenitores, abuelos y demás parientes a visitar y relacionarse con un menor acogido, atendiendo el interés del menor. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor también hace eco de la normativa del Código Civil y establece, en su artículo 2, que en la aplicación de esta ley primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

¹⁵⁵ «La reforma del Código civil en materia de patria potestad», *op. cit.*, p. 3 y «El principio de protección integral de los hijos (Tout pour l' enfant)», *Familia y Derecho*, Madrid, 1981, pp. 127-131. En términos similares, *vid.* RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 33-44; CLEMENTE MEORO, Mario, *Derecho de Familia*, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 341; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1997, p. 287 y LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *El nuevo régimen de la familia II, Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, Civitas, Madrid, 1982, p. 97.

¹⁵⁶ De modo semejante, según la STS de 31 de diciembre de 1996, la patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia, y se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos. Por su parte, la STS de 20 de mayo de 1997, dispone que el derecho de los progenitores a la patria potestad, y dentro del mismo al específico de la guarda y tutela, se incluye a los llamados derechos-función, que por la especial naturaleza que les otorga su carácter social, trascienden del ámbito privado, para convertirse en obligatorio para su titular.

¹⁵⁷ Para SUMIEN, «(...) la tutela es un órgano de protección organizado en provecho del menor, ella es creada para él, no para el tutor. Las reglas de la tutela no son, por lo demás, consecuencia de la cualidad de tutor, sino de la naturaleza de sus funciones. La ley ha

Para DÍEZ-PICAZO, «la tutela (del verbo latino *tuor*, defender, proteger, cuidar) aparece concebida como un sistema de defensa de aquellas personas que por razón de una capacidad defectuosa no pueden gobernarse por sí mismas. Aparece, además como un sistema de carácter supletorio, que solo entra en funcionamiento en defecto del poder familiar tuitivo por excelencia, esto es la patria potestad»¹⁵⁸. Al lado de la tutela plena o perfecta existe una tutela de hecho, entendiendo que, aun siendo ésta una «situación desviada», no es totalmente ajena al Derecho de Familia, siendo imposible no sacar consecuencias jurídicas de ella. En estos términos lo advierte MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, cuando expresa que lo verdaderamente importante no es si esta situación se ajusta verdaderamente a una situación legal de guarda, sino que lo significativo es la situación de hecho real del guardado y su efectiva necesidad de protección¹⁵⁹.

En una verdadera guarda de hecho, la custodia y la protección se deben ejercer en beneficio del guardado. Esta realidad no es contraria a la guarda de derecho; su situación fáctica no la condena, *a priori*, al rechazo e inquina. Las situaciones de hecho son muy importantes para el derecho, lo nutren y lo actualizan; de manera que se pueden extraer consecuencias jurídicas de gran relevancia. Si bien se predica una distinción entre guarda de derecho y guarda de hecho¹⁶⁰, que ha generado en algunos una actitud de desconfianza hacia la segunda por considerarla *contra legem*, estimo que todas las guardas son jurídicas y por eso, también, la guarda de hecho.

establecido estas reglas no en consideración a una persona, sino de una situación: La tutela» («Essai sur les tuteurs de fait, étude de jurisprudence», *op. cit.*, pp. 786-787). Asimismo, según BONET, refiriéndose a los menores de edad, en la guarda de hecho existe un interés del menor frente al cual los otros intereses deben ser sacrificados (*vid. Compendio de Derecho Civil*, t. IV, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, p. 820).

¹⁵⁸ «Notas sobre la institución tutelar», *op. cit.*, p. 203.

¹⁵⁹ Cfr. «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, p. 1476.

¹⁶⁰ En la doctrina española, algunos autores apoyan esta clasificación, y distinguen una de otra dependiendo si existe (guarda de derecho) o no (guarda de hecho) un nombramiento legal (*vid. ORTEGA PARDO, Gregorio, «La tutela de hecho», op. cit., p. 81 y LETE DEL RÍO, José, «Comentarios a los artículos 199-332», op. cit., p. 484).*

CAPÍTULO SEGUNDO
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GUARDA DE HECHO

I. REGULARIZACIÓN A POSTERIORI DE LA GUARDA DE HECHO

El Código Civil regula la guarda de hecho, pero no como suele suceder con el resto de figuras jurídicas (supuesto de hecho y consecuencia jurídica), sino que el legislador prevé que existe y reglamenta lo sucedido: informar sobre la persona y bienes del guardado, y establecer medidas de control y vigilancia (cfr. artículo 303); otorgar validez a ciertos actos (cfr. artículo 304); e indemnizar al guardador cuando sufra daños y perjuicios en ejercicio de la guarda (cfr. artículo 306). Para MORENO QUESADA, «la característica de la regulación de esta figura es la contemplación de actuaciones realizadas a las que pretende darse un concreto valor jurídico»¹⁶¹.

Con este contexto normativo, se puede pensar que el legislador se limita a tomar constancia legal de un hecho, para inmediatamente después formalizarlo, y constituir las instituciones tuitivas del Código Civil¹⁶². Según LACRUZ BERDEJO y

¹⁶¹ «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, p. 326.

¹⁶² *Vid.* BUSTOS VALDIVIA, Inmaculada, «El guardador de hecho ante los actos dañosos producidos por su guardado», *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, HERRERA CAMPOS, Ramón (Coord.), Universidad de Almería, 2000, p. 277; SAURA MARTÍNEZ, Fernando, *Incapacitación y tuición*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 110; ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «Capítulo Segundo. Capacidad e incapacidad en el derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental», AA. VV., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, Fundación Paideia, A Coruña, 1999, p. 192 y PARRA LUCÁN, María Ángeles, «La guarda de hecho de las personas

SANCHO REBULLIDA, el reconocimiento legal de la guarda de hecho no supone la consolidación de una situación fáctica, sino que el Código la contempla como una situación claudicante, que ha de desembocar en la constitución de una tutela¹⁶³. En similares términos, la Audiencia Provincial de Cádiz, en la sentencia de 22 de diciembre de 2004, enfatiza que si bien el legislador ha previsto y regulado «*a posteriori*» la guarda de hecho, esto no significa dotar a esta institución de permanencia, pues no se regula hacia el futuro ni completa totalmente la regulación, ya que ese futuro o desenlace natural, a la mayor brevedad, es la constitución de la tutela o la declaración de incapacidad.

A pesar de lo visto, queda la imperiosa labor de desentrañar aquellos supuestos donde la guarda de hecho puede funcionar con vocación de permanencia bajo el control y la vigilancia judicial¹⁶⁴. Quizá, este planteamiento deje sin contenido el nombre de la figura, porque al estar controlada por el juez, ya no sería un fenómeno fáctico, sino que se acercaría más a los cargos tutelares. Por esta razón, PARRA LUCÁN advierte que «si se regula la guarda de hecho y se establecen requisitos y formalidades, acreditaciones y controles, a medio y largo plazo ya no será una guarda de hecho, sino que en la práctica se convertiría en una guarda de derecho sin incapacitación»¹⁶⁵. En todo caso, independientemente del nombre que se le quiere dar, a alguna propuesta de perfilamiento legislativo se debe llegar, porque hablamos de situaciones presentes día a día y de gran importancia social.

El Código Civil regula la guarda de hecho en escasamente tres artículos que no guardan una lógica entre sí. Para ROGEL VIDE, el artículo 303 y 304 del Código Civil no comparten la misma filosofía, porque «la impresión que da, al analizar el

con discapacidad», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. II, Díez-Picazo, Luis (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 2485.

¹⁶³ *Vid. Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1989, p. 285.

¹⁶⁴ LEÑA FERNÁNDEZ confía que, al menos desde el aspecto patrimonial, la guarda de hecho da solución a los problemas que plantea la imposibilidad de actuación negocial del incapaz no incapacitado. No obstante, se requiere del perfilamiento legislativo de la figura para que esta sea verdaderamente eficaz («El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *op. cit.*, p. 20).

¹⁶⁵ «Comentario a los artículos 259-313», *op. cit.*, p. 2533. En similares términos, *vid. YZQUIERDO TOLSADA*, Mariano, «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», *op. cit.*, p. 152; CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, «Consideraciones sobre la guarda de hecho», *op. cit.*, p. 82. Contrariamente, para MONDÉJAR PEÑA, la regulación de la guarda de hecho, a partir de la reforma de 24 de octubre de 1983, impide que se siga tratando a esta situación como algo meramente fáctico y no jurídico (cfr. «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2057-2058).

artículo 303 del Código Civil es la de que el legislador, ante una situación de género lo primero que quiere, lo único casi, es ponerle fin, hacerla desaparecer. En presencia de algo criticable, ilegal, al margen del Derecho, lo primero que hay que hacer es eliminarlo, evitar que la guarda de hecho siga funcionando como tal. Desconfianza, pues, en el punto de partida, que se refleja en el artículo 303 del Código Civil y en la exigua regulación de la guarda de hecho y por ende, una cierta incongruencia, una cierta disociación entre el propio 303 y el 304; en efecto, y después de propiciarse la desaparición de una situación tildada, consciente o inconscientemente, de ilegal, se afirma, en el artículo 304, que los “*actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*”. A mayor abundamiento y respecto a la remisión que contiene, el artículo 306 confiere al guardador de hecho el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio ¿de su función?, ¿de “una función tutelar”, como dice el artículo 220, al que el 306 remite? No me cuadra todo esto; quizás dejándome llevar por una imaginación excesiva, veo una disociación entre la desconfianza inicial, que se plasma en el artículo 303, y una mala conciencia subsiguiente por esa desconfianza inicial, paliada, incluso con creces, en los artículos 304 y 306»¹⁶⁶.

Para una parte de la doctrina, como el legislador no establece qué se debe entender por guarda de hecho, ni los supuestos, ni los sujetos¹⁶⁷, la regulación es parcial, insuficiente y equívoca, generando más confusión que antes de la reforma¹⁶⁸. Esta deficiencia puede provocar efectos negativos: de una parte, los guardadores se pueden sentir desprotegidos por el ordenamiento jurídico; y, de otra, la infrutilización de la figura, generando una especie de rechazo de parte de los operadores jurídicos que son reacios a su práctica ante las dudas y la inseguridad que

¹⁶⁶ *Guarda de hecho, op. cit.*, pp. 28-31. De modo similar, *vid.* HEREDIA PUENTE, Mercedes y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces», *op. cit.*, p. 2092; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad, op. cit.*, p. 89 y MARTÍNEZ DÍE, Rafael, «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», *op. cit.*, p. 201.

¹⁶⁷ *Vid.* ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «Capítulo Segundo. Capacidad e incapacidad en el derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental», *op. cit.*, p. 192; HEREDIA PUENTE, Mercedes y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces», *op. cit.*, p. 2092; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad, op. cit.*, p. 29; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia, op. cit.*, p. 343 y PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Comentario a los artículos 259-313», *op. cit.*, p. 2532.

¹⁶⁸ *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los artículos 303-306», *op. cit.*, p. 787.

provoca¹⁶⁹. En consecuencia, urge una normativa más completa¹⁷⁰. No obstante, según PARRA LUCÁN, este reclamo, solo está lleno de muy buenas intenciones, porque se quiera o no esto significa contemplar una guarda de derecho sin incapacitación, lo que conlleva a relajar las garantías que se deben tener en cuenta en este ámbito. Para esta autora, la guarda de hecho puede tener efectos muy positivos cuando «el entorno familiar de las personas que no están en condiciones de gobernarse por sí mismas es muy favorable y no hay desconfianzas ni recelos sobre la gestión patrimonial. También cuando, de hecho, la falta de un patrimonio relevante no mueve a poner en marcha un procedimiento judicial y la guarda se limita al cuidado personal». Sin embargo, no es deseable una generalización de las guardas de hecho, porque se privaría a la persona necesitada de protección de los mecanismos de guarda legal que ha previsto el legislador¹⁷¹.

Otros autores, por su parte, valoran positivamente la exigua normativa, puesto que al tratarse de una situación fáctica poco sentido tiene establecer una regulación exhaustiva; además de contar con las normas de guarda legal¹⁷².

Ahora bien, si la regulación de la guarda de hecho es escasa, hay que determinar qué normas jurídicas resultan aplicables para los aspectos no regulados. Para alguna parte de la doctrina, al tratarse de una laguna legal habrá que recurrir a

¹⁶⁹ Vid. LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *op. cit.*, p. 206 y PÉREZ MONGE, Marina, «Regulación de la guarda de hecho en la Ley de Derecho de la Persona de Aragón», *op. cit.*, p. 341.

¹⁷⁰ A DÍAZ ALABART le «parece esencial plantearse una regulación más completa de guardador de hecho, dando un giro a su concepto. No es posible cerrar los ojos ante una situación que en la práctica es la que más se da en los casos de discapacidad, y que –dicho sea de paso– suele funcionar bien para el interés del discapacitado» («La Ley 1/2009 de modificación de la Ley del Registro Civil y de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, Núm. 17, 2009, p. 1991). Por su parte PÉREZ MONGE, respecto a la guarda de hecho, refiere que: «cuando se introdujo en el Código se hizo para constatar una realidad existente, pero su introducción tenía como principal causa exigir responsabilidades y forzar al guardador de hecho a dejar de serlo, para acudir, a través de la incapacitación a normalizar la situación. Hoy parece que se pretende dar una regulación estable a una situación de hecho, concediendo atribuciones a las personas que por vía de hecho hacen aquello que les parece necesario en cada momento» («Regulación de la guarda de hecho en la Ley de Derecho de la Persona de Aragón», *op. cit.*, p. 343-344). Según LEÑA FERNÁNDEZ, la regulación de la guarda de hecho se debe perfilar en dos planos: la constatación de la guarda de hecho y sus efectos (cfr. «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *op. cit.*, p. 208).

¹⁷¹ Cfr. «Comentario a los artículos 259-313», *op. cit.*, p. 2534.

¹⁷² Cfr. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Capítulo 43. Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)», *op. cit.*, p. 434

las normas de figuras similares¹⁷³. En este caso a la tutela, porque tienen idéntica razón y la única diferencia es su diversa constitución, una fáctica y otra legal¹⁷⁴. Para otro sector, pese a cumplir una función similar, la guarda de hecho y tutela o curatela no están presididas por idéntica *ratio*, por esto no cabe la analogía¹⁷⁵. Además, la ausencia de una mayor regulación de la guarda de hecho no supone una laguna legal, sino que responde a una intención consciente del legislador que en ningún modo pretende la equiparación entre la guarda de hecho y las instituciones de guarda legal. Ya lo advertía BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, para quien una gran parte de la doctrina había intentado someter al guardador de hecho a los deberes del tutor, no obstante los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil no proporcionan una base para tal construcción. Simplemente la asimilación debe hacerse respecto al deber de información y al derecho de indemnización; y nada más¹⁷⁶. Por su parte, ÁLVAREZ LATA Y SEOANE RODRÍGUEZ, complementan esta postura *ex* artículo 1903 del Código Civil. Según estos autores, el artículo no considera al guardador de hecho responsable de los daños que cause su guardado por culpa *in vigilando*, situación distinta a lo que ocurre con el tutor¹⁷⁷.

En mi opinión, la aplicación global de los artículos correspondientes a la tutela no es lo más conveniente¹⁷⁸. Existen normas de esta figura cuyo empleo es imposible de aplicar a la guarda de hecho, piénsese, *v. gr.*, en el supuesto de exigir *a priori* garantías o inventario. Lo más adecuado será el uso, con carácter general, de

¹⁷³ La doctrina francesa entendió que en todos aquellos casos en los que alguien ejercía las funciones de tutor careciendo de la potestad legal correspondiente, convenía someterle a las obligaciones propias del tutor en vez de acudir a las obligaciones que se le podrían imponer acudiendo a figuras similares, como el mandato y la gestión de mandatos ajenos. Si el tutelado merecía una especial protección por parte del ordenamiento jurídico, con mayor razón debía establecerse a favor de quien quedaba sometido a una tutela de hecho, es decir sin las debidas garantías en su constitución (cfr. SUMIEN, Paul, «Essai sur les tuteurs de fait, etude de jurisprudence», *op. cit.*, pp. 781-788).

¹⁷⁴ A juicio de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, el guardador de hecho no puede tener, ni respecto del protegido, ni respecto de terceros, ni más atribuciones ni menos obligaciones que las que le corresponderían de ser guardador legal (cfr. *Derecho de Familia, op. cit.*, p. 608). De la misma manera, FÁBREGA RUIZ se inclina por entender que es aplicable al guardador de hecho lo que, con respecto a derechos y obligaciones, establece la ley para el tutor, puesto que como él es un órgano estable y de actuación habitual (cfr. *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad, op. cit.*, p. 90).

¹⁷⁵ Vid. AA. VV., *Manual de Derecho civil. Derecho de Familia, op. cit.*, pp. 251-252.

¹⁷⁶ Cfr. «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 793.

¹⁷⁷ Cfr. «Capítulo Segundo. Capacidad e incapacidad en el derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental», *op. cit.*, p. 194.

¹⁷⁸ Vid. BERROCAL LANZAROT, Ana, «Aproximación a la institución de la guarda de hecho», *op. cit.*, p. 2857.

artículos que resulten compatibles con la guarda fáctica y siempre que no exista una disposición específica en este ámbito, como los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil¹⁷⁹. En todo caso, ante la falta de una norma expresa y directa sobre la actuación del guardador de hecho, debe aplicarse el principio general de la «diligencia de todo buen padre de familia»¹⁸⁰, teniendo presente que «como en cualquier otra institución de guarda, los que la ejercen se obligan a actuar movidos por el interés de la persona sometida a su cargo»¹⁸¹. En fin, hasta que no se realice una modificación legislativa, se debe recurrir a una interpretación sistemática para encontrar una solución jurídica adecuada a cada situación de guarda de hecho, sin perder de vista la finalidad tuitiva que la institución persigue y el interés de la persona necesitada de guarda.

II. INTERVENCIÓN JUDICIAL, MEDIDAS DE CONTROL Y VIGILANCIA EN LA GUARDA DE HECHO

A. El informe del guardador

El artículo 303 del Código Civil dispone que «(...) cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos (...)».

El legislador hace referencia, *in limine*, a la facultad («podrá requerirle») que tiene el juez de solicitar al guardador el informe sobre el guardado. No obstante, frente a este carácter discrecional, el artículo 158 del Código del Derecho Foral de

¹⁷⁹ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 98.

¹⁸⁰ ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy, «La tutela», *op. cit.*, p. 253.

¹⁸¹ TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «Notas críticas sobre las divergencias entre las normas civiles y administrativas entorno a la figura del guardador de hecho para las personas mayores», *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales, Ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional «La protección de las personas mayores» celebrado del 7 al 9 de octubre de 2009*, PÉREZ GARCÍA, Máximo (Ed.), Idadfe, Madrid, 2009, p. 17. Comparte esta posición O' CALLAGHAN MUÑOZ, para quien es muy importante actuar bajo el principio general de actuación de la buena fe, porque «en su día, el juez (art. 303) puede requerirle para que informe sobre su actuación. Tanto si se asimila, por analogía, la guarda de hecho a la tutela propiamente dicha como a un mandato tácito, como a una gestión de negocios ajenos, el guardador deberá actuar, en su ejercicio, en beneficio del guardado (art. 216), administrando su patrimonio con la diligencia de buen padre de familia (art. 270), haciendo todo lo que según la naturaleza de los negocios haría un buen padre de familia (art. 1719), cuidando de los mismos con dicha diligencia (art. 1889) y respondiendo de los perjuicios que, por su culpa, haya sufrido el guardado menor o incapaz» (*Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*, Edersa, Madrid, 2001, p. 340).

Aragón exige que «1. Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho le requerirá para que informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes, así como de la actuación del guardador en relación con ambos extremos (...)». Estableciendo normativamente el deber de la autoridad judicial de solicitar el informe al guardador de hecho.

La doctrina no es unánime al respecto. Por un lado, postura que comparto, algunos creen que la autoridad judicial está obligada a requerir el informe, porque éste da las pautas para establecer las medidas adecuadas con el interés del guardado¹⁸²; ayuda a determinar la conveniencia de mantener la guarda de hecho y evita otorgar un tratamiento privilegiado en relación con la tutela¹⁸³. Otros, creen que la solicitud del informe es una facultad que se podrá ejercer discrecionalmente¹⁸⁴. No

¹⁸² Vid. CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines: Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, op. cit., p. 145. Según FÁBREGA RUIZ, «este informe es la base sobre la cual se decidirá la adopción de otras medidas y, por ello, a no ser que el Juez conociera, por otros medios, la situación, tendrá que requerirlo para la adopción de las medidas de protección, que, en cuanto sean necesarias al interés del incapaz, debe adoptar ya que a ello le obliga, sino la letra, sí el espíritu de la ley» (*La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, op. cit., p. 72). Por su parte, para TEJEDOR MUÑOZ, si el juez interviene frente a la situación de guarda de hecho «debe pedir un informe de la situación» (cfr. «Notas críticas sobre las divergencias entre las normas civiles y administrativas entorno a la figura del guardador de hecho para las personas mayores», op. cit., p. 18). Así también, MARTÍNEZ PEREDA entiende que el juez tiene que requerir el informe al guardador y sólo cuando conteste, valorar la adopción de medidas a adoptar [cfr. «Capacidad e incapacitación. Discapacidad», *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y GONZÁLEZ VICENTE, Pilar (Coords.), Sepin, Madrid, 2005]. En los mismos términos, LETE DEL RÍO. Según este autor es obligatoria la solicitud del informe, porque «si no se entiende así ¿qué valor se le dará a la actitud del juez que teniendo conocimiento de la existencia de una guarda de hecho no exige de quien la desempeña el correspondiente informe?» («Comentarios a los artículos 199-332», op. cit., p. 490). Para ROGEL VIDE, debe tenerse en cuenta la remisión que, en su momento, hizo el artículo 303 al 203, en el que no se faculta simplemente al juez para actuar, sino que se le inste a que actúe de oficio (cfr. *La guarda de hecho*, op. cit., p. 150). Asimismo, vid. MARTÍNEZ DÍE, Rafael, «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», *La Notaría*, Núm. 2, 2000, p. 36.

¹⁸³ Para SUMIEN es posible aplicar las normas de la tutela a la «tutela de hecho» (así denominaba a la guarda de hecho); porque no hay razón para tratar con mayor rigor a quien la ejerce legalmente que a quien la ejerce sin tener potestad para ello. De ahí que se entendiese que la aplicación de la regla de la tutela al tutor de hecho, para la determinación de sus obligaciones, fuese respetuosa con el ámbito de aplicación de aquélla (cfr. «Essai sur les tuteurs de fait, etude de jurisprudence», op. cit., pp. 781-788). Análogamente, LETE DEL RÍO, Manuel, «Comentarios a los artículos 199-332», op. cit., p. 490.

¹⁸⁴ Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*, op. cit., p. 339; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de Familia*, op. cit., p. 572; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, op. cit., p. 488; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 320 y *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1975, p. 271 y LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO

obstante enfatizan, que el inicio del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar es obligatorio, porque la guarda de hecho es una figura transitoria. En estos términos, NÚÑEZ MUÑIZ entiende que «lo que es potestativo para la autoridad judicial será pedir información al guardador acerca de la persona y bienes del menor o incapaz, y, de resultas de este informe, adoptar o no las medidas de vigilancia que estime oportunas, pero no consentir que la situación de hecho detectada permanezca como hasta el momento»¹⁸⁵. En mi opinión, este último enfoque es cuestionable, porque sería como decir que la guarda de hecho se reconoce para hacerla desaparecer *ipso facto*. Según ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, si bien no es institución tutelar en sentido propio, es una situación fáctica que no se opone al ordenamiento jurídico, pues, si así fuera, el Derecho se limitaría a suprimirlo pura y simplemente; pero 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 tiempo¹⁸⁶.

B. Las medidas de control y vigilancia

El artículo 303 del Código Civil, también faculta al juez a establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas¹⁸⁷. Estas medidas normalmente se constituyen después del informe del guardador, pero nada obsta para que ante una situación urgente, y porque así lo demande el interés del guardado, se

REBULLIDA, Francisco, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, *op. cit.*, p. 162.

¹⁸⁵ «La guarda de hecho», *op. cit.*, p. 431. Igualmente, para ALBALADEJO, las medidas de vigilancia y control que puede establecer el juez serán solo mientras no se establezca la guarda legal que corresponda, pues esta debe ser promovida, y el juez no puede abstenerse de promoverla y dar por bueno que la situación siga siendo atendida por el guardador de hecho (cfr. *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de Familia, op. cit.*, p. 333). Asimismo, *vid.* LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia, op. cit.*, p. 344.

¹⁸⁶ Cfr. «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», *op. cit.*, p. 258.

¹⁸⁷ Para HEREDIA PUENTE y FÁBREGA RUIZ, el hecho que la guarda sea una realidad fáctica y que carezca de todo control judicial, ha sido una de las razones con más peso para que el legislador se interese por su vigilancia («La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces», *op. cit.*, p. 2092).

establezcan *a priori*, evitando su perjuicio¹⁸⁸. El procedimiento para su adopción será el de jurisdicción voluntaria¹⁸⁹.

La norma no especifica cuáles son estas medidas¹⁹⁰, pero del tenor del artículo se deduce la libertad con la que cuenta el juez para establecerlas. Lo importante es que se adopten con la finalidad de proteger mejor los intereses del guardado¹⁹¹, y «así evitar situaciones de riesgo y desamparo (...) y comprobar que esta guarda constituirá (...) un marco idóneo para proporcionar al guardado la adecuada asistencia material y moral»¹⁹². De este modo, el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 28 de julio de 1999, acordó como medida de control la prohibición de que la guardadora de hecho enajenara, en virtud de cualesquiera poderes, bienes inmuebles del incapaz no incapacitado sin previa autorización judicial, y como medida de vigilancia la obligación de rendir cuentas en el juzgado semestralmente. Análogamente, el auto del Juzgado Núm. 7 de Córdoba, de 15 de Mayo de 1996, en su parte dispositiva establece: «*se tiene por guardador de hecho*

¹⁸⁸ Cfr. LETE DEL RÍO, Manuel, «Comentarios a los artículos 199-332», *op. cit.*, p. 490; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 35 y ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 865.

¹⁸⁹ Art. 43 LJV: «1. Será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. 2. El órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela, curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores, siempre que el menor o persona con capacidad modificada judicialmente resida en la misma circunscripción. En caso contrario, para conocer de alguna de esas incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, el cual lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud. 3. En estos expedientes no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, salvo en el relativo a la remoción del tutor o curador en el que será necesaria la intervención de Abogado». Por otro lado, esta ley regula respecto a las medidas en la guarda de hecho, lo siguiente: Art. 52 LJV: «1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos. 2. El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal».

¹⁹⁰ Cfr. ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «Capítulo Segundo. Capacidad e incapacidad en el derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental», *op. cit.*, p. 196.

¹⁹¹ Cfr. ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 1331; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 35 y DE COUTO GÁLVEZ, Rosa María, «Comentario a los artículos 286 a 306», *op. cit.*, p. 2490.

¹⁹² MONDÉJAR PEÑA, María Isabel, «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2065.

de D^a a D./ y ello en tanto ostente la cualidad de Director del Centro antes referido, debiendo rendir cuenta anual de su gestión, solicitar autorización judicial para cualquier gasto extraordinario que exceda de 50.000 pts. e informar al Juzgado de cualquier cambio de residencia de la persona en cuyo interés actúa»¹⁹³.

En consecuencia, las medidas pueden ser desde las de carácter general, recogidas en la normativa civil, hasta las más específicas; dependiendo de lo que la autoridad judicial considere necesario. Entre las primeras tenemos: el nombramiento del defensor judicial (cfr. artículo 299); defensa y representación por el Ministerio Fiscal de la persona que deba ser sometida a tutela (cfr. artículo 299 bis.); nombramiento de un administrador de los bienes que debe rendir cuentas al final de su gestión (cfr. artículo 299 bis. *in fine*), o de un tutor si ya se encuentra incapacitado (cfr. artículo 228); en el caso de menores, declarar primero la privación de la patria potestad y luego proceder al nombramiento de tutor¹⁹⁴. Respecto a las segundas: el juez, para constatar la situación de presunta incapacidad, puede solicitar un examen médico forense y la exploración judicial, deberá oír a las personas con legítimo interés y, en concreto, a los parientes cercanos, guardador y guardado si tuviere suficiente juicio; podrá requerir informes sociales, extractos de cuentas corrientes, certificaciones registrales; exigir un listado de todos los bienes del guardado al estilo de un inventario¹⁹⁵; ordenar intervenir las cuentas; decretar «el depósito en

¹⁹³ En idéntico sentido, *vid.* auto del Juzgado Núm. 2 de Córdoba, de 6 de Junio de 2002.

¹⁹⁴ *Vid.* SAP León de 29 de noviembre de 1995.

¹⁹⁵ En la tutela, la formación de un inventario es crucial, porque de su correcta realización dependerá la protección eficaz del patrimonio de la persona guardada. Creo que esta importancia es trasladable a una guarda de hecho que ha sido conocida por la autoridad judicial. Cuando se ordene la formación del inventario, deberá tenerse en cuenta la Instrucción de la FGE 4/2008, de 30 de julio, sobre el control y la vigilancia por el Ministerio Fiscal de la tutelas de personas discapaces: «(...) con el objeto de facilitar la labor de los tutores en la confección del inventario y evitar dilaciones derivadas de eventuales diligencias aclaratorias, en esta fase, los Sres. Fiscales deberán dirigir la correspondiente petición al Juzgado, para que traslade a los tutores la conveniencia de que el inventario refleje los siguientes extremos: 1. Relación de inmuebles, con su descripción y aportación de copias de los correspondientes documentos acreditativos de la titularidad, así como informe sobre su utilización actual, incluyendo copias, en su caso, de los documentos respectivos (contrato de arrendamiento, etc.). 2. Relación de bienes muebles, con descripción de los mismos (vehículos, cuadros, mobiliario, etc.), señalando el lugar donde se encuentran, así como su valoración, con especial referencia a las alhajas y objetos de valor histórico o artístico. 3. Títulos valores (acciones, fondos de inversión, planes de pensiones, participaciones en sociedades, etc.), con denominación de las entidades correspondientes, número de participaciones, importe de las adquisiciones, etc. 4. Cuentas corrientes y de ahorro, con designación de la entidad bancaria, número de cuenta, saldo en la fecha del inventario, nombres, demás datos de identificación y dirección otros cotitulares o autorizados. 5. Rentas

establecimientos destinados al efecto, de dinero, alhajas, objetos preciosos, valores mobiliarios o documentos, que se considere que no deben quedar en poder del guardador ni del incapaz»¹⁹⁶. Puede acordar también, la obligación de rendir cuentas anuales; informar de la situación en que se encuentra el guardado, atención personal y terapia que recibe.

Finalmente, dentro de las medidas que puede adoptar el juez, también es importante establecer una serie de cautelas respecto a los poderes preventivos otorgados por la persona con discapacidad al guardador antes de la solicitud de su internamiento o modificación de la capacidad de obrar. El Ministerio Fiscal, debe agotar todos los medios para obtener la información completa del guardado, saber si existe algún mandato, y si lo hay, solicitar la copia para adjuntarla a la demanda. Asimismo, podrá requerir como medida cautelar la ineficacia de los poderes otorgados hasta que el juez resuelva la causa. En esta circunstancia las posibilidades de abuso son mayores, porque la obligación del mandatario de rendir cuentas al mandante y la facultad de revocación de éste se tornan difíciles por su incapacidad¹⁹⁷. En todo caso, si la sentencia es estimatoria se deberá solicitar que la medida cautelar se transforme en definitiva, salvo se evidencie la conveniencia del poder otorgado¹⁹⁸.

La regla establecida en el artículo 303 del Código Civil, no es una regla extraña¹⁹⁹; guarda relación con lo dispuesto *ex* artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite al juez, para el caso de que tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, adoptar «*de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio*» (artículo 762.1). Además, autoriza al Ministerio Fiscal, en este mismo supuesto, a solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas (cfr. artículo 762.2). Asimismo especifica que se pueden constituir, de oficio o a instancia

de percepción periódica (pensiones, alquileres, retribuciones, dividendos, intereses, etc.), con descripción de la periodicidad e importe. 6. Declaración de la renta y del patrimonio del tutelado de los tres últimos años.

¹⁹⁶ MONDÉJAR PEÑA, María Isabel, «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2067.

¹⁹⁷ Cfr. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, pp. 115-116.

¹⁹⁸ Cfr. MONDÉJAR PEÑA, María Isabel, «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2067.

¹⁹⁹ *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 789.

de parte, en cualquier estado del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar (cfr. segundo párrafo del artículo 762.2).

Lo previsto en el artículo 303, también conecta con el artículo 158 del Código Civil que recoge una serie de medidas que puede adoptar la autoridad judicial para salvaguardar el interés del menor²⁰⁰. Asimismo, se vincula con el artículo 216 del Código Civil que dispone: «*las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*».

La mayor parte de la doctrina defiende que estas medidas son provisionales y caducas²⁰¹. La razón se encuentra en la convicción de que una vez que la autoridad judicial conoce la situación de guarda de hecho, debe poner en marcha el procedimiento tutelar (cfr. artículo 228 del Código Civil); o realizar el nombramiento del Ministerio Fiscal; o en su caso, la designación de un administrador judicial, cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela, y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento (cfr. artículo 299 bis. del Código Civil)²⁰². Al final, el procedimiento va a desembocar «o en una sentencia desestimatoria de la incapacitación, o en la constitución regular de la tutela; con lo cual, en todo caso, cesará la guarda de hecho y las medidas adoptadas en virtud del artículo 303»²⁰³.

²⁰⁰ Art. 158 CC «*El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...) 6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria*».

²⁰¹ Vid. BERROCAL LANZAROT, Ana, «Aproximación a la institución de la guarda de hecho», *op. cit.*, p. 2860; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho civil IV, Familia*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 470 y LETE DEL RÍO, Manuel, «Comentarios a los artículos 199-332», *op. cit.*, p. 490.

²⁰² Según DE COUTO GÁLVEZ, el juez habrá de establecer las medidas de control y vigilancia que estime necesarias para que desaparezca la figura del guardador de hecho, y además proveer el mecanismo de protección adecuado del guardado, así como sus bienes (cfr. «Comentario a los artículos 286 a 306», *op. cit.*, p. 2083). En el mismo sentido, ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 1331.

²⁰³ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, *op. cit.*, p. 162.

Para otro sector, no todos los casos de guarda de hecho están destinados a desaparecer. El juez, de acuerdo al análisis del caso concreto y en interés del guardado, puede decidir mantenerla durante todo el procedimiento tutelar o de modificación de la capacidad de obrar²⁰⁴. Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «no existe inconveniente alguno para que las medidas de control y vigilancia partan de respetar la situación de hecho. Ello puede dar lugar a que se nombre defensor del presunto incapaz (art. 207 C.c.) o administrador de sus bienes (art. 299 bis C.c.) al guardador mismo. Lo normal es que así ocurra, por ser la solución más operativa cuando no existan razones para desconfiar del guardador de hecho»²⁰⁵. Por su parte LETE DEL RÍO, si bien respalda esta posición lo hace de manera más estricta, porque a pesar de que el juez respete la situación de hecho, la defensa y representación la seguirá ostentando el Ministerio Fiscal²⁰⁶. Sin embargo, para PARRA LUCÁN, si bien

²⁰⁴ Vid. MORENO QUESADA, Bernardo, «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, p. 327 y CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines: Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, *op. cit.*, p. 144.

²⁰⁵ «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 789-790.

²⁰⁶ Cfr. «Comentarios a los artículos 199-332», *op. cit.*, p. 489. MORENO QUESADA y GÓMEZ OLIVEROS intentan otorgar un espacio a la actuación del guardador de hecho en la representación del Ministerio Fiscal. MORENO QUESADA se pregunta: «¿y en cuanto a la representación del sujeto? ¿excusará la existencia del guardador de hecho su representación y defensa por el Ministerio Fiscal tal como lo establece el mismo artículo 299 bis? Muy bien pudiera ser que lo establecido en la primera parte del artículo 299 bis respecto del Ministerio Fiscal constituya el correlativo en relación con la tutela a lo que, para el supuesto de incapacitación, previenen respecto a esa misma intervención del Ministerio Público los artículos 206 y siguientes; estos es, asegurar la misma en los procesos respectivos, como quiere el carácter que le confiere ser materia afectante al estado civil de las personas, pero nada más que eso; entendido así, ningún obstáculo habría a que se nombrara o mantuviera en la representación y defensa de la persona del menor o presunto incapaz, y mientras se constituye legalmente el sistema de guarda que corresponda, al mismo guardador de hecho» («El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, p. 327). GÓMEZ OLIVEROS, por su parte, dice «podríamos ver en ello, con carácter exclusivo competencias de carácter procesal, que parecen amparadas por la utilización del término ‘defensa’. Sin embargo, el también utilizado término ‘representación’ parece que nos obliga a traspasar los límites señalados, llevándonos a la representación legal fuera de juicio. El fundamento habría de hallarse en que no se puede obviar la posibilidad de que, durante la tramitación del proceso constitutivo surjan situaciones personales o patrimoniales que deban ser decididas antes de la conclusión del mismo, por mucha agilidad que haya querido dar al procedimiento y confirmen, en la práctica, los jueces. Por otra parte esta solución parece que viene amparada en el propio texto positivo, al denominar a la otra figura interviniente en el momento que estudiamos como un mero administrador del patrimonio, que delimita en sí mismo las funciones que le competen. Así, el Ministerio Fiscal quedará sometido en su actuación a los normales requisitos que ha de cumplir cualquier tutor en el ejercicio de su cargo (ej.: autorizaciones judiciales); pero caracterizando su actuación por dos circunstancias: la intermitencia y la urgencia. Esto es, no creemos que en el Ministerio Fiscal deba recaer todo el peso de la guarda y protección, sino que sus funciones van dirigidas a los aspectos externos de la misma (representación en cada caso concreto-intermitencia) y siempre que se trate de asuntos que no puedan demorarse hasta la conclusión del proceso por suponer un

se puede partir del respeto de la situación de hecho, una vez que el juez nombra defensor o administrador al guardador de hecho, éste ya deja de ser tal porque «la intervención y el nombramiento judicial implican que la actuación queda sometida al Juez, que debe rendir cuentas y que su actuación debe limitarse a las funciones encomendadas judicialmente. Por otra parte, y ésta es la clave, es la resolución judicial que le nombre la que le legitimará para actuar y relacionarse con tercero actuando en lugar y en nombre del incapaz (...). La consecuencia de todo ello es que la guarda de hecho al judicializarse, dejará de ser tal»²⁰⁷.

Otros autores defienden la permanencia de la guarda de hecho, porque así lo exige el interés del guardado²⁰⁸. El fundamento está en que «el Juez no está obligado a intervenir quedando la posibilidad de actuar a la discrecionalidad judicial y, solo si lo hace, deberá solicitar un informe de la situación, y tras él, establecerá, si lo cree conveniente, las medidas de vigilancia y control que considere oportunas. Esto es así porque debe buscar el mayor interés del incapaz y, si este lo exige en opinión del juzgador, deberá permitirse la continuidad de la guarda de hecho, sin perjuicio que se controle de alguna manera por la autoridad judicial»²⁰⁹. Hay situaciones, especialmente en personas de edad avanzada, en las cuales lo más conveniente es mantener la situación fáctica de protección, porque el tiempo apremia y no es suficiente para iniciar un procedimiento de modificación de la capacidad de obrar.

potencial peligro de perjuicio para el protegido (urgencia). Lo dicho es válido en cuanto al patrimonio; pero respecto de la persona, donde parece que el artículo 299 bis atribuye al Ministerio Fiscal la posición de guardador, nos inclinamos por una estructura compleja: será el Ministerio Fiscal quien tenga un poder decisorio o de revisión, pero sin olvidar al guardador de hecho, quien se mantendrá en su situación y a quien se aplicará su régimen específico» («Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 565, 1984, pp. 1410-1411).

²⁰⁷ Cfr. «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 2491. En los mismos términos, *vid.* LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, *op. cit.*, pp. 162-163.

²⁰⁸ *Vid.* TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «La guarda y el acogimiento de menores», *op. cit.*, p. 158; ZURITA MARTÍN, Isabel, *Protección civil de la ancianidad*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 175; SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, p. 311 y ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», *op. cit.*, p. 258.

²⁰⁹ FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 35.

III. VALOR JURÍDICO DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL GUARDADOR DE HECHO

El artículo 304 establece: «*los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*»²¹⁰.

A. Ámbito de aplicación del artículo 304 del Código Civil

Antes de analizar a fondo el precepto, es necesario indicar que no parece acertada la expresión «*no podrán ser impugnados*», porque precisamente con su cuestionamiento se comprobará su utilidad²¹¹. Si son útiles para el guardado no podrán ser declarados inválidos. Para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, los actos «no podrán ser declarados nulos en esa hipótesis (se refiere a que si los actos redundan en su utilidad), pues carece de lógica que se niegue una legitimación para accionar *a priori*, siendo así que la prueba de la utilidad debe producirse en el proceso, a cargo de quien sostenga la validez del acto impugnado»²¹².

La tutela judicial efectiva hace que no se pueda cerrar el acceso al procedimiento judicial²¹³; por tanto «el ejercicio de la acción de impugnación no puede prohibirse, si tenemos en cuenta el artículo 24.1 de la Constitución»²¹⁴.

²¹⁰ El Código Civil de Cataluña no contiene una norma semejante a ésta (cfr. art. 225-1 y ss.).

²¹¹ Vid. PARRA LUCÁN, María Ángeles, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 2502; MORENO QUESADA, Bernardo, «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pp. 328-329; NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen, «La guarda de hecho», *op. cit.*, p. 440; ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, pp. 108-109; HEREDIA PUENTE, Mercedes y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces», *op. cit.*, p. 2092; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 55 y DE COUTO GÁLVEZ, Rosa María, «Comentario a los artículos 286 a 306», *op. cit.*, p. 2083.

²¹² *Sistema de Derecho civil*, vol. I, *op. cit.*, p. 271.

²¹³ Según ROGEL VIDE, todos los actos realizados por el guardador de hecho podrán ser impugnados, si bien los realizados en interés y utilidad del guardado no podrán ser anulados (cfr. *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 108). Defienden también esta posición: BERROCAL LANZAROT, Ana, «La guarda de hecho como instrumento de protección de las personas mayores y discapacitados», *op. cit.*, p. 19; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 88; LETE DEL RÍO, Manuel, «Comentarios a los artículos 199-332», *op. cit.*, pp. 491-492, DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, p. 320 y la SAP Valladolid de 1 de febrero de 2005.

²¹⁴ ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 1330.

1. Actos patrimoniales y personales

El artículo 304 no distingue a qué tipo de actos se aplica esta disposición. No determina si se trata de actos patrimoniales o si también incluye los personales. Para ESPÍN CÁNOVAS esta norma comprende solo los primeros, porque si bien el artículo 303 del Código Civil alude a una intervención del juez en la guarda de hecho sobre la persona y bienes del guardado, solo si éstos existen tiene sentido el artículo 304 respecto a la utilidad²¹⁵.

Por su parte, la doctrina mayoritaria considera que la norma engloba ambas clases de actos²¹⁶. MORENO QUESADA, haciendo una crítica al autor citado, piensa que tal parecer «es una limitación del beneficio que no encuentra base en el artículo 304, y que pueden darse casos de actos que redunden en utilidad del menor que no tengan repercusión –al menos directa o inmediata, e incluso indirecta o mediata– en el patrimonio del guardado»²¹⁷. Para NÚÑEZ MUÑIZ, «no debe olvidarse que la ley se refiere a guarda de “la persona y bienes”, o, al menos, la información que puede pedir el Juez al guardador es respecto de la situación de la persona y bienes, por lo que no deben entenderse excluidos los actos que el guardador realice relativos a la persona del guardado, pues en nuestra opinión, también en este aspecto los actos podrán ser o no útiles. Pensemos, por ej., en la decisión de enviar al menor o incapaz a un determinado colegio; la elección de éste puede ser acertada o no dependiendo de las circunstancias, y éstas no tienen por qué ser únicamente económicas, pues puede resultar favorable para él y propiciar un desarrollo adecuado dependiendo del carácter del mismo, circunstancias personales, etc., o por el contrario, la elección no

²¹⁵ Cfr. *Manual de Derecho civil español*, op. cit., p. 612. De igual forma, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 53.

²¹⁶ Vid. MONDÉJAR PEÑA, María Isabel, «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», op. cit., p. 2077; ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, op. cit., p. 110 y «Comentario a los artículos 303 a 306», op. cit., p. 867; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, op. cit., p. 90 y «Aproximación a la guarda de hecho como mecanismo de cierre del sistema de protección de las personas con discapacidad», op. cit., pp. 212-213; ZURITA MARTÍN, Isabel, *Protección civil de la ancianidad*, op. cit., p. 175; BERROCAL LANZAROT, Ana, «Aproximación a la institución de la guarda de hecho», op. cit., p. 2861; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», op. cit., p. 791; SERRANO ALONSO, Eduardo, «Artículos 303 a 306», *Comentario del Código Civil*, 2, SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Coord.), Bosch, Barcelona, 2000, p. 693 y GARCÍA LLERENA, Viviana, *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*, Fundación Paideia Galiza, A Coruña, 2002, p. 338.

²¹⁷ «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», op. cit., p. 328.

ser conveniente por existir en el centro elegido un ambiente en el que el guardado no se integra»²¹⁸.

En mi opinión, el artículo no solo se refiere al ámbito patrimonial, sino también al personal. La razón de esta interpretación es el beneficio de la persona guardada en su más amplia concepción y, por ello, alcanza a todos los actos que sean útiles para el menor o el incapaz no incapacitado. Hay que recordar que donde la ley no distingue, no lo debe hacer el intérprete. Los actos de la esfera personal no solo son posibles y frecuentes en la práctica, sino que son necesarios y de gran ayuda para el desarrollo del guardado. Si bien el legislador no ha establecido cuáles son, considero que para resolver la cuestión puede ser útil remitirnos al artículo 154.1 y 269 del Código Civil (deberes de los padres y del tutor, respectivamente), como una manera de delimitarlos. Los principales serían: velar por guardado, procurarle alimentos, educar y promover la adquisición o recuperación de la capacidad y su mejor inserción en la sociedad²¹⁹.

Distinta es la situación de Aragón y Cataluña que sí establecen el contenido de la guarda de hecho. El artículo 159 del Código del Derecho Foral de Aragón preceptúa que: «*1. La actuación del guardador de hecho en función tutelar debe limitarse a cuidar de la persona protegida (...)*». Por su parte, el Código Civil de Cataluña en el artículo 225-3 establece: «*1. El guardador de hecho debe cuidar de la persona en guarda y debe actuar siempre en beneficio de ésta (...)*».

Una vez definido que el artículo 304 se aplica a todo tipo de actos, personales como patrimoniales, habrá que preguntarse si dentro de estos últimos se permiten tanto los de conservación, administración y disposición.

El Código Civil no resuelve este asunto²²⁰. Sin embargo, alguna legislación autonómica lo prevé. El legislador catalán, en el artículo 225-3.1 de su Código Civil,

²¹⁸ «La guarda de hecho», *op. cit.*, p. 440.

²¹⁹ SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José María, «La institución tutelar», *Instituciones de derecho privado*, DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco y GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel (Coords.), vol. IV, Civitas, Madrid, 2002, p. 571; NÚÑEZ MUÑOZ, Carmen, «La guarda de hecho», *op. cit.*, p. 441 y SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, p. 299.

²²⁰ Los Proyectos de Reforma del Código Civil no siguieron, con relación a esta materia, el sistema trazado por el Estudio dirigido por Díez-PICAZO que delimitó los actos que podían ser declarados eficaces (cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 19). Por su parte, el ordenamiento francés sí identifica los actos que se pueden realizar. El art. 436 CCF establece: «(...) *Ceux qui ont qualité pour demander l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle sont tenus d'accomplir les actes conservatoires indispensables à la préservation du*

limita la actuación del guardador a la realización de actos de administración ordinaria, excluyendo los de disposición. Para SANCHO GARGALLO, «en la esfera patrimonial el guardador asumirá la administración de los bienes y rendimientos económicos del presunto incapaz, pero en ningún caso tendrá facultades de disposición (...). Debe asegurarse de que los recursos económicos se aplican a su cuidado y prever que no se descapitalizará con riesgo de quedar en situación de indigencia»²²¹. Por su parte, el artículo 159 del Código del Derecho Foral de Aragón solo permite los actos de administración que sean necesarios. En consecuencia, un acto no necesario será impugnabile²²².

Ahora bien, como en el ámbito legislativo estatal no se dice nada, la doctrina ha realizado el estudio de esta cuestión. Algunos, siguiendo la postura adoptada por los autores del Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela²²³, entienden que el ámbito de aplicación del 304 se restringe a los actos

patrimoine de la personne protégée dès lors qu'ils ont connaissance tant de leur urgence que de l'ouverture de la mesure de sauvegarde. Les mêmes dispositions sont applicables à la personne ou à l'établissement qui héberge la personne placée sous sauvegarde». Si es necesaria la realización de un acto de disposición, el legislador galo obliga acudir a un juez. Art. 437 del Code: «S'il y a lieu d'agir en dehors des cas définis à l'article 436, tout intéressé peut en donner avis au juge. Le juge peut désigner un mandataire spécial, dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles 445 et 448 à 451, à l'effet d'accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée. Le mandataire peut, notamment, recevoir mission d'exercer les actions prévues à l'article 435. Le mandataire spécial est tenu de rendre compte de l'exécution de son mandat à la personne protégée et au juge dans les conditions prévues aux articles 510 à 515».

²²¹ *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, op. cit., pp. 299-300.*

²²² Esta formulación, exige una valoración del caso concreto. Esta función la realiza la Junta de Parientes. En efecto, se admite la posibilidad de impugnar los actos realizados por el guardador cuando no ha mediado la declaración de la Junta, pero habrá que acreditar que ni eran necesarios ni han sido útiles para el menor o incapaz. Sin embargo, esto no implica que los actos que valide la Junta sean inimpugnables, porque si perjudican al menor o se observa mala fe en ellos pueden ser cuestionados. En todo caso, los actos a los que alude el legislador aragonés son aquellos absolutamente necesarios como: la manutención, asistencia, educación, etc., «propios del día a día y que difícilmente pueden poner en peligro la integridad física y patrimonial del menor o incapaz» [FERRANDO BUNDÍO, Raquel, «Capítulo VII. La guarda de hecho», *Manual de Derecho Aragonés de la persona*, MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coord.), Zaragoza, 2011, p. 409].

²²³ Este Estudio establecía en su artículo 309 solo la validez de los actos conservativos si eran útiles para el guardado. Si estos actos se realizaban «*en interés del pupilo serán válidos y producirán sus efectos si fueran útiles para éste*», los demás actos «*podrán ser anulados a instancia de estos o de sus representantes legales nombrados con arreglo a derecho*», en cuyo caso, podrá solicitarse «*la restitución de las prestaciones realizadas al menor o incapaz, en la medida prevista en el Art. 1304 y, subsidiariamente, la indemnización por el guardador de hecho de los daños que la nulidad les ocasionan*».

meramente conservativos²²⁴. Si el guardador legal, *ex* artículo 271.2 del Código Civil, necesita autorización judicial para enajenar, disponer y gravar bienes del guardado²²⁵; con más razón debe ser así para el guardador de hecho. De lo contrario, se otorga una posición privilegiada y la norma sería permisible²²⁶. Asimismo, el guardador de hecho al no tener representación, no puede realizar actos patrimoniales porque serían impugnables por falta de consentimiento²²⁷.

En la jurisprudencia menor también se ratifica esta postura. La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 28 de mayo de 1999 afirma, en un supuesto de responsabilidad extracontractual, que el guardador de hecho puede realizar actos urgentes y perentorios en defensa del incapaz no incapacitado, como por ejemplo interrumpir la posible prescripción de una acción, pero no podría ampararse en el artículo 304 del Código Civil el ejercicio de acciones judiciales ya que ni siquiera el propio tutor, nombrado conforme a derecho, puede realizarlo por sí mismo, precisando autorización judicial, salvo que se trate de asuntos urgentes o de escasa cuantía²²⁸.

²²⁴ Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José, *Curso de Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 259.

²²⁵ De lo contrario, sus actos serían nulos. Además, en el supuesto que se obtenga una autorización judicial con posterioridad, ésta solo subsanaría los actos posteriores pero no convalidaría los anteriores, porque debían ejecutarse según lo previsto por la norma. Vid. STS de 9 de diciembre de 1953.

²²⁶ Vid. RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín, «Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho», *Nul*, 2006, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=331>, (consulta: 17 de junio de 2013). FÁBREGA RUIZ, para solucionar este tratamiento diferenciado, considera que a los representantes legales se les debería aplicar también la regla contenida en el artículo 304 del Código Civil, de manera que debería declararse la validez de los actos realizados por el tutor aunque no cuente con la preceptiva autorización judicial. Este autor fundamenta su razonamiento en el principio de interés del incapaz y en el principio de conservación de los actos (cfr. *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 91).

²²⁷ Vid. ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «Capítulo Segundo. Capacidad e incapacidad en el derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental», *op. cit.*, p. 194.

²²⁸ En el presente caso, los miembros de una familia sufren un accidente de tráfico. Al no alcanzar un acuerdo, el marido y padre interpone demanda contra aseguradora actuando por sí y en nombre de su esposa e hija menor. La demandada opone excepción de falta de legitimación activa por lo que se refiere a la indemnización solicitada para la esposa, que no estaba incapacitada, por lo que ha de entenderse que es plenamente capaz y debía ser ella quien planteara la demanda o, en su caso, otorgara el correspondiente poder. En primera instancia se acepta la excepción de falta de legitimación activa y la sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial que entiende, acertadamente, que la condición de guardador de hecho del esposo «no le faculta para el ejercicio de acciones como la presente, pues una cosa es que el guardador de hecho pueda realizar aquellos actos urgentes y perentorios en defensa del presunto incapaz, como en este caso hubiese sido interrumpir la posible prescripción de la acción, cosa que sí era posible con la mera remisión de un requerimiento

Por otro lado, hay autores que defienden la posibilidad de realizar todo tipo de actos en la esfera patrimonial del guardado, a excepción de los personalísimos²²⁹. Si el legislador, en el artículo 304 del Código Civil, no distingue entre los actos de conservación, administración o disposición no tiene porqué distinguirse en la realidad; siendo viable que el guardador los ejecute en beneficio del guardado²³⁰.

Esta postura también tiene apoyo en la jurisprudencia menor. El auto del Juzgado Núm. 5 de Córdoba, de 29 de abril de 2013, en el caso de guardadores de hecho (padres) de una persona con síndrome de Down, en su parte dispositiva estableció *«habilitar a D./ y a D^a./ en su condición de guardadores de hecho de su hijo para disponer de los fondos de la cuenta que éste tiene abierta en la sucursal de la entidad Cajastur sita en Avda. de la República Argentina Núm. 14 de Córdoba (...)*»²³¹.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 1 de febrero de 2005, establece que la convalidación de los actos desde el artículo 304 del Código Civil alcanza no solo a actos patrimoniales meramente ordinarios, sino a otros que no lo serían, como el rescate de un plan de pensiones con objeto de destinarlo al sostenimiento de una madre²³².

(aunque fuera telegráfico) y que entraría de lleno en las facultades que prevé el artículo 304 del Código Civil».

²²⁹ Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Capítulo 43. Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)», *op. cit.*, p. 444.

²³⁰ Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, lo importante es determinar si los actos han sido útiles para el guardado, ya sean de administración, ordinaria o extraordinaria, o disposición (cfr. «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 790). En el mismo sentido, vid. JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, «Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés», *op. cit.*, pp. 643-644; LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *op. cit.*, p. 215; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «Aproximación a la guarda de hecho como mecanismo de cierre del sistema de protección de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 213 y BERROCAL LANZAROT, Ana, «Aproximación a la institución de la guarda de hecho», *op. cit.*, p. 2861.

²³¹ En este caso, unos padres, en su condición de guardadores de hecho de su hijo con síndrome de Down, se encuentran con el problema de que al cumplir éste los 18 años no pueden acceder a la cuenta bancaria que tiene a su nombre en la entidad bancaria, donde ingresan la cantidad correspondiente a la dependencia que tiene concedida. Solicitan al juez alguna solución que les permita acceder a dicha cuenta como sus padres, sin necesidad de incapacitarlo judicialmente. El juez, en clara aplicación de la convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, adopta y, de conformidad con el artículo 216.2 del CC en relación con el art. 158 del mismo texto, acuerda habilitar a los padres en su condición de guardadores de hecho de su hijo Alonso para disponer de los fondos de la cuenta que éste tiene abierta en la sucursal.

²³² Esta sentencia se refiere al rescate de un plan de pensiones por parte de una guardadora de hecho, y la posterior reclamación contra la entidad bancaria por parte de la tutora nombrada

En el mismo género, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 25 de mayo de 2012: *«Que el codemandado Román era el marido de Leonor, y contaba con ochenta años de edad cuando Leonor sufrió el accidente cerebrovascular, convirtiéndose en su cuidador de hecho sin perjuicio de que pudiera deferirse la tutela legal, siendo el único pariente que convivía con Leonor por cuanto los dos hijos del matrimonio, mayores de edad, con vida independiente no vivían con sus padres. Que los medios económicos para satisfacer las necesidades de atención y cuidado de Leonor excedían del producto líquido del matrimonio, por lo que el marido dispuso de dos fincas rústicas en propiedad privativa de la esposa, las que afectan a este pleito (...). Que testificalmente se prueba que el dinero fue invertido en mejorar las condiciones de vida de la esposa incapaz, y asimismo se prueba que el esposo, previamente a la venta reunió a sus hijos y comentó con ellos la necesidad de vender para atender a la enferma, con la condición de que luego, en la herencia, se hicieran dos lotes de las fincas privativas de la madre, y se incluyera en cada uno de los lotes para los hijos, una de las fincas vendidas (...). Que el contrato de compraventa objeto de los presentes autos (Documento nº 2 de la demanda) se realiza con el tercero ajeno a la relación parental y de guardería, se realiza con conocimiento del comprador de la situación legal de la propietaria y de la legitimación extraordinaria del vendedor para suplir el consentimiento de la titular, y se aprecia la buena fe. Hay buena fe porque hay claridad, sencillez, concreción, comprensión y justo equilibrio de prestaciones (art. 1254 C.c). La Audiencia afirma estar ante la aplicación de un precepto (art. 1304, sic 304) que, como dice la S.T.S de 10 de Marzo de 1994, es excepcional porque violenta las normas del art. 1259 C.c, que es la norma general de los contratos celebrados sin autorización o representación, pero que está justificado por la especial naturaleza de la figura del guardador de hecho, sin que la mayor o menor coherencia en el tratamiento*

tras la incapacitación de la guardada. Luego de sufrir un accidente, una señora pasa a vivir con una de sus hijas, que indica que, aplicando el art. 304 CC, entiende que se rescató correctamente el plan de pensiones. Si bien a través de esta sentencia se otorga al guardador de hecho la posibilidad de actuar más allá de los actos de mera administración ordinaria, se entiende que lo importante es demostrar que el acto ha sido útil para el guardado. En este caso no queda claro cuál fue el destino del dinero ni la razón por la que resultó útil a la guardada. Solo se alude a la imposibilidad del banco, que entregó el dinero a la guardadora, de demostrar que se gastó en utilidad de la guardada y a la voluntad de la actora de no demandar a su hermana ni a la asociación que parece que se encargó de hacer la gestión para cobrar el dinero.

legislativo de representante legal y/o guardador de hecho, sea cuestión en la que el Tribunal deba entrar. Y declara válido y eficaz el contrato de compraventa celebrado sobre la finca rústica de la incapaz condenado a su marido a otorgar escritura pública de compraventa a favor del demandante»²³³.

En fin, los únicos requisitos que el precepto impone para que los actos sean válidos son: que se hayan realizado en interés del guardado y sean de su utilidad. Con estos filtros se le pretende proteger de una actuación temeraria del gestor²³⁴, salvaguardando sus intereses personales y patrimoniales²³⁵.

2. Legitimación procesal del guardador de hecho

El artículo 304 del Código Civil, por otro lado, es fundamento de la legitimación procesal del guardador de hecho, y esto se ratifica con la incorporación al ordenamiento español de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, que en su artículo 13 ordena a los Estados partes asegurar *«que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares»²³⁶.*

Son varios los pronunciamientos judiciales al respecto. La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 18 de mayo de 2009, reconoce legitimación activa al guardador de hecho para reclamar una responsabilidad extracontractual por

²³³ En términos afines, *vid.*: SAP Córdoba de 14 de octubre de 1996 que considera válida la compra realizada por un guardador de hecho hermano de la persona incapaz; SAP Zaragoza de 8 de mayo de 2000, donde se señala que el guardador de hecho puede contratar en nombre de la incapaz, creando obligaciones para ésta, un contrato de servicios residenciales y asistenciales en un centro geriátrico y SAP Alicante de 24 de abril de 2009 que ve correctas las actuaciones de una residencia como guardadora de hecho (de haber interesado la designación de Procurador y letrado para la defensa de los intereses del incapaz no incapacitado que se hallaba ingresado en dicho centro), porque considera que tales actuaciones se encuentran dentro del ámbito de los artículos 303 y 304 del Código Civil correspondientes a la guarda de hecho.

²³⁴ *Vid.* ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», *op. cit.*, pp. 257-289.

²³⁵ MARTÍNEZ DÍE, Rafael, «La protección del incapaz», *Instituciones de Derecho Privado*, DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, (Coord.), t. 2, vol. IV, 2002, p. 607.

²³⁶ Cfr. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 154.

filtraciones en el piso arrendado por sus padres. El razonamiento de la Sala fue que aunque esa situación de incapacidad de una persona no declarada judicialmente debió ser suplida por la vía del nombramiento de un defensor judicial, ello no obstante, dado que la acción ejercitada no es la de responsabilidad contractual derivada del contrato de arrendamiento de que su padre es titular, sino la extracontractual, sistema de responsabilidad que no es *«típico y por tanto la legitimación la ostenta cualquier interesado (perjudicado) y en este caso concurre en el hijo, en cuanto es la persona que, ocupando la vivienda en convivencia con su padre, afirma haber procedido a su reparación reclamando el importe a que se dice ascendió la misma»*.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1994, resolvió el caso de reclamación ejercitada por la madre de un mayor de edad, no incapacitado, que padece de síndrome de Down, por los daños sufridos por accidente en un centro dedicado a la enseñanza y consistente en un ahogamiento del que derivaron efectos nocivos para la salud. El Tribunal Supremo, aplicando el artículo 304 del Código Civil, desestima el motivo del recurso de casación que denunciaba la falta de legitimación de la madre, y confirma la sentencia que condena a pagar una indemnización.

En la misma dirección se encuentra al auto del Juzgado Núm. 8 de Córdoba, de 28 de mayo de 2002. En este proceso un hombre que tenía diez sobrinos falleció dejando numerosas deudas. De los diez sobrinos todos gozaban de plenas facultades, excepto uno de ellos que padecía un trastorno mental. Los nueve hermanos capaces acudieron al notario para manifestar ante él su voluntad de renunciar a la herencia de su fallecido tío, puesto que les reportaba muchas más pérdidas que ganancias. Los acreedores entonces demandaron judicialmente al hermano con discapacidad que por esta razón no había podido acudir al Notario. La solución que se dio no fue suspender el procedimiento hasta que se nombrase a la persona con discapacidad un defensor judicial ni iniciar el procedimiento de incapacitación, sino reconocer la renuncia prestada en su nombre por su madre en su condición de guardadora de hecho del mismo.

De igual modo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 30 de septiembre de 1998, consideró al guardador de hecho legitimado para actuar en

nombre del hijo mayor de edad incapaz, en procedimiento matrimonial a efectos de reclamación de la pensión alimenticia²³⁷.

Sin embargo, existen pronunciamientos en contra de esta legitimación. Para la Audiencia Provincial de Cádiz, en auto de 21 de marzo de 2001, *«es forzoso reconocer igualmente que la figura del guardador de hecho, aunque se interpretara de manera generosa el artículo 304 del Código Civil, no alcanza a la representación voluntaria de menores ante los Tribunales ejerciendo en su nombre acciones judiciales. No pueden ser impugnados sus actos en cuanto que revierten en interés del menor, pero es necesario reconocer que correspondería al defensor judicial nombrado conforme al artículo 299 el ejercicio de acciones. Todo ello debe llevar a considerar válidos los actos realizados por el Don Antonio M., sin perjuicio de proveer desde ahora de defensor judicial a M., y por tratarse de actuaciones urgentes, entender que es al Ministerio Fiscal a quien corresponde la representación y defensa del citado menor de manera interina, conforme al artículo 299 bis, del Código en tanto que por el Juzgado correspondiente no se produzca el nombramiento (que, puede recaer precisamente en Don Antonio M. P.), a cuyo efecto se participará al Juzgado de su residencia».*

²³⁷ En términos parecidos, la SAP Asturias de 29 de septiembre de 1999 desestima la procedencia de una nulidad en un caso en que la demandada, persona que según un certificado médico padecía una demencia senil, actuó en el procedimiento a través de una apoderada. La Audiencia estima que compareció debidamente representada y asistida de dirección letrada, recayendo, además, sentencia favorable a sus intereses. La SAP Huelva de 9 de marzo de 2001, otorga legitimación a la hermana de un incapaz, para reclamar responsabilidad extracontractual a una aseguradora con fundamento el art. 304 CC y el hecho que el incapaz convivía con la actora. La STC de 25 de noviembre de 2002, reconoce legitimación de la guardadora de hecho para recurrir en amparo una resolución que considera lesiva para los derechos del menor que tiene a cargo. La SAP Jaén de 12 de mayo de 2004, en un supuesto de impugnación del testamento por el guardador de hecho de uno de los sucesores, admite el ejercicio de la acción sin que exista un tutor o defensor judicial nombrado a favor de una persona con síndrome de Down, por considerar la capacidad que le asiste a toda persona y lo preceptuado en el art. 304 CC, al estimar que ningún otro interés pudo mover a la guardadora para otorgar el apoderamiento a favor del Procurador en los términos en que se hizo. La SAP Islas Baleares de 28 de marzo de 2007, legitima al guardador para el ejercicio de la acción de desahucio, en tanto el proceso entablado para recuperar la posesión de la vivienda redonda, como es notorio, es en beneficio del guardado, y no puede ser impugnado de conformidad con el art. 304 CC. También, *vid.* Providencia del Juzgado de lo Social Núm. 3 Córdoba de 23 de diciembre de 2009, donde se tiene por acreditada la representación y válidas las actuaciones a favor del actor por su guardador de hecho en el caso de demanda por impago de salarios instada por persona con síndrome de Down.

En mi opinión, en el ámbito jurisprudencial y doctrinal se admite la legitimación procesal del guardador porque, al igual que los demás actos, son útiles y en interés del guardado.

B. Requisitos de los actos realizados por el guardador de hecho para su validez

En principio, conforme a la regla general (cfr. artículo 1259 del Código Civil), quien no tiene encomendada por ley, ni por resolución judicial, las funciones de representación o asistencia respecto de menores o incapacitados, no podrá intervenir eficazmente actuando en su nombre, ni prestando la asistencia requerida en cada caso por ley. Si lo hace, los actos serán nulos. Mas, posteriormente, la persona a cuyo favor se celebró el contrato puede ratificarlo, dando consentimiento para su validez (antes de la revocación por la otra parte), considerando esto un apoderamiento *a posteriori*²³⁸.

A pesar de lo dispuesto, el artículo 304 del Código Civil permite que la actuación espontánea y desinteresada del guardador de hecho repercuta en la esfera jurídico-patrimonial del guardado, si los actos son de interés y de utilidad para éste²³⁹. La utilidad se erige como requisito esencial del negocio y no como un simple presupuesto para el desenvolvimiento de su eficacia²⁴⁰.

²³⁸ Sobre la naturaleza de la ratificación, *vid.* COLÁS ESCANDÓN, Ana María, *La ratificación*, Comares, Granada, 2002, p. 153.

²³⁹ En este precepto se reconoce lo que se ha venido a llamar heteroeficacia útil, en virtud de la cual lo actuado por un sujeto sin poder previo, el guardador, en nombre de otro, el guardado, repercute en la esfera jurídico patrimonial de éste siempre que tal actuación le haya reportado utilidad o beneficio. BADENAS CARPIO, la sitúa junto a la heteroeficacia representativa y aparente (cfr. *Apoderamiento y representación voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 297).

²⁴⁰ Para LECIÑENA IBARRA, habría que rechazar la configuración de la utilidad como condición, porque ésta se presenta como un elemento accidental o extraño a la estructura del contrato válido. El negocio celebrado por el guardador de hecho es ineficaz para el guardado no porque esté sometido a la producción de un acontecimiento futuro e incierto establecido de manera circunstancial por las partes en el momento de la perfección del contrato, sino porque carece de uno de los elementos esenciales como es el consentimiento de una de las partes contratantes por cuya cuenta se contrata, el guardado (cfr. *La guarda de hecho de las personas mayores, op. cit.*, p. 177). No obstante, según BADENAS CARPIO la ratificación del *dominus* es una especie de *conditio iuris* necesaria para la completa eficacia del contrato (cfr. *Apoderamiento y representación voluntaria, op. cit.*, p. 207). También Díez-PICAZO, califica el negocio como un negocio jurídico incompleto, con una eficacia simplemente provisional, estando la eficacia definitiva plena pendiente del advenimiento de la *conditio iuris*, que es la ratificación [«Comentario al artículo 1259», PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, *Comentarios del Código civil*, Díez-PICAZO, Luis y otros (Dirs.), t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 440].

Este razonamiento, configura al artículo 304 como una norma especial, de carácter excepcional, que proclama el pleno reconocimiento de la injerencia llevada a cabo por un sujeto, el guardador de hecho, en la esfera patrimonial de otro, el guardado, sin ningún tipo de legitimación que la justifique²⁴¹, siempre que haya redundado en su utilidad²⁴². Demostrada la utilidad los actos se convalidan²⁴³.

El carácter especial del artículo 304 del Código Civil no otorga representación, ni voluntaria ni legal, al guardador de hecho²⁴⁴; solo reconoce la

²⁴¹ El Tribunal Supremo, en la sentencia de 10 de marzo de 1994, refiere que el art. 304 CC violenta el art. 1259 CC, que es la norma general para los contratos celebrados sin autorización o representación, seguramente justificada por la especial naturaleza de la figura de la guarda de hecho. Recoge esta doctrina la SAP Toledo de 25 de mayo de 2012.

²⁴² Vid. DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 54; DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, María Dolores y HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Lecciones de Derecho de Familia*, Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 494; PARRA LUCÁN, María Ángeles, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 2495 y DE COUTO GÁLVEZ, Rosa María, «Comentario a los artículos 286 a 306», *op. cit.*, p. 2083. No obstante, según RIVERA ÁLVAREZ el art. 304 no es una norma excepcional, porque «sólo modaliza el Art. 1259, 2º párrafo del Cc, en consonancia con la escasa incidencia en la realidad de las constituciones y el juicio positivo que da el Ordenamiento a los familiares y allegados que, informalmente, cuidan y atienden a los menores e incapaces sin título habilitante» («Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho», *op. cit.*). Por su parte, el legislador francés, a diferencia de lo que dispone el art. 304 CC, ha optado por un sistema ajeno a la idea de injerencia del guardador de hecho. Reconoce que los mayores protegidos bajo la medida de *sauvegarde de justice* tienen plena capacidad de obrar; el art. 435 del Code Civil, en el segundo párrafo, permite impugnar los actos realizados por éstos mediante el ejercicio de la acción rescisoria por lesión y de una acción reductora en caso de exceso en el plazo de cinco años; también cabe que sean anulados conforme al Derecho común de los artículos 414-1 y 414-2 con una acción de nulidad probando que el interesado estaba perturbado cuando realizó el acto. Esta acción se sometería a las mismas condiciones que si el acto se hubiera realizado por una persona no protegida. En el caso de ejercicio de estas acciones, los tribunales disponen de un largo poder de apreciación y son llamados a no sancionar más que los abusos más evidentes buscando con ello una mayor conciliación entre los intereses de los cocontratantes con los del mayor protegido (cfr. MOLIN, Oliver, *Les tutelles. La protection juridique des majeurs*, Berger-Levlaut, Paris, 2012, p. 83).

²⁴³ Vid. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 66.

²⁴⁴ Vid. STS de 9 de octubre de 1997 y la SAP Vizcaya de 7 de junio de 2000 que aclara que el guardador no ostenta representación legal, ni tan siquiera a efectos procesales. Sin embargo, llama la atención que la SAP Córdoba de 17 de marzo de 2008 atribuya representación como guardadora de hecho a la esposa del incapaz no incapacitado. En la misma línea, el AAP Zamora de 24 de noviembre de 2005, que confirma el auto recurrido que atribuye al guardador las facultades inherentes a la tutela, en aras del interés del menor y al objeto de que pueda acreditar la representación legal del menor o cualquier otra circunstancia similar que sea necesaria, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 173 bis 2 CC. La doctrina, también se muestra a favor de la no representación, vid. Díez-Picazo, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2011, p. 269 y Rogel Vide, Carlos, «Comentario a los artículos 303 a 306», *op. cit.*, p. 867.

existencia de actos realizados por éste y verifica si se han realizado a favor del guardado.

Para ÁLVAREZ LATA, «lo que se establece en el artículo 304 es una regla *a posteriori* para dotar de validez a los actos realizados por el guardador y de esta manera favorecer la protección de éste y brindarle un medio de dinamizar su precaria situación en el tráfico jurídico, desde el momento en que se comprueba que dichos actos afectan positivamente a sus intereses, reportándole una objetiva utilidad; pero ello no implica que sirva *a priori*, esta regla, como un mecanismo de representación o sustitución de la actuación del menor o incapaz, o sea, de traspaso de legitimidad activa del guardador de hecho». En fin, concluye la autora, «del artículo 304 no se desprende un principio de posibilidad de actuación del guardador de hecho en lugar del sometido a guarda, sino un mecanismo de convalidación de sus actos, cuando éstos sean beneficiosos para el guardado»²⁴⁵. En términos similares, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1994, declara que «(...) el artículo 304 del Código Civil convalida los actos realizados por la madre como guardadora de hecho en beneficio de su hijo incapacitado, actos que según el mismo precepto “no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”, circunstancia que concurre en la sentencia recurrida en casación en cuanto concede una indemnización en favor del presunto incapaz, que lógicamente es útil para él»²⁴⁶.

A pesar de este razonamiento, algún sector de la doctrina considera que se trata de actos de representación porque se generan efectos en el guardado²⁴⁷. En la legislación aragonesa también se concede esta facultad de representación al guardador (cfr. artículo 159.1 del Código de Derecho Foral de Aragón)²⁴⁸.

²⁴⁵ «Comentario al artículo 303 del Código civil», *op. cit.*, p. 479. En este orden de ideas, según Díez-PICAZO, parecen actos convalidables, pese a su inicial nulidad, aquellos respecto de los cuales su autor carecería del poder de legitimación necesario para afectar a la esfera de intereses contemplada por el contrato. La posterior aceptación del negocio por el titular de dicha esfera de intereses permite convalidar el contrato (cfr. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t. I, Tecnos, Madrid, 1983, p. 316).

²⁴⁶ En términos similares, *vid.* STS de 10 de marzo de 1994.

²⁴⁷ *Vid.* RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, «La guarda de hecho. Personas mayores, vida independiente y soluciones jurídicas», *op. cit.*; MORENO QUESADA, Bernardo, «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, p. 328 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, pp. 785-786.

²⁴⁸ No obstante, serán los terceros los que, en cada caso, puedan negarse a relacionarse con el guardador o admitir su intervención si dudan de su representación. Para un estudio del asunto, *vid.* PÉREZ MONGE, Marina, «Regulación de la guarda de hecho en la Ley de Derecho de la Persona de Aragón», *op. cit.*, pp. 339-396 y PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Las

1. El interés del guardado

El artículo 304 del Código Civil prevé la validez de los actos del guardador que hayan sido realizados «*en interés del guardado*».

No se entiende muy bien qué ha querido establecer el legislador con esta expresión. Para ESPÍN CÁNOVAS, «no se aplica la norma (se refiere al artículo 304) cuando el guardador de hecho haya realizado actos en su propio beneficio, aunque se haya servido del patrimonio de la persona guardada» (con estos últimos términos parece aludir a la utilidad reportada en el patrimonio del guardado). Este autor realiza un análisis de tipo subjetivo. Habrá que determinar la intención del guardador en cada acto para establecer su validez. Si su intención fue beneficiar al guardado, y además el acto resultó útil, entonces es inimpugnable; pero si solo resultó útil y no se realizó en su interés, el acto puede ser atacado²⁴⁹.

Por su parte, para MORENO QUESADA, lo único importante es la utilidad del acto, «eludiendo de este modo el escollo, siempre conflictivo, que supone la contemplación de intencionalidades»²⁵⁰. Del mismo modo, según NÚÑEZ MUÑIZ, el

relaciones tutelares», *Manual de Derecho civil aragonés*, DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús (Dir.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 197-261. En contra de la representación que reconoce el legislador aragonés, se pronuncia MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, para quien «la atribución *ope legis* de funciones de representación al guardador de hecho equivale a admitir la limitación de la capacidad de obrar de un discapacitado, pero sin sujetar el establecimiento de esa limitación a control judicial: en efecto, el guardador de hecho podrá realizar en nombre del discapacitado determinados actos, lo que supone la presencia de un factor de heteronomía que afecta a la capacidad de obrar del guardado de hecho (es el guardador de hecho el que decide por él, y en su nombre, con eficacia jurídica). Es verdad que ello ocurre limitadamente, y que se somete a la actuación del guardador a un cierto control externo (en el caso aragonés, de la Junta de Parientes), pero siempre presenta el perfil delicado de haber quedado limitada la capacidad de obrar de una persona sin control judicial previo: desde este punto de vista, la previsión del art. 225-3.2 del Anteproyecto catalán parece más adecuada, en la medida en que prevé, al menos en algunos casos, la asunción de funciones tutelares por decisión judicial, lo que implica la existencia de ese control judicial al que acabo de referirme» («Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales», *op. cit.*, pp. 205-206).

²⁴⁹ Respecto a la exigencia de que se conjugue el interés del guardado y la utilidad del acto *vid.* BERROCAL LANZAROT, Ana, «Aproximación a la institución de la guarda de hecho», *op. cit.*, p. 2861 y DE COUTO GÁLVEZ, Rosa María, «Comentario a los artículos 286 a 306», *op. cit.*, p. 2083.

²⁵⁰ Este autor presenta su razonamiento con un ejemplo: «el guardador que convive con el guardado en un chalet de propiedad de éste construye una pista de tenis, deporte del que es practicante y le conviene entrenar asiduamente, que redundará en utilidad (económica) del guardado por las circunstancias de la construcción y el valor que añade a la vivienda, pese a que no se ha tenido en cuenta el interés de este guardado que, por circunstancias físicas no puede hacer deporte, y a que, además, no se podían prever en el momento de la inversión las consecuencias favorables de la misma. Resulta duro dejar desprotegido el claro interés del menor o presunto incapaz en tales casos». Para dar solución al tema, continúa el autor, la

acto realizado por el guardador se debe valorar «con independencia de que al realizarlo se haya tenido en cuenta o no el interés. En este sentido, un acto realizado pensando en el propio interés del guardador con absoluta indiferencia de lo que sea mejor para el sometido, pero que resulta beneficioso a éste, procedería mantener la validez del mismo y, contrariamente, el realizado pensando en el interés del guardado, pero que no es útil, debería impugnarse»²⁵¹. Análogamente, LEÑA FERNÁNDEZ entiende que el interés del guardado alude a «una circunstancia que está dentro del ámbito meramente subjetivo del guardador; es decir, estamos ante una motivación subjetiva del acto realizado (...). Al ser una motivación subjetiva resulta imposible la prueba de su existencia o no existencia. Por contra, si a esta circunstancia se le quiere dar, como parece más razonable, una significación objetiva, quedará subsumida en la segunda de las circunstancias exigidas, entendiéndose que es de interés para el guardado lo que redunde en utilidad del mismo»²⁵².

Por otro lado, para algunos autores, el término «en interés» no debe entenderse como un juicio de intenciones, sino que el acto realizado por el guardador se haya hecho en representación del menor o del incapaz no incapacitado (sentido objetivo), aunque el guardador actúe en ejercicio de una representación que no ostenta²⁵³. Lo importante es el interés objetivamente ajeno que se gestiona y no la mera apariencia instrumental de la operación; por ello, el artículo 304 del Código Civil es aplicable tanto a la actuación del guardador de hecho en nombre propio como en nombre ajeno. Incluso a través de hechos inequívocos, que aunque no es un medio directo de exteriorización del sentir de las partes implicadas, se puede dar a

solución vendría dada por el reconocimiento de que el guardado pueda oponerse a la validez del acto por quien pretenda dicha validez al amparo del artículo 304. Por tanto, se reconoce la inimpugnabilidad si el acto resulta útil para el guardado, pero nada obsta a que éste pueda oponerse a su validez como una forma de renuncia, recogida en el artículo 6.2 del Código Civil («El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pp. 328-329). Comparten esta postura, JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, «Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés», *op. cit.*, p. 644; ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, pp. 104-105 y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Capítulo 43. Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)», *op. cit.*, p. 445.

²⁵¹ «La guarda de hecho», *op. cit.*, pp. 439-440.

²⁵² «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *op. cit.*, pp. 215-216.

²⁵³ *Vid.* SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José María, «La institución tutelar», *op. cit.*, p. 580; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 790 y DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 271.

conocer el interés mostrando una *contemplatio domini* tácita por hechos concluyentes. En este caso, el tercero es consciente de que el objeto del negocio versa sobre cosas propias del guardado, haciéndose patente que los efectos del mismo se desplegarán en la esfera jurídica de éste²⁵⁴.

En mi opinión, independientemente que los actos sean en nombre propio o ajeno, actuar en interés del guardado significa intentar que los efectos jurídicos de la acción del guardador de hecho se produzcan, directa o indirectamente, en la esfera jurídica de aquél.

2. La utilidad de los actos para el guardado

Según el artículo 304 del Código Civil, los actos desarrollados por el guardador de hecho, además de ser efectuados en interés del guardado, deben reportarle utilidad.

La valoración de lo que es útil o beneficioso para el guardado resulta ser problemática. No se esclarece si es objetiva o subjetiva, netamente patrimonial o también personal, global o parcial, de efectos inmediatos o graduales. Por esta razón, algún autor ha cuestionado que la utilidad se haya constituido en límite de la impugnabilidad²⁵⁵.

Una parte de la doctrina la entiende en sentido objetivo. Basta que el acto genere un beneficio para que sea inimpugnable, sin importar las intenciones o el querer del guardador de hecho²⁵⁶. Atender únicamente a la intencionalidad para mantener o no la eficacia de un acto resulta poco seguro. Como criterio objetivo, se debe entender todo lo que con arreglo a un criterio razonable de una persona media puede considerarse útil o no, prescindiendo de las valoraciones subjetivas personales de quien impugna el acto (es útil objetivamente haber adquirido una vivienda en la que ha residido el incapaz y que además se ha revalorizado, aunque subjetivamente

²⁵⁴ Cfr. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 166.

²⁵⁵ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 790.

²⁵⁶ *Vid.* NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen, «La guarda de hecho», *op. cit.*, p. 440; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 54; ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «Capítulo Segundo. Capacidad e incapacidad en el derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental», *op. cit.*, p. 194 y JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, «Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés», *op. cit.*, pp. 644-645.

se pueda considerar que hubiera sido mejor comprar un apartamento en la playa). En lo personal, lo objetivo será atenerse al entender y querer del afectado, mientras que en lo patrimonial el criterio es el de la mera ventaja obtenida²⁵⁷. Para LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, si un acto no redunde en una utilidad objetiva puede impugnarse²⁵⁸. Por su parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, matizando esta postura, cree que para saber si un acto es útil o no lo mejor es mirar el caso particular, incluidos los aspectos personales²⁵⁹.

Según otros autores, para comprobar la utilidad del acto, también interesa el aspecto subjetivo, porque sucede con frecuencia que lo que puede ser útil para algunos, no lo es para otros²⁶⁰.

Respecto a la patrimonialidad, MORENO QUESADA defiende que el acto no solo se debe valorar desde lo económico, porque la reducción de la «utilidad» al aspecto patrimonial del guardado «es una limitación del beneficio que no encuentra base en el artículo 304, y que pueden darse casos de actos que redunden en utilidad del menor (o presunto incapaz) y que no tengan repercusión –al menos directa o inmediata e incluso indirecta o mediata– en el patrimonio (...)»²⁶¹. No obstante, para

²⁵⁷ Cfr. MARTÍNEZ DÍE, Rafael, «La protección del incapaz», *op. cit.*, p. 608. Según DE PABLO CONTRERAS, «para valorar la utilidad para el menor o incapaz de los actos de disposición resulta más que orientativo el contenido personal de la patria potestad (art. 154.1º CC) y de la tutela (art. 269.1º a 3º) a los que la guarda de hecho viene a sustituir» [«Capítulo 43. Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)», *op. cit.*, p. 445].

²⁵⁸ *Vid. El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines, op. cit.*, p. 164.

²⁵⁹ Cfr. «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 791. En términos similares, FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad, op. cit.*, p. 54.

²⁶⁰ *Vid. CANO TELLO, Celestino, La nueva regulación de la tutela e instituciones afines: Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983, op. cit.*, p. 147; LETE DEL RÍO, Manuel, «Comentarios a los artículos 199-332», *op. cit.*, p. 491 y ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia, op. cit.*, p. 1332.

²⁶¹ «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, p. 330. De forma similar, PARRA LUCÁN, María Ángeles, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 2497; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 791; SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, p. 307; HEREDIA PUENTE, Mercedes y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces», *op. cit.*, p. 2092; ROGEL VIDE, Carlos, «Comentario a los artículos 303 a 306», *op. cit.*, p. 867 y SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José María, «La institución tutelar», *op. cit.*, p. 580.

LEÑA FERNÁNDEZ, la utilidad que predica el artículo 304 solo se puede tener en cuenta respecto de los actos de contenido patrimonial²⁶².

En cuanto a la apreciación global o parcial de la utilidad del acto, la posición de la doctrina es unánime: habrá que valorar su utilidad total²⁶³. Este criterio de globalidad abarca dos sentidos: de un lado, que el acto se haya completado, porque si el resultado pende no se puede impugnar²⁶⁴; y de otro, la exclusión de aceptar la utilidad de una parte del acto y rechazar otra, «en el caso de que se estimara que solo una parte de la actuación había producido los efectos favorables: significa ello el rechazo de una impugnación parcial (...)»²⁶⁵.

En relación al momento de apreciar la utilidad, ésta debe ser inmediata (cuando el acto se ha realizado)²⁶⁶; aunque de las circunstancias puede suceder que

²⁶² Cfr. «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *op. cit.*, p. 216. Para ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, el derecho impone como *conditio sine qua non* de la validez del acto del guardador no solo la intención de favorecer; sino además la producción de un efectivo favorecimiento traducido en ganancia económicamente evaluable o en la evitación de un perjuicio de la misma naturaleza (cfr. «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», *op. cit.*, p. 260). En idéntico sentido, *vid.* ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, *op. cit.*, p. 612 y MARTÍNEZ DÍE, Rafael, «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», *op. cit.*, p. 36.

²⁶³ *Vid.* NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen, «La guarda de hecho», *op. cit.*, p. 441; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, *op. cit.*, p. 164; LETE DEL RÍO, Manuel, «Comentarios a los artículos 199-332», *op. cit.*, p. 491; MORENO QUESADA, Bernardo, «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, p. 32; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 791; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 54; ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 109 y PARRA LUCÁN, María Ángeles, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), Dykinson, Madrid, 2013, p. 241.

²⁶⁴ Para NÚÑEZ MUÑIZ, «en caso de que el acto no se haya completado aún, lógicamente no se podrá determinar el resultado, por lo que estando éste pendiente habrá que esperar para ver cuál es y mientras tanto no podrá ser objeto de impugnación» («La guarda de hecho», *op. cit.*, p. 441).

²⁶⁵ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 334 y LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, *op. cit.*, p. 72.

²⁶⁶ Con un ejemplo, PARRA LUCÁN, nos explica esta postura: «fue útil para el incapacitado adquirir la vivienda, por mucho que con el paso del tiempo el piso no se haya revalorizado, o las acciones hayan disminuido su valor, etc.» («La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 2497). En contra, LECIÑENA IBARRA, no cree «que una interpretación del art. 304 CC permita reconocer la validez del negocio admitiendo la simple utilidad inicial derivada de haber sido emprendida con una correcta diligencia. Resultaría gravoso que tuviera que ser el guardado que no ha intervenido en nada el que asumiera las consecuencias desfavorables de una gestión que aunque inicialmente útil las circunstancias posteriores a su realización la han privado de esa utilidad (...). El riesgo debe ser asumido por el guardador quien debe compensar la falta de legitimación con un resultado provechoso para el guardado, lo que sin duda actuará de poderoso acicate habida cuenta de la

un acto en principio no útil pueda convertirse en tal, situación que impediría su impugnación²⁶⁷. Hay que recordar que, la acción de anulabilidad tiene un plazo de ejercicio y durante éste las circunstancias pueden cambiar²⁶⁸.

La utilidad, al ser una situación de hecho, tendrá que ser valorada en el proceso. Según LEÑA FERNÁNDEZ (al referirse a los actos patrimoniales), ésta «puede ponerse de manifiesto, mediante el correspondiente informe o dictamen de un profesional de la materia en que se dictamine la normalidad de la contraprestación obtenida o del precio o interés pagado, en su caso, así como de las condiciones pactadas y de la conveniencia del destino que se pretende dar a lo obtenido (...)»²⁶⁹. Sin embargo, junto con LECIÑENA IBARRA, creo que existen circunstancias que su sola presencia salva la validez de los actos sin necesidad de un juicio de utilidad²⁷⁰. Primero, cuando el guardador de hecho haya realizado una obligación legal; y, segundo, si los actos tienden a evitar perjuicios inminentes por sí mismos²⁷¹, que de no llevarlos a cabo pueden calificarse de conducta negligente²⁷².

En resumen, la utilidad debe ser enjuiciada en el momento que se realiza el acto, con arreglo a un criterio objetivo, prescindiendo del ámbito subjetivo del guardador. Se ha de buscar el beneficio global del menor o del incapaz no incapacitado; por tanto, no cabe plantear una valoración fraccionada de la utilidad. Por último, el beneficio debe darse de acuerdo con la naturaleza del acto y la previsibilidad de sus consecuencias. En todo caso, el juzgador es el responsable de determinar la utilidad del acto, atendiendo los diferentes matices de la realidad.

responsabilidad que la falta del mismo le pueda deparar» (*La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, pp. 172-173). En términos similares, para PASQUAU LIAÑO, la determinación de la utilidad es el momento de la impugnación del acto (*La gestión de negocios ajenos*, Montecorvo, Madrid, 2002, p. 71) y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Capítulo 43. Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)», *op. cit.*, p. 445.

²⁶⁷ *Id.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 791 y HEREDIA PUENTE, Mercedes y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces», *op. cit.*, p. 2092.

²⁶⁸ Cfr. CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines: Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, *op. cit.*, p. 148.

²⁶⁹ «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *op. cit.*, p. 217.

²⁷⁰ Cfr. *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, pp. 173-174.

²⁷¹ Cfr. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», *op. cit.*, p. 274.

²⁷² La SAP Guadalajara de 24 de julio de 2007 condena al guardador de hecho, por no hacer las reparaciones en la pared de la casa que evitasen su ruina.

C. La impugnación de los actos realizados por el guardador de hecho

1. El régimen de la anulabilidad de los actos realizados por el guardador de hecho

Para cuestionar la utilidad del acto realizado por el guardador de hecho, alguna parte de la doctrina señala que se puede rescindir dentro del plazo legal de cuatro años, porque su fundamento es el perjuicio causado al menor o al incapaz no incapacitado²⁷³. Para otros, el régimen aplicable es la nulidad, porque se infringe una norma de pleno derecho cuando el guardador realiza actos sin autorización judicial (cfr. artículos 6.3, 166 y 271 del Código Civil)²⁷⁴. Igualmente, si el guardador de hecho carece de poder de representación y no ha habido ratificación posterior, el acto es nulo (cfr. artículo 1259 del Código Civil)²⁷⁵. Asimismo, se sanciona con nulidad el

²⁷³ Vid. CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, op. cit., p. 147 y SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 305. En contra se muestra ROGEL VIDE, sobre la base del sistema de *numerus clausus* que establece el art. 1293 del Código Civil. De modo que solo son rescindibles los supuestos establecidos en el artículo 1291 (cfr. *La guarda de hecho*, op. cit., p. 108). Comparte esta postura, LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», op. cit., p. 213. LECIÑENA IBARRA agrega que no se trata de una rescisión, porque ésta parte de un contrato regularmente formado, que por ello debe reputarse válido, pero por el que una de las partes resulta inicua y lesionada (cfr. *La guarda de hecho de las personas mayores*, op. cit., p. 182).

²⁷⁴ Vid. Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 271; PIÑAR LÓPEZ, Blas, «La Tutela: principios y órganos», op. cit., p. 215; GUILARTE ZAPATERO, Vicente, «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales (I) y (II)», *Actualidad Civil*, Núm. 29 y 30, 1992, p. 470; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 392 y JORDANO FRAGA, Francisco, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1988, pp. 321-324. También acepta esta postura RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO; aunque con algunos matices. Para este autor, los actos que exceden el ámbito del art. 304 quedan sujetos al régimen del art. 1259.2 CC, es decir, serán nulos; aunque susceptible de ser ratificados por quien tenga posteriormente la representación legal. A su juicio, la doctrina ha desarrollado otra categoría, la del negocio con eficacia relativa en el cual se engloba el realizado sin poder suficiente (cfr. «La guarda de hecho. Personas mayores, vida independiente y soluciones jurídicas», op. cit.).

²⁷⁵ Según DE PABLO CONTRERAS, el artículo 1259 del Código Civil es ajustable a todos los supuestos de actuación con falta de legitimación, sea ésta voluntaria o legal. En consecuencia, antes de la ratificación el acto debe considerarse incompleto, imperfecto o en vías de ratificación; y, tras ella, queda perfeccionado y adquiere toda su eficacia. Estaría legitimado para ratificarlo de forma expresa el ulterior representante legal y la persona con incapacidad mientras no sea incapacitada. El tercero necesitaría revocar antes de la ratificación, para quedar libre y desvinculado de lo convenido con el guardador de hecho (cfr. «Capítulo 43. Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)», op. cit., pp. 445-446). En términos similares, vid. RUIZ RICO-RUIZ, José Manuel y GARCÍA ALGUACIL, María José, *La representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa*, Aranzadi,

acto que no cuente con el consentimiento de una de las partes (elemento esencial del negocio jurídico). Además, sujetar la acción a un plazo, como se hace en la anulabilidad, puede resultar muy perjudicial para el incapaz no incapacitado²⁷⁶. Esta postura, también ha sido defendida por la jurisprudencia del Alto Tribunal²⁷⁷.

La doctrina mayoritaria se muestra a favor de la anulabilidad²⁷⁸, porque, respetando los antecedentes del artículo, esta solución ya se venía ofreciendo

Pamplona, 2004, p. 138; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José María y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Fernando, «Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 65, 1981, pp. 890-891 y O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 319.

²⁷⁶ Vid. TORRALBA SORIANO, Vicente, «La llamada incapacidad natural», AA.VV., *Libro homenaje al Profesor Luis Martín-Ballester*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, 1983, p. 572.

²⁷⁷ Vid. STS de 9 de diciembre de 1953; STS de 25 de junio de 1959; STS de 28 de mayo de 1965; STS de 14 de marzo de 1983; STS de 2 de junio de 1989 y STS de 6 de noviembre de 2013.

²⁷⁸ Vid. ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 108; LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *op. cit.*, p. 213; MONDÉJAR PEÑA, María Isabel, «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2077; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 790; GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 269-270; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 178 y ss.; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «Aproximación a la institución de guarda de hecho», *op. cit.*, p. 2862; ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Comentario al artículo 303 del Código civil», *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 478; DÍAZ ALABART, Silvia, «Capítulo II. El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda recogidas en el Código civil», *op. cit.*, p. 76; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 90; SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, pp. 298-299; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Representación sin poder y ratificación*, Civitas, Pamplona, 2013, p. 277 y DE SALAS MURILLO, Sofía, «La opción por la nulidad o anulabilidad en la protección del incapaz y de los que con él contratan», *Nul*, 2006, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=204>, (consulta: 9 de febrero de 2016). En derecho francés se ha afirmado que «la ausencia de consentimiento llama a una nulidad relativa ya que constituye una medida de protección de la persona». Una nulidad susceptible de confirmación y sometida a plazo quinquenal (cfr. FAVIER, Yann, «Sauvegarde de justice», *Civil Code art. 433 à 439*, fasc. 22, LexisNexis, Paris, 2009). En contra, LECIÑENA IBARRA para quien el supuesto de hecho recogido en el art. 304 CC «se compadece mal con la eficacia claudicante y precaria del contrato anulable». Sus razones son: «que la legitimación para la impugnación de los actos a que se refiere el art. 304 CC se aleja del régimen de la anulabilidad, encontrando difícil encaje en el mismo. El art. 1300 CC es totalmente claro en el extremo de que el legitimado puede tomar la iniciativa para anular aunque no haya lesión; *a sensu contrario*, aunque haya ventaja o utilidad basta que se solicite la declaración de nulidad para que el juez deba reconocerla, aunque una valoración objetiva de las circunstancias aconsejase conservar el negocio. Por el contrario, en el marco del art. 304 CC, no basta acreditar la actuación del guardador de hecho sin atribuciones representativas del guardado para que la acción de impugnación prospere sino además es necesario la apreciación objetiva de la falta de utilidad del contrato para conseguir ese resultado» (*La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 180). Para DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN, se trata de una ineficacia por falta de consentimiento que «es

respecto a los actos de conservación (cfr. artículo 310 del Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil dirigido por DÍEZ-PICAZO). Además, defiende mejor los intereses del menor o del incapaz no incapacitado por la posibilidad de convalidación (situación excluida en el caso de la nulidad)²⁷⁹.

Según MANRESA Y NAVARRO, refiriéndose a la tutela pero trasladable a la guarda de hecho, es importante que exista la posibilidad de convalidación del acto realizado por el guardador, porque tal vez posteriormente no exista otra ocasión para celebrar el acto y obtener el beneficio. En sus términos, este autor refiere «¿serán nulos los actos celebrados por el tutor contraviniendo este artículo? (se refiere al antiguo artículo 234 que establecía que el tutor no podía comenzar el ejercicio de la tutela si no se había nombrado protutor). Parece ser que sí, y teniendo en cuenta el artículo 4 del Código civil, que declara nulos todos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, así deben calificarse. Pero los tratadistas sostienen, en beneficio del tutelado, otra doctrina en la que se aprecian las condiciones particulares de cada acto: así los que puede ejercer el tutor sin la intervención del protutor se tendrán por válidos en cuanto favorezcan al sujeto a tutela. En rigor, la teoría puede formularse diciendo que se consideran válidos todos los actos del tutor ejecutados en aquellas condiciones, si son ventajosos para el menor o incapacitado, porque cargando el tutor con toda la responsabilidad de los daños que sufriera aquél (...), todas las garantías parecen cubiertas y no hay para qué anular los actos que a veces no podrán repetirse y que habrían traído quizá beneficio para el tutelado»²⁸⁰.

Del mismo modo, se defiende el régimen de la anulabilidad, porque «la impugnación se plantea como una posibilidad y ello casa mal con el ejercicio de una acción de nulidad, que siendo una acción declarativa, no hace sino conducir a la declaración judicial de una situación preexistente»²⁸¹. También, porque, en otro caso,

difícil de armonizar con el resto del sistema» (*Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica, op. cit.*, p. 54).

²⁷⁹ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 790; PARRA LUCÁN, María Ángeles, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 2496 y ORTEGA PARDO, Gregorio, «La tutela de hecho», *op. cit.*, pp. 99-100.

²⁸⁰ *Comentarios al Código Civil Español*, t. II, Reus, Madrid, 1914, p. 267.

²⁸¹ ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho, op. cit.*, p. 108. LECIÑENA IBARRA, tiene una postura contraria. Para esta autora, «la acción para declarar nulo el acto celebrado por el guardador sin consentimiento del guardado ha de ser declarativa porque al faltar dicho elemento esencial (se refiere a la utilidad), el negocio hasta entonces está en fase de formación, no se ha completado y por tanto no existe desde el principio. Estamos ante un

no existiría diferencia entre el contrato realizado en nombre del incapaz por el guardador de hecho o por un extraño. Si la impugnación de los actos y negocios jurídicos celebrados por quien dice ser guardador de hecho se basa en la falta de realidad de esa afirmación, el régimen aplicable será la nulidad²⁸²; en cambio, si la impugnación se fundamenta en la falta de utilidad del acto por quien era efectivamente su guardador de hecho, el cauce adecuado será la anulación²⁸³. Asimismo, porque en el régimen general de la anulabilidad, no es necesario demostrar que el acto ha resultado perjudicial para el menor o incapacitado. Basta con que no sea útil para que sea impugnado²⁸⁴. El Tribunal Supremo, también ha

contrato ineficaz antes de ser anulado y la sentencia que así lo declare habrá que reconocerle efectos declarativos» (*La guarda de hecho de las personas mayores, op. cit.*, p. 181). Por su parte, según CLAVERÍA GOSÁLBEZ más que «plantearnos si el contrato anulable es o no válido y eficaz, conviene indagar casuísticamente qué efectos produce y si tiene sentido hablar de un cometido constitutivo de la sentencia de anulación a la vista de que el juez, si el legitimado se lo pide y se prueban los hechos que provocan la anulabilidad, no puede negarse a anular, siendo por ello, difícil sostener que la persona protegida por la anulabilidad esté obligada por el contrato anulable». Para este autor, «el contrato anulable es ya ineficaz e inválido antes de su anulación» («Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», *op. cit.*, p. 73). Que el contrato tenga esta calificación ha sido sostenido también por DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica, op. cit.*, p. 56.

²⁸² Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «si el presunto incapaz resulta ser capaz, en realidad nos encontramos en un supuesto del artículo 1259», pero si de las circunstancias se observa que ha existido un mandato tácito de parte del *dominus negotii*, no podrá impugnar el acto (cfr. «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 790). No obstante, según LETE DEL RÍO, el presunto incapaz, que posteriormente no fue incapacitado (creo que se refiere al sujeto capaz) no tiene opción para impugnar el acto porque consintió la actividad y además porque existía un mandato tácito (cfr. «Comentarios a los artículos 199-332», *op. cit.*, p. 492).

²⁸³ De acuerdo con LEÑA FERNÁNDEZ, si no se opta por la acción de anulabilidad «¿Qué representaría si no el reconocimiento legal de la figura? Es decir, ¿qué diferencia existiría, de no ser así, entre la impugnación de los actos realizados en nombre del presunto incapaz por un tercero que no fuese su guardador de hecho y los realizados por éste si a los dos se les aplica por igual la misma acción de nulidad absoluta por aplicación del artículo 1259 Cc.?». Respecto a este razonamiento distingue dos supuestos: 1. Impugnación del acto o negocio celebrado por quien dice ser guardador de hecho sin serlo en realidad mediante la nulidad. 2. Impugnación del acto o negocio realizado por un verdadero guardador de hecho basado en el perjuicio causado al guardado, a través de la acción de anulabilidad (cfr. «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *op. cit.*, p. 213).

²⁸⁴ LEÑA FERNÁNDEZ opina diferente. Considera que convirtiendo en afirmativa la frase negativa del art. 304 («no podrán ser impugnados si redundan en utilidad del menor o presunto incapaz»), solo podrán ser impugnados los actos que ocasionen un perjuicio al guardado (cfr. «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *op. cit.*, p. 214). Parece compartir esta tesis, DE PABLO CONTRERAS quien al explicar la expresión *redundan en su utilidad* dice: «esto es, que no le empobrezcan, ni perjudiquen al valor de su patrimonio o que esto resulte de haberse destinado los recursos obtenidos con la realización de valor de un bien a su educación, formación profesional o al pago de otros servicios prestados para su atención y asistencia o para promover su desarrollo personal» [«Capítulo 43. Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)», *op. cit.*, p. 445].

defendido la anulabilidad como régimen de impugnabilidad en las sentencias de 30 de marzo de 1987 y 21 de mayo de 1984.

El legislador aragonés opta por considerar anulables los actos de administración de bienes realizados por el guardador de hecho que no sean necesarios (cfr. artículo 159.3 del Código del Derecho Foral de Aragón). Por su parte, en Cataluña, si bien no se ha establecido nada en el ámbito legislativo, la doctrina también se ha inclinado por considerar anulables los actos del guardador, bien por analogía con lo dispuesto en el artículo 222-46 del Código Civil de Cataluña²⁸⁵, bien por aplicación supletoria del artículo 304 del Código Civil²⁸⁶.

2. Acción de impugnación de los actos de injerencia del guardador de hecho

La legitimación activa de esta acción le corresponde al menor o al incapaz no incapacitado [en un plazo de cuatro años (cfr. artículo 1301 del Código Civil) que comenzará a contar desde que el menor alcance la mayoría de edad o sea emancipado, o desde que el incapaz no incapacitado, en el caso poco probable, supere la enfermedad o la deficiencia que le impedía gobernarse por sí mismo²⁸⁷]²⁸⁸.

²⁸⁵ Art. 222-46 CCC: «1. Los actos hechos por el tutor, o por el administrador patrimonial, sin autorización judicial, cuando sea necesaria, son anulables a instancia del nuevo tutor o, en su defecto, de las personas legalmente obligadas a constituir la tutela y del propio tutelado, en este último caso en el plazo de cuatro años a partir del momento en que salga de la tutela. También pueden impugnarlos los herederos del tutelado en el plazo de cuatro años a partir del fallecimiento de este, o en el tiempo que quede para completarlo si ha comenzado a correr con anterioridad. 2. Los actos del apoderado nombrado de acuerdo con el artículo 222-2.1 realizados sin autorización judicial son anulables a instancia del tutor, después de haber constituido la tutela, y a instancia del poderdante en el plazo de cuatro años a partir del momento en que tiene lugar el acto, si el tutelado tiene suficiente capacidad, o a partir del momento en que este sale de la tutela. También pueden impugnarlos los herederos del poderdante en el plazo de cuatro años a partir de su fallecimiento, o en el tiempo que quede para completarlo si ha comenzado a correr con anterioridad».

²⁸⁶ Vid. BOSCH CAPDEVILLA, Esteve, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro y VAQUER ALOY, Antoni, *Las instituciones de protección de la persona en el dret civil de Catalunya*, op. cit.

²⁸⁷ Vid. GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, op. cit., pp. 252-253 y GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, op. cit., p. 200.

²⁸⁸ En contra, LECIÑENA IBARRA quien al manifestar que no existe vínculo contractual (porque lo celebrado por el guardador es nulo), el plazo para la impugnación no prescribe. Para esta autora, «no puede sostenerse que la impugnación tenga que interponerse en el plazo de cuatro años entendiendo que no está sometida a plazo alguna de caducidad. (STS núm. 687/2013, 6 de noviembre 2013, RJ 2013, 7261)» (*La guarda de hecho de las personas mayores*, op. cit., p. 186). Por otro lado, existen ciertos reparos en aplicar el plazo del art. 1301 CC al caso de los incapaces no incapacitados, porque la norma no se refiere a ellos, solo alude a «menores o incapacitados, desde que salieren de la tutela». Sin embargo, algunos consideran que esta expresión no es un límite; primero, porque el término incapacitado no está utilizado en sentido técnico y estricto; y segundo, porque, en el caso de menores, el momento a partir de cuándo se cuenta el plazo puede ser otro (distinto al de salir de la tutela): la mayoría de edad

Al guardador legal, previa autorización judicial *ex* artículo 271.6 del Código Civil²⁸⁹, desde que, declarándose cesada la guarda, quede constituida la tutela o la curatela²⁹⁰ o, sea nombrado, en su caso, un defensor judicial. Y a los herederos a partir del fallecimiento del guardado²⁹¹, en ambos casos siempre que no hubiese transcurrido el plazo de prescripción anterior. Igualmente, estos sujetos podrán alegar falta de utilidad vía excepción para oponerse a una demanda de cumplimiento por parte del tercero que contrató con el guardador de hecho²⁹².

En ausencia de los anteriores, el Ministerio Fiscal en cumplimiento de su deber constitucional, está obligado a intervenir cuestionando los actos realizados por el guardador de hecho²⁹³.

La acción de anulabilidad no podrá ser ejercida por el tercero que contrató con el guardador (cfr. artículo 1302 del Código Civil)²⁹⁴. En opinión de DE SALAS MURILLO, «(...) las pretendidas ventajas de la ampliación de la legitimación aducidas por los partidarios de la nulidad absoluta, deben contrapesarse precisamente con la posibilidad, más bien peligrosa, de que también a la contraparte capaz le alcance la legitimación para impugnar. Las personas a quien se legitima en el caso de la anulabilidad parece que, por definición, van a defender los intereses del incapaz; el resto, que podría tener esta oportunidad de optarse por la nulidad, *debería* identificar sus intereses con los del incapaz, aunque solo sea para cumplir el mandato constitucional de especial protección de los disminuidos físicos, sensoriales y

o la emancipación, por ejemplo (cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, *op. cit.*, p. 142).

289

Vid. LETE DEL RÍO, Manuel, «Comentarios a los artículos 199-332», *op. cit.*, p. 492.

290

Como ejemplo, *vid.* la SAP Valladolid de 1 de febrero de 2005, en donde la demanda es interpuesta por la tutora de la incapacitada, impugnando el acto de rescate de un plan de pensiones realizado por su hermana, en ese momento guardadora de hecho de la incapacitada. El demandado fue el Banco donde se tenía el plan de pensiones.

291

No creo que le corresponda legitimación activa al guardador de hecho porque ni el art. 1259, ni el art. 304 del CC protegen al que desarrolló actividades representativas sin estar legitimado para ello.

292

Cfr. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, p. 183.

293

Cfr. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «Aproximación a la guarda de hecho como mecanismo de cierre del sistema de protección de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 212. En Derecho francés, la legitimación para el ejercicio de acción rescisoria solo cabe reconocérsela a la persona protegida y a sus herederos. Tras la Ley de 5 de marzo, el Ministerio Fiscal no la puede ejercer (cfr. MOLIN, Oliver, *Les tutelles. La protection juridique des majeurs*, *op. cit.*, p. 83).

294

Cfr. PARRA LUCÁN, María Ángeles, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 2496.

psíquicos del art. 49 CE. No cabe duda de que prescindir de los intereses de aquél en beneficio del contratante capaz, parece ir en contra de dicho mandato»²⁹⁵.

La legitimación pasiva, la ostentará el guardador de hecho; los herederos de éste y el tercero, que deberán probar que el acto resultó útil para el guardado.

Con arreglo a las reglas generales sobre carga de la prueba y facilidad probatoria (cfr. artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), quien impugna debe probar que el acto no redundó en utilidad del guardado, sin que esto impida una contradicción por quien sostenga la validez del acto impugnado. No obstante, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO razona que en estos casos conviene la inversión de la carga de la prueba porque resulta más favorable para el menor o presunto incapaz. Para este autor, el régimen del artículo 304 constituye una excepción frente al régimen general de la anulabilidad y como excepción puede ser tratada también a efectos probatorios²⁹⁶. Del mismo modo, según DE COUTO GÁLVEZ, no se puede partir de una validez de todos los actos del guardador cuando no dejan de enmarcarse en una simple situación de hecho, cosa que llevaría al absurdo de admitir la eficacia de unas conductas que no están sometidas a derecho, y a hacer recaer la carga probatoria sobre la persona que quisiera impugnar el acto sobre la base de su inutilidad²⁹⁷.

En mi opinión, no parece favorable a los sujetos que se pretende proteger la imposición de probar la falta de utilidad de lo actuado. Este razonamiento no es extraño a los pronunciamientos judiciales. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 1 de febrero de 2005 estableció que «(...) es una cuestión de hecho que habrá de ser objeto de prueba en el proceso a cargo de quien mantiene la validez del acto impugnado y sobre la cual ha de pronunciarse el Juez (...)».

Si prosperase la acción de anulabilidad, la doctrina mayoritaria entiende que ésta será oponible a terceros. Según ORTEGA PARDO, «respecto a los terceros, cuando el acto se anule no podrán invocar su buena fe para evitarlo, ni siquiera cuando ésta

²⁹⁵ «La opción por la nulidad o anulabilidad en la protección del incapaz y de los que con él contratan», *op. cit.* SERNA MEROÑO opina lo contrario [*vid.* «Artículo 1259», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Artículos 1254 a 1260*, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (Dirs.), t. XVII, vol. 1 A, Edersa, Madrid, 1993, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-1-259-262376> (consulta: 16 de diciembre de 2015)].

²⁹⁶ Cfr. «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, p. 791.

²⁹⁷ Cfr. «Comentario a los artículos 286 a 306», *op. cit.*, p. 2085. En contra, *vid.* LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *op. cit.*, p. 214.

esté respaldada por la apariencia legal que da la inscripción del nombramiento en el Registro de Tutelas. Y esto no es atentatorio al tráfico jurídico ni a la buena fe, principios de los que se suele echar mano para justificar una serie de situaciones que de otra forma carecerían de fundamento. Existe un interés superior a todos éstos, *el interés del menor*, al que los otros deben ser sacrificados. La buena fe del tercero podrá a lo sumo, como dice SUMIEN, producir ciertos efectos respecto a la adquisición de frutos y prescripción, pero nada más. Y, desde luego, tendrá derecho el tercero a pedir al tutor de hecho una indemnización por los daños y perjuicios que aquél le causase»²⁹⁸. Con el mismo fundamento, PARRA LUCÁN advierte que, como el tercero no puede controlar el destino de la prestación entregada al guardador de hecho, es parte de su diligencia tomar las debidas precauciones a la hora de contratar con el guardador, porque la situación del guardado queda protegida por el régimen de impugnación de actos que no le hayan resultado útiles²⁹⁹.

No obstante, el tercero, siempre que sea de buena fe³⁰⁰, tiene, *ex artículo 1257 del Código Civil*³⁰¹, la posibilidad de reclamar a la persona con quien contrató una indemnización de daños y perjuicios³⁰². Esta indemnización pretendería situarlo en la misma situación patrimonial en que se encontraría si no hubiera emprendido la contratación con el guardador: daño emergente (suma correspondiente a la

²⁹⁸ «La tutela de hecho», *op. cit.*, p. 108.

²⁹⁹ Por este razonamiento se desincentiva la relación con los guardadores de hecho (cfr. «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 2497).

³⁰⁰ Según BADENAS CARPIO, la responsabilidad del falso representante nace de la ocultación al tercero de la carencia o insuficiencia de sus poderes (cfr. *Apoderamiento y representación voluntaria*, *op. cit.*, p. 209). Por ello, para LECIÑENA IBARRA, «si el tercero conocía de la falta de consentimiento del guardado y pese a ello negoció con el guardador de hecho, poco puede reclamar al ser consciente del peligro contractual que corría derivado de la falta de legitimación. No hay protección de la confianza porque en nada razonablemente se debía confiar cuando asumió el riesgo que tal actuación presentaba» (*La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 190).

³⁰¹ Art. 1257 CC: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada».

³⁰² Reconoce esta indemnización LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, «El tráfico jurídico negocial del discapacitado», *op. cit.*, p. 215. Esta posibilidad ya había sido prevista en el Estudio dirigido por DIEZ-PICAZO en el art. 311, el cual establecía que «en caso de anulación de los actos realizados por el guardador de hecho, los terceros que hubiesen contratado con éste podrán exigir la restitución de las prestaciones realizadas al menor o incapaz, en la medida prevista en el artículo 1304 y subsidiariamente la indemnización por el guardador de hecho de los daños que la nulidad les ocasiona».

disminución patrimonial del tercero) y lucro cesante (beneficio que habría obtenido de haber actuado el guardador con la legitimación que aparentaba)³⁰³.

IV. LEGITIMACIÓN *EX LEGE* DEL GUARDADOR DE HECHO PARA ACTUAR EN EL TRÁFICO JURÍDICO

En los últimos tiempos han ido surgiendo leyes que, de alguna manera, le otorgan legitimación al guardador de hecho para actuar en favor del guardado. Esta coyuntura confirma, una vez más, la vocación de permanencia de la figura.

A. Información clínica y consentimiento informado

El 16 de mayo de 2003 entró en vigor 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 (LAP)³⁰⁴. Esta norma desarrolla cuestiones que la Ley General de Sanidad de 1986 (LGS) trataba de manera insuficiente: la información, el consentimiento o la historia clínica; recogiendo los criterios jurisprudenciales que sobre estas materias se han ido desarrollando desde la promulgación de la ley³⁰⁵. Afronta decididamente cuestiones esenciales atinentes a la relación clínico-asistencial en los artículos relativos a los derechos y deberes de los usuarios y pacientes³⁰⁶.

³⁰³ Cfr. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, op. cit., p. 191.

³⁰⁴ BOE Núm. 274 de 15 de Noviembre de 2002.

³⁰⁵ La Exposición de Motivos de la norma señala que la LAP «*completa las previsiones que la Ley General de Sanidad enunció como principios generales. En este sentido, refuerza y da un trato especial al derecho a la autonomía del paciente. En particular, merece mención especial la regulación sobre instrucciones previas que contempla, de acuerdo con el criterio establecido en el Convenio de Oviedo, los deseos del paciente expresados con anterioridad dentro del ámbito del consentimiento informado. Asimismo, la Ley trata con profundidad todo lo referente a la documentación clínica generada en los centros asistenciales, subrayando especialmente la consideración y la concreción de los derechos de los usuarios en este aspecto*».

³⁰⁶ Este planteamiento se contempla en la Exposición de Motivos, donde «*la importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales se pone de manifiesto al constatar el interés que han demostrado por los mismos casi todas las organizaciones internacionales con competencia en la materia*». En consecuencia, se «*mantiene el máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual, de un lado, y, del otro, declara que la organización sanitaria debe permitir garantizar la salud como derecho inalienable de la población mediante la estructura del Sistema Nacional de Salud, que debe asegurarse en condiciones de escrupuloso respeto a la intimidad personal y a la libertad individual del usuario, garantizando la confidencialidad de la información relacionada con los servicios sanitarios que se prestan y sin ningún tipo de discriminación*». En fin, el objetivo es «*ofrecer en el terreno de la información y la documentación clínicas las*

Según el artículo 2 de la Ley de Autonomía del Paciente, los principios básicos que deben orientar toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica son: 1. La dignidad de la persona humana y el respeto a la autonomía de su voluntad y de su intimidad. 2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes. 3. El consentimiento debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, tras la cual el enfermo tiene derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, incluida la negativa al tratamiento. 4. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no solo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

Para la Ley de 2002, la información, considerada como un proceso de relación verbal de intercambio entre el profesional sanitario y el paciente, forma parte de todas las intervenciones y constituye un deber más del personal de salud. El titular de este derecho es el paciente, y solo se comunicará a los familiares y personas vinculadas a él por razones de hecho, cuando aquél lo permita de modo expreso o tácito³⁰⁷.

En caso de incapacidad, se informará de manera adecuada a las posibilidades de comprensión del paciente, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.

En el supuesto de personas que no estén incapacitadas, pero que según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (cfr. artículo 5 de la Ley de Autonomía del Paciente)³⁰⁸. En estos casos creo, que el médico, al igual que en los incapacitados, debe informar de modo adecuado a las posibilidades de comprensión del incapaz no incapacitado. Sin embargo, si verifica que el paciente no

mismas garantías a todos los ciudadanos del Estado, fortaleciendo con ello el derecho a la protección de la salud que reconoce la Constitución».

³⁰⁷ Con esto se viene a superar el cuestionado carácter cumulativo que la redacción del derogado art. 10.5 LGS había permitido sostener.

³⁰⁸ Para que se incluyan en el ámbito de la guarda de hecho, deben ser incapacidades (transitorias o permanentes) que limiten el autogobierno.

está en condiciones de recibir la información la otorgará a los terceros que menciona la ley³⁰⁹.

De la expresión «*personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho*», resulta clara la referencia a los familiares (aunque se echa en falta que no se haya establecido el orden preferente en caso existan varios parientes³¹⁰). No sucede lo mismo para las personas unidas al paciente por razones de hecho. El legislador no menciona expresamente la legitimación del guardador de hecho. Existen dudas sobre si la locución se refiere éste o a la pareja de hecho³¹¹. Para alguna autora, opinión que comparto, la pareja no matrimonial está incluida en la categoría de los familiares³¹².

³⁰⁹ Así lo ha recogido el legislador de Castilla-La Mancha cuando en el art. 10.3 de la Ley 5/2010, de 24/06/2010, sobre derechos y deberes en materia de salud, establece: «*cuando, a criterio del médico responsable, el paciente carezca de capacidad para comprender la información o para hacerse cargo de su situación a causa de su estado físico o psíquico, se informará a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, sin perjuicio de la obligación de informar al paciente en la medida en que lo permita su grado de comprensión*».

³¹⁰ SANCHO GARGALLO sugiere que se siga el orden de delación de la tutela (cfr. art. 234 CC) (cfr. («Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado», Barcelona, 2004, http://www.indret.com/pdf/209_es.pdf (consulta: 17 de febrero de 2016)). En este punto, resulta mucho más acertado el art. 6.1.a) de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, del Consentimiento informado de Galicia, cuando señala que en el caso de familiares se dará preferencia al cónyuge o, en su caso, a quien tenga la condición legal de pareja de hecho y en su defecto, a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado a los que ejerzan de cuidadores o, a falta de estos, a los de mayor edad. El mismo criterio se utiliza en el art. 12.5 de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud de las Illes Balears: «*En el caso de incapacidad del paciente para tomar decisiones, el derecho sobre cualquier tipo de intervención que afecte a su salud corresponderá a los representantes legales que determine la sentencia de incapacidad. En el caso de inexistencia de declaración judicial, corresponderá a sus familiares, a su pareja y, subsidiariamente, a las personas cercanas a él*».

³¹¹ Para FERNÁNDEZ CAMPOS, la locución incide directamente en pareja no matrimonial (cfr. «El representante sanitario», *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (Dir.), La Ley, Madrid, 2011, p. 164).

³¹² Según LECIÑENA IBARRA, «que las partes rechacen integrarse en el marco legal del matrimonio no puede implicar que su convivencia deba ser ignorada, relevada a un segundo plano en pro de los familiares del paciente». Por este motivo, para la autora «la pareja de hecho del paciente, debidamente acreditada la relación, debe entenderse incluida dentro de la expresión utilizada por el legislador *personas vinculadas a él, por razones familiares* porque realmente lo son, ocupando idéntica posición que el cónyuge casado, sin que deba reconducirse a la mención legal de *personas vinculadas por razones de hecho*, que por ello (...) debe referirse a otras situaciones distintas de la unión de hecho» (*La guarda de hecho de las personas mayores, op. cit.*, pp. 93-94). De este modo, alguna Comunidad Autónoma incluye dentro de los parientes a la pareja no matrimonial. El art. 6.1.a) de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia: «*(...) en caso de familiares, se dará preferencia al cónyuge o, en su caso, a quien tenga la condición legal de pareja de hecho. En su defecto, a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado a los que ejerzan de cuidadores o, a falta de éstos, a los de mayor edad*».

Considero que dentro de la frase señalada, la ley contiene al guardador de hecho y lo legitima a recibir la información clínica de su guardado. En esta línea, el legislador catalán en el artículo 212-1.4 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil, establece: «*Si la persona se halla en un estado físico o psíquico que no le permite recibir la información o comprenderla, esta debe darse, de la forma establecida por la legislación para el ámbito sanitario, a la persona designada en el documento de voluntades anticipadas, al asistente legalmente designado, al representante legal, a la persona que tiene la guarda de hecho, a los familiares o a las personas que están vinculadas a ella, según proceda*». En términos semejantes, el artículo 9.3 de la Ley 6/2002, 15 de abril, de Salud de Aragón, recoge que «*Si el médico responsable de la asistencia considera que el paciente no se encuentra en condiciones de entender la información debido a su estado físico o psíquico, deberá ponerla en conocimiento de los familiares o de las personas allegadas que se responsabilicen del paciente*».

Otro derecho que recoge la ley es el consentimiento informado, exponente máximo de la autonomía personal y uno de los cuatro principios en los que se fundamenta la ética de la asistencia sanitaria o bioética. Este consentimiento implica tanto valores sociales como individuales y se define como «*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*» (artículo 3 de la Ley de Autonomía del Paciente).

La norma exige que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiera el previo consentimiento de los pacientes o usuarios, prestado después de recibir una información adecuada, debido a las implicaciones que tiene en los derechos fundamentales como la integridad física o la libertad³¹³. Sin embargo, a pesar su

³¹³ Para un estudio concienzudo de la consideración del consentimiento informado como ejercicio derivado del derecho a la integridad física, *vid.* GARCÍA LLERENA, Viviana, *Una concepción iusfundamental del consentimiento informado: La integridad física en investigación y medicina*, Junta General del Principado de Asturias, Gijón, 2012, pp. 84-85. Para esta autora, el consentimiento informado «es un derecho subjetivo que, bajo la forma de una inmunidad, constituye un acto de ejercicio del derecho fundamental a la integridad física en su sentido derivado. Se trata de una inmunidad configurada con un objeto y un ámbito propios: respectivamente, el propio cuerpo y la actividad médico sanitaria. Debe su especificidad a la forma peculiar de realización de los actos médicos, los cuales, para su práctica, necesariamente exigen la afectación de la entidad somática de su destinatario. Este modo específico de ejecución cimienta la inescindible vinculación del consentimiento informado con el derecho fundamental a la integridad física. Es la propia naturaleza de las

importancia, no será necesario cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública y, cuando existe riesgo vital y no es posible conseguir la autorización (cfr. artículo 9.2 de la Ley de Autonomía del Paciente).

Por otro lado, el legislador admite que se pueda dar el consentimiento por representación en los siguientes casos: 1. 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 no cuenta con representante legal³¹⁴; el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. 2. Cuando el paciente tenga modificada su capacidad

cosas —la necesaria aplicación del tratamiento médico sobre el sustrato corporal del paciente— lo que vincula al consentimiento informado con el derecho fundamental a la integridad física y convierte a aquél en un acto de ejercicio de éste». La jurisprudencia, también se muestra a favor de lo descrito. El Tribunal Constitucional, en la sentencia de 28 de marzo de 2011, ha reconocido que el derecho a la integridad física «conlleva a una facultad negativa que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o la vida (...). El art. 15 CE no contiene una referencia expresa al consentimiento informado, lo que no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral (...). Evidentemente, las actuaciones médicas llevan implícita una posibilidad de afección a la integridad personal protegida por el art. 15 CE, en la medida en que éste tutela la inviolabilidad de la persona contra toda intervención en su cuerpo, de manera que es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectividad del derecho dentro de ese ámbito, coherenciándolo con la función y finalidad propias de la actividad médica. Y es que, como señalamos en la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 8, la protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación. En lo que aquí interesa, esa garantía de la efectividad del derecho en el ámbito médico implica que cualquier actuación que afecte a la integridad personal, para resultar acorde con dicho derecho, según la delimitación que antes efectuamos del mismo, se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada. De ahí que el legislador deba establecer (...) los mecanismos adecuados para la prestación del consentimiento del sujeto que se ha de ver sometido a una intervención médica, así como los supuestos que, desde una perspectiva constitucional permitirían prescindir del mismo». En términos similares vid., STC de 25 de marzo de 1996 y STEDH de 29 de marzo de 2002.

³¹⁴ Según DOPICO GÓMEZ-ALLER, «la evaluación de la competencia a la que se refiere el art. 9.3 LAP ha de realizarse mediante una apreciación *prima facie*, que el médico responsable evalúa en una primera aproximación. Por la propia naturaleza del trámite, no cabe exigirle una apreciación exhaustiva (evaluación psicológica o psiquiátrica continuada, etc.), salvo en casos excepcionales en los que las circunstancias aconsejen una contrastada valoración de la situación intelectual y emocional del paciente. De no ser así, la Ley no atribuiría esta obligación al *médico responsable* —que no necesariamente será especialista a estos efectos, ni tiene protocolizado un proceso profundo de análisis de la capacidad del paciente—, sino que exigiría una apreciación *especializada*» («Problemas del consentimiento informado “por representación”», *Consentimiento por representación*, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Coord.), Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, p. 50).

judicialmente, el consentimiento lo dará su representante legal. 3. *«Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor»* (art. 9.3 de la Ley de Autonomía del Paciente).

Al igual que en el derecho del paciente a recibir información, en el consentimiento informado, la norma vuelve a distinguir entre personas incapacitadas judicialmente y las que no lo están.

En el primer supuesto, no creo que sea el representante el que deba dar, en todo caso, el consentimiento, porque puede resultar que según el criterio del facultativo el incapacitado, que cuenta con la información necesaria, tiene la capacidad natural «suficiente» para decidir sobre aspectos de su personalidad³¹⁵. Estimo que, siempre se debe oír al propio afectado y tener en cuenta su voluntad de acuerdo a lo establecido en el artículo 9.5 de la ley: *«La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento»*.

En el segundo caso, dentro de las personas vinculadas al paciente por razones de hecho, creo se puede incluir al guardador de hecho. De esta forma lo prevé el legislador catalán en el artículo 212-2.2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro

³¹⁵ Para SANCHO GARGALLO, «aunque el art. 9.3.b de la Ley 42/2002 no prevé expresamente la necesidad de oír antes a la persona incapacitada ni sopesar su voluntad, el art. 5.2, cuando regula el derecho de información del paciente, prevé que “el paciente debe ser informado, incluso en caso de incapacidad de forma adecuada a sus posibilidades de comprensión”. De donde se deduce que si la persona incapacitada debe ser informada en la medida en que pueda comprender, también debe ser oída en la medida en que tenga juicio suficiente, y sin que su voluntad sea nunca vinculante» («Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado», *op. cit.*)

segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia: «*Si la persona se halla en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación ni decidir, el consentimiento debe obtenerse, de la forma establecida por la legislación para el ámbito sanitario, de las mismas personas que deben recibir la información a que se refiere el artículo 212-1.4*» (entre las que se encuentra el guardador de hecho).

En consecuencia, creo que el guardador de hecho está legitimado a prestar consentimiento, haciendo constar que lo emite en esa condición³¹⁶.

B. Constitución del patrimonio protegido

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (Ley del Patrimonio Protegido-LPP)³¹⁷, ha introducido en el ordenamiento jurídico privado español un concepto que ya era conocido por el Derecho público: el de la discapacidad.

Hasta el momento de su aprobación, se habían dictado normas en el ámbito estatal dirigidas a satisfacer las necesidades económicas o asistenciales de las personas con discapacidad. Sin embargo, en el orden privado, la única protección que estos sujetos podían recibir procedía de la modificación judicial de la capacidad de obrar. Esto significaba que quedaban excluidas de toda protección jurídico-privada tanto las personas en las que no concurría causa de incapacitación (por ejemplo, las que presentan exclusivamente una discapacidad física), como aquellas respecto de las cuales no hubiese recaído sentencia de incapacitación³¹⁸.

³¹⁶ Cfr. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, op. cit., p. 98. De igual forma, vid., entre otros, ANDREU MARTÍNEZ, María Belén, «Consentimiento por sustitución», *Derecho y Salud. Estudios de Bioderecho (Comentario a la Ley 3/2009, de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia)*, SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 157; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 258 y SANCHO GARGALLO, Ignacio, «Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado», op. cit.

³¹⁷ BOE Núm. 277 de 19 de noviembre de 2003.

³¹⁸ Cfr. MARTÍN AZCANO, Eva María, «La protección de las personas privadas de autonomía en el ordenamiento español», *Biblioteca Digital de la Universidad Rey Juan Carlos*, <https://ciencia.urjc.es/handle/10115/5832?show=full> (consulta: 2 de julio de 2015).

Tras la Ley 41/2003, la discapacidad produce consecuencias en el ámbito privado sin necesidad de una declaración judicial de incapacitación³¹⁹. Esta norma organiza una respuesta del Derecho privado al reclamo de mecanismos jurídicos que permitan a los particulares disponer de los recursos para garantizar el sostenimiento de las personas con discapacidad; personas que asiduamente requieren de cuidados especiales, y que presentan mayores dificultades que cualquier otro sujeto³²⁰.

Con la motivación de aumentar los instrumentos jurídicos a través de las cuales los medios económicos privados sirvan a la satisfacción de las necesidades de las personas con discapacidad, la Ley 41/2003 –aparte de la autotutela, el mandato preventivo y la legitimación activa de una persona para instar su propia incapacitación judicial– ha modificado diversas instituciones civiles. Desde su aprobación se determina el carácter no colacionable de los gastos realizados por los ascendientes para cubrir necesidades especiales de los descendientes con discapacidad³²¹; se permite delegar en el cónyuge superviviente la facultad de mejorar³²²;

³¹⁹ Cfr. GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, *Régimen jurídico de la protección de la discapacidad por enfermedad mental*, Reus, Madrid, 2009, pp. 177-178. En similares términos, GALLEGO DOMÍNGUEZ afirma que «Las medidas recogidas en esta Ley están presididas por una idea base: la necesidad de complemento de las medidas públicas y privadas en la protección de los discapacitados. En los últimos tiempos parecía haber un predominio de las medidas públicas de protección sobre las privadas. El legislador consciente del grave problema derivado del creciente número de discapacitados, constatando que el Estado y, en general, las Administraciones Públicas no pueden atender todas las crecientes necesidades de estas personas, vuelve sus ojos –no necesariamente misericordiosos– al propio patrimonio del discapacitado y de sus familiares, establece y potencia medidas propias del Derecho privado» [«Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (Coord.), La Ley, Madrid, 2007, p. 115]. Así también lo afirma VIVAS TESÓN, Inmaculada, «Los efectos civiles del reconocimiento de la minusvalía tras la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 1056 (contenido en CD-Rom).

³²⁰ Según VIVAS TESÓN, esta ley permite prever y planificar el bienestar económico de las personas con discapacidad adoptando soluciones de protección patrimonial que, en el futuro, puedan, eficazmente, complementar los ingresos económicos que ellas mismas obtengan por su trabajo o por prestaciones públicas de diversa índole y, por consiguiente, permitirle vivir mejor su vida adulta (cfr. «Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad», *Revista de Derecho*, Núm. 1, 2009, p. 58).

³²¹ Art. 1041 (segundo párrafo) CC: «*Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad*».

³²² Art. 831 CC: «*1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad*

se admite el gravamen de la legítima estricta a favor de un descendiente judicialmente incapacitado con una sustitución fideicomisaria³²³; se regula el legado de derecho de habitación a favor de la persona con discapacidad³²⁴; y se ha regulado el contrato de alimentos (cfr. artículos 1791-1797). Pero la novedad de la ley es la creación del denominado «patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad».

Según el apartado II de la Exposición de Motivos de la ley, el patrimonio protegido es su «objeto inmediato», y consiste en la constitución de una masa patrimonial que tiene como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad, sometiéndose a un régimen de administración y supervisión específico.

El beneficiario es la persona afectada por unos grados de minusvalía (si es psíquica, igual o superior a 33%, y si es física o sensorial, igual o superior a 65%), con independencia de que haya sido incapacitada judicialmente, ni que se haya iniciado el procedimiento para ello, ni que siquiera concurren o no las causas de

conyugal disuelta que esté sin liquidar. Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes. Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa (...)».

³²³ Art. 782 CC: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes».

Art. 808 (tercer párrafo) CC: «Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos».

³²⁴ Art. 822 CC: «La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible. Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación».

incapacitación recogidas en el artículo 200 del Código Civil³²⁵. Porque el objetivo del legislador «no es la protección de los incapacitados, sino el más amplio ámbito subjetivo de las personas con discapacidad, partiendo de la realidad de que existe un amplio colectivo de personas con discapacidad que no se encuentran incapacitados»³²⁶.

De acuerdo al artículo 3 de la ley, podrán constituir un patrimonio protegido, en principio, aquellas personas con discapacidad siempre que tengan capacidad de obrar suficiente³²⁷, según el grado y tipos señalados; los padres, tutores o curadores cuando la persona no tenga capacidad de obrar suficiente. En el supuesto de discapacidad psíquica, la ley autoriza al guardador de hecho, si el patrimonio se constituye con bienes dejados por título hereditario o de pensiones instituidas por los padres del beneficiario; sin perjuicio de aplicar lo dispuesto en el artículo 303, 304 y 306 del Código Civil.

También es posible la constitución a iniciativa de cualquier persona con legítimo interés. El artículo 3.2 de la ley, reconoce esta constitución siempre y

³²⁵ Basta pues, a tenor de lo dispuesto por el art. 2 de la Ley 41/2003, con la incapacitación administrativa –no judicial–, esto es, con acreditar suficientemente el grado de minusvalía legalmente establecido, a través de certificado reglamentario expedido por la Administración pública correspondiente o de resolución judicial firme. A MORETÓN SANZ le parece que la Ley del Patrimonio Protegido excluye de las ventajas «a quienes estén incapacitados judicialmente si no tienen reconocidos los grados específicos de las tipologías de la discapacidad en cuestión, toda vez que como se ha dicho, el juez civil carece, de momento, de las competencias para su concreción. De lo dicho se ha de concluir que si quien pretenda ser beneficiario de la institución solo está incapacitado judicialmente, es más que posible que la constitución del patrimonio no llegue a buen puerto» («El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Derecho UNED*, Núm. 6, 2010, p. 346). Sin embargo, DE SALAS MURILLO cree que se podría constituir un patrimonio protegido a favor de las personas incapacitadas judicialmente, sin necesidad del reconocimiento del grado de minusvalía exigido por la ley, de acuerdo a una interpretación amplia de la expresión «*resolución judicial firme*», en la cual se puede incluir la resolución judicial de incapacitación («Repensar la curatela», *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 27, 2013, pp. 34-35).

³²⁶ GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, p. 127.

³²⁷ Para VIVAS TESÓN, el término «suficiente» es un término nuevo introducido por la Ley del Patrimonio Protegido en el Derecho Civil, que requiere en la mayoría de casos, la plena capacidad de obrar. Cierto es que la introducción de este requisito por la ley deja al aire qué ha de entenderse por «suficiente», cuya determinación queda al buen criterio del aplicador del Derecho notario o juez, en su caso. Sin embargo, la no exigencia de la plena capacidad de obrar reviste enorme importancia, pues permite que una persona con capacidad alterada o disminuida pueda ella misma intervenir en los procesos de constitución y aportaciones a su patrimonio, lo cual se le hubiera impedido de haber exigido el legislador capacidad de obrar plena (cfr. «Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad», *op. cit.*, p. 64-65).

cuando, aparte del legítimo interés, se ofrezca una aportación de bienes y derechos «adecuados» para constituir la masa protegida. El interesado solicita la constitución a los padres, tutores y curadores y, en caso de negativa injustificada podrá acudir al fiscal, el cual instará del juez lo que proceda en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. En todo caso, en mi opinión, la constitución en este supuesto se realiza por el propio beneficiario³²⁸; los padres, tutores o curadores y la autoridad judicial.

La constitución de este patrimonio requiere una aportación originaria de bienes o derechos³²⁹, que debe realizarse necesariamente en escritura pública³³⁰ o por resolución judicial³³¹, según los casos; debiendo destacarse además el requisito de la publicidad registral de la condición de un bien, o derecho real inscrito, como integrante de un patrimonio protegido. Estos pueden proceder del patrimonio personal del propio beneficiario, o de un tercero.

Como se trata de proporcionar recursos al favorecido para la satisfacción de sus necesidades, cualquier activo patrimonial se reputará apto para ser aportado; caben, por ello, contribuciones dinerarias y no dinerarias; y, entre estas últimas, de bienes muebles e inmuebles, de derechos de goce y disfrute, de derechos de crédito, participaciones en empresas o fondos de inversión, etc.

Constituido el patrimonio, cualquier persona con interés legítimo puede realizar aportaciones, siempre a título gratuito y con sujeción a las mismas formalidades dispuestas para su constitución. «Nada impide, porque nada se prevé, que se haga con bienes muebles e inmuebles sobre los que recaiga alguna garantía, o sobre cualquier género de aportación sobre cosa gravada o capaz de suscitar gastos.

³²⁸ El legislador no se plantea la posibilidad de que la persona con discapacidad, con capacidad de obrar suficiente, no acepte la iniciativa constitutiva de un tercero, cuestión que deja sin resolver. No creo que, en este caso, el tercero pueda acudir al fiscal, debiéndose respetar la voluntad de la persona con discapacidad, de acuerdo con el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad que informa el ordenamiento jurídico (art. 10.1 CE).

³²⁹ Por ello, no es posible constituir un patrimonio protegido sin una aportación inicial.

³³⁰ Ordinariamente, el patrimonio protegido se constituirá en documento público notarial, cuyo contenido mínimo incluye las menciones referidas en el art. 3.3 de la Ley: el inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio, la determinación de las reglas de administración y en su caso de fiscalización y cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

³³¹ A través de un trámite de jurisdicción voluntaria, y ello será así en el caso contemplado en el art. 3.1.d) de la Ley, para el supuesto de que, ante la voluntad de cualquier persona con interés legítimo en solicitar la constitución de un patrimonio protegido, éste se encuentre con una negativa injustificada a su juicio, pudiendo entonces dicho interesado acudir al Ministerio Fiscal para que el juez decida lo que proceda en resolución, que puede efectivamente autorizar dicha constitución, sin necesidad de documento público notarial.

Se reclama el título de la aportación, no que la aportación esté libre de cargas, por lo que en su caso habrá que recurrir al sistema previsto en el Código Civil para las donaciones modales»³³².

Para realizar las aportaciones se exige consentimiento, el cual puede ser otorgado por el propio beneficiario si tiene capacidad suficiente; por los padres, tutores o curadores en caso de falta de capacidad de obrar del beneficiario. Si éstos se niegan, el interesado puede acudir al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad.

El régimen de administración del patrimonio protegido, cuando la persona beneficiaria tenga capacidad de obrar, se sujeta a las reglas establecidas por ella en el documento público de constitución, pudiendo ésta nombrar y sustituir al administrador y cambiar las reglas sobre la gestión de su patrimonio. Cuando, por el contrario, no tiene capacidad de obrar suficiente, las reglas de administración deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado (cfr. artículo 271 del Código Civil).

Tanto el nombramiento como las facultades de administración pueden recaer en el propio sujeto constituyente. No obstante, dado el especial régimen de administración al que se sujeta el patrimonio protegido, es perfectamente posible que, a pesar de que el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente, la administración del patrimonio no le corresponda a él, sino a una persona distinta.

Conforme a la Exposición de Motivos de la ley, el constituyente puede establecer las reglas de supervisión y fiscalización de la administración del patrimonio que considere oportunas, nombrando, si así lo desea para su mayor tranquilidad un órgano fiscalizador. Junto a ese control, está la supervisión del Ministerio Fiscal con carácter preceptivo y necesario³³³. Respecto de ésta, el artículo

³³² MORETÓN SANZ, María Fernanda, «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, p. 353. Sobre las donaciones remuneratorias, *vid.* DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 66 y 151.

³³³ Esta supervisión legal se corresponde con el art. 24 CE: «1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a

7 de la ley prevé dos tipos de actuaciones: 1. Una supervisión permanente y general, a través de la información que, periódicamente, el administrador debe remitirle en cuanto a su gestión, la cual debe justificar documentalmente. 2. Una supervisión esporádica y concreta, cuando las circunstancias lo hicieran preciso.

Además, el Ministerio Fiscal puede solicitar al juez la adopción de cualquier medida que se estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad. A estos efectos, puede actuar tanto de oficio como a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales que afecten al patrimonio protegido, aunque no sean instadas por él. Como órgano de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones, la ley crea la Comisión de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales³³⁴.

Finalmente, la extinción del patrimonio protegido se produce, según dispone el artículo 6 de la ley, por muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario, o por dejar de padecer éste una minusvalía en los grados que exige la ley. Pero, también puede acabar excepcionalmente porque el juez entiende que es lo mejor para el interés de la persona con discapacidad. En caso de que la extinción se produzca por muerte o declaración de fallecimiento, sino ha sido dispuesta otra cosa al realizar la aportación, la totalidad del patrimonio se entenderá comprendido en su herencia. Si la causa de la extinción obedece a una pérdida sobrevenida de la condición prescrita en la ley, el beneficiario seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas generales del Código Civil o de Derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables, salvo haya sido acordado otro destino por quien realizó la aportación en su momento. También podría pensarse en

los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. 4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial».

334

Esta Comisión ha sido desarrollada por el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, que concreta su composición, funcionamiento y funciones, norma modificada a su vez por el 2270/2004, de 3 de diciembre, que actualizó su composición a tenor de la reestructuración de los departamentos ministeriales, de una parte, y adscribió la Comisión al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales Familias y Discapacidad. Con todo, la reforma de la Ley 41/2003, la adscribió, con ocasión de los cambios ministeriales, al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte que en la actualidad es el Ministerio de Sanidad y Política Social, según el Real Decreto 1853/2009, de 4 de diciembre; y reforzó la participación preceptiva.

la terminación del patrimonio protegido por desaparición de los bienes o derechos que lo componen, sin ser éstos sustituidos por otros por subrogación real.

De este apartado, hay que destacar nuevamente la relevancia atribuida por el legislador a la autonomía de la voluntad privada del aportante, ya que el artículo 6, solo será de aplicación si no ha sido dispuesto un régimen específico. El único límite al destino que se deba dar a los bienes aportados en caso de extinción de la masa especialmente protegida, son «*las establecidas en el Código civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que en su caso fueran aplicables*»³³⁵.

Visto el régimen general, corresponde analizar la relación entre la guarda de hecho y el patrimonio protegido.

La ley legitima al guardador de hecho a constituir la masa patrimonial a favor del sujeto con discapacidad psíquica, cuando los bienes o derechos proceden a título hereditario o conforman una pensión otorgada por los padres del beneficiario [artículo 3.1.c)]³³⁶. Fijémonos que se trata de integrar bienes que ya corresponden por herencia a la persona en un sistema de administración y gestión distinto del que se señalaría por la ley (si se constituye una tutela, por ejemplo).

Según los antecedentes de la norma, esta previsión se introdujo para solucionar situaciones muy concretas. El texto remitido al Senado a partir de la enmienda Número 41 del Grupo Parlamentario Catalán, decía: «*se da la circunstancia de que hay muchas personas con discapacidad psíquica, mayores de edad que no están incapacitados judicialmente. Algunas de ellas, pueden ser beneficiarias de pólizas suscritas por sus padres con una Mutualidad, por ejemplo.*

³³⁵ En definitiva, el aportante deberá ser especialmente cuidadoso a la hora de acordar el destino que se deba dar a los bienes aportados. Gracias a esta reversibilidad de la aportación, el otorgante garantiza que el bien o derecho en cuestión revierta nuevamente en su patrimonio, una vez atendida la finalidad de ayuda al sujeto beneficiario.

³³⁶ Admiten la legitimación del guardador de hecho: GARCÍA PONS, Antonio, *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Ramón Areces, Madrid, 2008; MARTÍNEZ DÍE, Rafael, «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, GARRIDO MELERO, Martín y FUGARD ESTIVILL, Josep María (Coords.), vol. 2, Bosch, Barcelona, 2005, p. 175 y MARÍN CALERO, Carlos, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 61. En contra, DÍAZ ALABART, Silvia y ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, «Capítulo III. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad», AA. VV, *La protección jurídica de las personas con discapacidad. Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, Ibermutuamur, Madrid, 2004, pp. 107-132 y MARTÍN AZCANO, Eva María, «La protección de las personas privadas de autonomía en el ordenamiento español», *op. cit.*

Se puede plantear la situación de que al fallecer los padres la pensión o la cantidad que la Mutuality aporte no puedan ser incorporadas al patrimonio protegido ya que no tienen ni padre ni tutor (no están incapacitados). En este caso, la figura del guardador de hecho con capacidad para crear un patrimonio protegido solucionaría esta situación»³³⁷.

Con esta disposición, la guarda de hecho se convierte en otra medida de apoyo legalmente tasada a favor de la persona con discapacidad psíquica no incapacitada judicialmente³³⁸, para que con una parte de su patrimonio se puedan atender sus necesidades³³⁹. Al parecer, el guardador no necesita una autorización expresa para constituirlo, porque ésta se contiene en la norma; lo único que debe acreditar es la situación de guarda³⁴⁰.

El legislador ha querido «recurrir al guardador de hecho en el supuesto de que la persona con discapacidad que carece de capacidad de autogobierno no tuviera padres o tutor por haber éstos fallecido. Una voluntad que está por encima de las dificultades que la propia regulación de la guarda de hecho del CC plantea en el tráfico y así parece deducirse del art. 1.2 de la ley cuando establece “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad se registrará por lo establecido en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo

³³⁷ Cfr. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Año 2003, VII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, Núm. 154-5, p. 37, <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey> (consulta: 14 de julio de 2015). Por su parte, SERRANO GARCÍA critica esta concreción con la que trabajó el legislador para pretender dar solución a un problema tan específico (cfr. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, Madrid, 2008, p. 406).

³³⁸ Se ha criticado el ámbito subjetivo de esta norma, porque no todas las personas con discapacidad psíquica se ven privadas de la capacidad suficiente precisando un guardador de hecho que vele por ellas. Para un mayor análisis, *vid.* ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 196; MARTÍNEZ DÍE, Rafael, «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 174; LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 687, 2005, pp. 31-60 y DÍAZ ALABART, Silvia y ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, «Capítulo III. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad», *op. cit.*, pp. 107-132.

³³⁹ En contra, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces, en previsión de su futura pérdida de capacidad», *Libro Homenaje a Manuel Amorós Guardiola*, vol. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, p. 97.

³⁴⁰ Basta que el guardador pruebe ante el notario su condición de tal y la de los bienes que aporta para la constitución, para que éste acceda a su constitución porque así lo ha querido el legislador, sin que la valoración sobre la utilidad que tal constitución le vaya a reportar al guardado sea cuestión en la que deba reparar el fedatario.

dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del código Civil»³⁴¹.

No obstante, sorprende que el legislador, en el artículo 3.2 de la norma³⁴², haya excluido la intervención del guardador de hecho en la solicitud de constitución formulada por el tercero con interés legítimo³⁴³; probablemente porque ante la ausencia de padres, tutores o curadores; el tercero pueda solicitarle al juez la constitución³⁴⁴. No creo que este razonamiento sea válido, porque la finalidad de la norma es estimular a los particulares a que organicen fondos suficientes para dotar de protección patrimonial a las personas con discapacidad; pero no alentar al juez en este propósito³⁴⁵.

³⁴¹ LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, op. cit., p. 81.

³⁴² Art. 3.2 LPP: «Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin».

³⁴³ Cfr. LUNA SERRANO, Agustín, «El patrimonio protegido del discapacitado», *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*, SERRANO GARCÍA, Ignacio (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 116.

³⁴⁴ Se fundaría esta posibilidad «en las amplísimas facultades de las que goza el Juez no solamente respecto del incapacitado sino también del incapacitable sometido a guarda de hecho» (DÍAZ ALABART, Silvia y ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, «Capítulo III. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad», op. cit., pp. 107-132). Comparte esta opinión, LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», op. cit., pp. 31-60.

³⁴⁵ Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley del Patrimonio Protegido: «(...) Efectivamente, uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos. En gran parte, tales medios son proporcionados por los poderes públicos, sea directamente, a través de servicios públicos dirigidos a estas personas, sea indirectamente, a través de distintos instrumentos como beneficios fiscales o subvenciones específicas. Sin embargo, otra parte importante de estos medios procede de la propia persona con discapacidad o de su familia, y es a esta parte a la que trata de atender esta ley». Según LECIÑENA IBARRA, «la Ley sólo permite al juez autorizar la constitución denegada injustamente por el tutor o curador, estándole vetada la constitución de oficio del patrimonio protegido. Y aunque podría valorarse la bondad de una regulación distinta reconocida la carencia en el precepto de una buena técnica legislativa, la lectura del artículo 3.2 no parece dejar lugar a dudas: sólo pueden constituir el patrimonio protegido la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que ésta no tenga capacidad de obrar suficiente, sus padres, tutores o curadores de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro ordenamiento jurídico; o bien su guardador de hecho, en el caso de personas con discapacidad psíquica. La intervención del juez quedaría limitada al supuesto de que los padres, tutores o curadores se negaran injustificadamente a la constitución de un patrimonio protegido solicitado por persona con legítimo interés» (*La guarda de hecho de las personas mayores*, op. cit., pp. 74-75). En similares términos, vid. LUNA SERRANO, Agustín, «El patrimonio protegido del discapacitado», op. cit., p. 117 y MARÍN CALERO, Carlos, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, op. cit., p. 79. En contra, LÓPEZ-GALIACHO PERONA para quien el juez puede constituir de

Por otra parte, se critica la limitación objetiva del artículo 3.1.c) (bienes o derechos que proceden por título hereditario o conforman una pensión otorgada por los padres del beneficiario), porque no se compadece con su finalidad: asistencia de la persona con discapacidad. Es ilógico que un tercero con legítimo interés, para el caso de que vivan los padres, tutores o curadores, pueda constituir un patrimonio protegido con cualquier tipo de bien o derecho adecuado o suficiente, y no se permita esto para cuando exista un guardador de hecho³⁴⁶.

En resumen, se reconoce legitimación al guardador, pero no se puede negar la dificultad de acreditar su condición, porque por su propia naturaleza carece de título judicial o administrativo de nombramiento³⁴⁷. Algunos autores consideran que este problema se puede superar con el convencimiento personal del notario, el cual se nutre de testimonios de familiares que conocen de la situación³⁴⁸. En caso de personas con discapacidad reconocidas como dependientes, ayudaría la documentación de solicitud de dependencia realizada por el guardador. Otro obstáculo es demostrar que la persona con discapacidad psíquica no tiene capacidad suficiente para constituir por sí misma el patrimonio protegido; porque a pesar de la existencia de certificados de discapacidad, siempre se presume la capacidad. En este supuesto, nada impide que el notario solicite la opinión de técnicos de modo

oficio el patrimonio protegido *ex arts.* 760 y 762 LEC (cfr. «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, pp. 31-60).

³⁴⁶ Respecto a la limitación objetiva, *vid.* LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción», *Academia Sevillana del Notariado*, t. XVI, vol. 2, 2008, pp. 33-146; LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, pp. 31-60 y DÍAZ ALABART, Silvia y ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, «Capítulo III. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad», *op. cit.*, pp. 107-132.

³⁴⁷ Para VIVAS TESÓN, «¿cómo puede autorizar el notario la constitución de un patrimonio por quien dice ser, pero no se tiene información alguna al respecto, guardador de hecho de alguien que no está incapacitado pero que padece de una discapacidad psíquica?» («Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad», *op. cit.*, p. 65). La acreditación de la guarda de hecho reviste gran importancia por cuanto en aplicación del art. 5.7 de la Ley, si el guardador de hecho se ha erigido en administrador del patrimonio protegido, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, precisando *ex art.* 5.2 de la autorización judicial, conforme a los arts. 271 y 272 CC o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables.

³⁴⁸ *Vid.* SEDA HERMOSÍN, Manuel Antonio, «El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad», *Academia Sevillana del Notariado*, t. XVI, vol. 2, 2008, p. 14 y RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, «La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 90, 2006, p. 94.

semejante a lo que sucede en el artículo 665 del Código Civil («*Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad*»)³⁴⁹.

Basándose en estos problemas, para DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO el guardador de hecho no debe estar facultado para constituir el patrimonio protegido, sino solo a instar o promover unas medidas de protección para ciertos bienes integrantes del patrimonio genérico de esas personas³⁵⁰. En el último de los casos, dice PARRA LUCÁN, como la ley le permite constituir el patrimonio protegido, lo hace sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil, lo que significa que al final la situación debe ponerse en conocimiento de la autoridad judicial para que ordene la representación legal del menor o incapaz³⁵¹. Por su parte, PALACIOS GONZÁLEZ critica también esta posibilidad y dice: «es totalmente ilógico que se permita al guardador de hecho de un discapacitado no incapacitado constituir el patrimonio en algún caso y, sin embargo, a los padres les esté vedada siempre esta

³⁴⁹ Vid. MARÍN CALERO, Carlos, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, *op. cit.*, p. 65.

³⁵⁰ Vid. «Capítulo III. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 122. En términos similares se pronuncia RIVERA ÁLVAREZ cuando afirma que la «norma es considerada como un exceso verbal que debe interpretarse restrictivamente entendiéndose que el guardador de hecho puede promover las medidas de protección adecuadas; es decir, siguiendo dicho razonamiento, sería más razonable creer que el guardador pueda solicitar al propio sujeto beneficiario cuando tuviera capacidad de obrar suficiente o a sus padres, tutores o curadores, cuando no tenga capacidad de obrar suficiente –o en última instancia al juez–, la constitución del patrimonio protegido, si bien no sobre la base de la aportación de bienes y derechos, sino sobre lo que hubieran dejado los padres o tutores a título hereditario o sobre las pensiones constituidas» («¿Realiza el guardador de hecho una función que le legitima para la obtención de información jurídica y económica de los organismos públicos?», *op. cit.*, p. 1012).

³⁵¹ Cfr. «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), Dykinson, Madrid, 2013, p. 258. En el mismo sentido, *vid.* MARTÍNEZ DÍE, Rafael, «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 175 y SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, *op. cit.*, p. 404. En contra, LECIÑENA IBARRA para quien «la salvedad que hace el legislador adolece de una imprecisión técnica fruto de no haber reparado en que la situación de guardador de hecho de la Ley 41 no tiene parangón con el que se recoge en los preceptos que cita. El art. 3.1.c es el único supuesto del ordenamiento en el que se reconoce expresamente legitimación al guardador de hecho para actuar en el ámbito notarial, lo cual se compadece mal con la naturaleza del guardador, tal como se perfila por el CC, como persona que actúa carente de legitimación alguna, legal o voluntaria, en el patrimonio del guardado» (*La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 83).

posibilidad puesto que, por razones obvias, este apartado c) no puede nunca aplicarse a los mismos aunque ejerzan la guarda de hecho»³⁵².

C. Procedimiento de reconocimiento de la dependencia

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia (LPAPAD) o Ley de Dependencia (LD)³⁵³, aborda jurídicamente la dependencia³⁵⁴ y crea un nuevo

³⁵² «Reflexiones críticas sobre la constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad y su utilidad práctica», DE SALAS MURILLO, Sofía, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 933 (contenido en CD-Rom).

³⁵³ BOE núm. 299 de 15 de Diciembre de 2006.

³⁵⁴ Esta realidad constituye un problema de gran repercusión social, económica, política y familiar que, al parecer, se incrementará como consecuencia de las circunstancias como el envejecimiento demográfico, las bajas tasas de fertilidad, el aumento de esperanza de vida, los avances de la medicina, etc. Debido al esfuerzo realizado en los últimos años por el legislador nacional en orden a reforzar el régimen jurídico de protección de las situaciones de incapacidad surgió el Libro Blanco sobre la Dependencia, para colmar una laguna de protección afectante a un importante grupo de personas que, debido a deficiencias, enfermedades o trastornos, precisaban del apoyo de otras para realizar actividades básicas de la vida cotidiana. Se trata de un compromiso que se asienta en la convicción de que España forma parte de un modelo social, como el europeo, en el que la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía se sitúa como una prioridad política, y en consecuencia se trata de un nuevo paso en la profundización del Estado de Bienestar y en la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos mediante el desarrollo de un nuevo sistema de protección de las personas en situación de dependencia y a sus familias, convergiendo de esta forma con los Estados más avanzados de la Unión Europea que ya han antecedido en dar una respuesta a estos problemas. El Libro Blanco fue preparado también para dar cumplimiento al compromiso adquirido por el Gobierno de elaborar un Proyecto de Ley en la materia, plasmado efectivamente en el Proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, cuyo norte fue la configuración del Sistema Nacional de Dependencia como cuarto pilar del Estado de Bienestar, tras el sistema nacional de salud, sistema educativo y sistema de pensiones. Tal y como establecieron las líneas básicas de dicho proyecto, con este instrumento legislativo se establece un nuevo derecho universal y subjetivo de ciudadanía que garantiza atención y cuidados a las personas en situación de dependencia, es decir, «aquellas que no puedan valerse por sí mismas, en su mayoría personas mayores». Esta Ley de 2006, representa la culminación de dicha iniciativa, y a su vez un gran desafío de la política social en España. En efecto, el legislador establece que el sistema atenderá de forma equitativa a todos los ciudadanos en situación de dependencia, con la colaboración y participación de todas las administraciones públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio nacional; respondiendo a una acción coordinada y cooperativa de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, que contemplará medidas en todas las áreas que afecten a las personas en situación de dependencia, con la participación, en su caso, de las Entidades Locales (cfr. GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, *Régimen jurídico de la protección de la discapacidad por enfermedad mental*, op. cit., pp. 214-215). No obstante, a pesar de este gran objetivo, en la práctica la Ley se antoja complicada y con excesivas trabas tanto en lo tocante a su desarrollo reglamentario por el Ejecutivo Central, como en su implantación por las Comunidades Autónomas, encontrando tal vez su punto más débil en el sistema de financiación, pues implica un sistema perverso que puede provocar desigualdades entre las distintas Comunidades Autónomas. En este sentido y pese a que una ley preocupada por un

derecho para aquellas personas que se encuentran en esa situación³⁵⁵. Esta circunstancia no estaba prevista en el pasado porque, tradicionalmente, la ayuda al dependiente ha llegado por personas del entorno familiar, tengan o no función tutelar, no formadas en la atención especializada (cuidadores no profesionales). No obstante, es incuestionable que esta forma de cuidado no ha desaparecido, ni lo hará de forma inmediata.

Por tales razones, el legislador, de alguna manera, acepta la guarda de hecho en la figura de los cuidadores no profesionales [personas de la familia o el entorno del dependiente que sin estar vinculadas a un servicio de atención profesionalizada, le prestan atención en su domicilio (cfr. artículo 2.5 de la ley)]³⁵⁶; labor que puede ser retribuida económicamente³⁵⁷.

sector de la población en régimen de dependencia se merece concederle una buena acogida, la imbricación de los distintos poderes públicos y la coordinación de distintos agentes e instancias, con un marco de financiación tan abierto como el que presenta la Ley está llamado a crear bloqueos, duplicidades y agravios comparativos, la discordia está servida. La mayoría de los sectores consultados que mantienen relación con las personas en situación de dependencia, afirman que la Ley de Dependencia era necesaria desde el punto de vista social y de ordenación de los recursos para la dependencia; sin embargo, buena parte de ellos señala que la articulación del sistema con las Administraciones regionales resultará complicada y advierten de que el hecho de no haber cerrado la participación financiera de las autonomías y las corporaciones locales acabará desembocando en requerimientos adicionales de fondos de estas administraciones, al Estado [cfr. DÍEZ JALÓN, María Bueyo, «El nuevo marco legal establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia», *Jornadas sobre protección jurídica en la incapacidad. II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril*, Fundación tutelar de La Rioja, 2007, p. 10, <http://www.fundaciontutelardelar Rioja.org/jornadas.htm> (consulta: 6 de julio de 2015)].

³⁵⁵ Derecho que debe ser reconocido mediante resolución expedida por la Administración autonómica correspondiente y tendrá validez en todo el territorio del Estado.

³⁵⁶ A esta norma se debe agradecer que la guarda de hecho se haya hecho visible en la sociedad, ya que son muchos los guardadores de hecho de personas mayores que, después de serle reconocido su grado de dependencia (probablemente gestionada por ellos la solicitud), se erigen como cuidadores no profesionales.

³⁵⁷ Artículo 18 LD: «1. Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el art. 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares. 2. Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica. 3. El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente. 4. El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso». Para MONDÉJAR PEÑA «aunque la LD no constituye al cuidador en beneficiario directo de la prestación prevista en el art. 18, sí que pretende no olvidar a este colectivo de personas dignas de tutela, respeto y admiración: los cuidadores no profesionales y prevé su inclusión en el régimen general de la seguridad social y fomentar su participación en

Ahora bien, siguiendo el razonamiento de LECIÑENA IBARRA³⁵⁸, ni todos los cuidadores no profesionales son guardadores de hecho, ni todos los guardadores de hecho son cuidadores no profesionales. La guarda de hecho solo aparece cuando el dependiente tenga limitada su capacidad para autogobernarse por padecer un grave deterioro cognitivo. Normalmente se tratará de sujetos con dependencia severa y sobre todo grandes dependientes³⁵⁹. En consecuencia, cuando las patologías que padezca la persona no sean invalidantes, permitiéndole tener capacidad de autogobernarse, se perfila la figura del cuidador no profesional y no la del guardador de hecho.

Además, para que la labor del cuidador sea también de guardador debe ir más allá de la asistencia vital; de manera que si sus funciones son de mero auxilio y la gestión de los asuntos lo lleva otra persona, ésta será la guardadora de hecho y no el cuidador. Dos figuras que discurrirán en paralelo sin llegar a encontrarse. Por su parte, si el gran dependiente, con capacidad de autogobierno limitada, recibe atenciones por un cuidador profesional, este jamás recibirá la condición de guardador

actividades de formación así como establecer una serie de medidas para atender los periodos de descanso» («Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2075).

358

Vid. La guarda de hecho de las personas mayores, op. cit., pp. 61-67.

359

El art. 2 LD define la dependencia como «*el estado de carácter permanente en el que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal*». La distinta incidencia de la enfermedad o discapacidad en la capacidad de obrar obliga a distinguir entre personas en situación de dependencia con capacidad natural y las que carecen de ésta. No todas las enfermedades y patologías son invalidantes y causa de incapacitación, sino algunas de ellas, desde un punto de vista jurídico, tan solo conducen a concretas limitaciones. Por ello, la Ley distingue las actividades básicas de la vida diaria de las necesidades de apoyo para la autonomía personal. Por su parte, el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero que aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, en el Anexo II sobre el Baremo de Valoración de los grados y niveles de Dependencia (BVD), establece: «(...) *b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del BVD de 50 a 74 puntos. c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del BVD de 75 a 100 puntos*».

de hecho, porque el contrato previo de contar con servicios especializados arroja extramuros a la figura³⁶⁰.

Por otro lado, no todo guardador de hecho es cuidador no profesional. Para que se de esta coincidencia los cuidados deben ser brindados por parte de la familia o entorno del dependiente (artículo 2.5 de la Ley de Dependencia), es decir «*su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco, cuando convivan en el mismo domicilio de la persona dependiente, esté siendo atendido por ellos y lo hayan hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud. Se entienden como situaciones asimiladas a la relación familiar, las parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento*»³⁶¹.

Respecto a la legitimación para iniciar acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho de dependencia, la ley, *ex artículo 4.2.j)*³⁶², solo habilita a la persona dependiente y al representante legal en caso de menores o incapacitados³⁶³. El artículo 28.1, al regular el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema, confirma esa legitimación³⁶⁴. En consecuencia, no se prevé el caso del dependiente incapaz no incapacitado; hecho que ha criticado la doctrina.

³⁶⁰ El art. 2.6 LPAPAD define los cuidados profesionales como «*los prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro*».

³⁶¹ Artículo 12 del Real Decreto 1051/2013, de 27 de septiembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

³⁶² Art. 4.2.j) LPAPAD: «*(...) Asimismo, las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes: (...) A iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo. En el caso de los menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal*».

³⁶³ Representación que deberá acreditarse por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite el precepto mencionado presume aquella representación (art. 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

³⁶⁴ Art. 28.1 LPAPAD: «*El procedimiento se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,*

En la práctica, se permite que el guardador de hecho inicie el procedimiento de reconocimiento de la declaración de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema³⁶⁵; el fundamento es el beneficio del guardado y su relación con el artículo 304 del Código Civil. Indudablemente, el interés del incapaz no incapacitado en situación de dependencia es que ésta se valore en forma ajustada y se restablezcan los mecanismos de atención adecuados. Según MORETÓN SANZ, «la presentación de dicha solicitud por el guardador de hecho puede ser incluida en la órbita de los actos de administración; a mayor abundamiento, al redundar en beneficio del guardado y al no producir indefensión en tanto en cualquier momento se podrá personar por sí o por su representante el presunto incapaz, en principio no podrá ser impugnado»³⁶⁶.

El artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, otorga legitimación para este ámbito a «*las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o un interés legítimo*». También, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 68, establece que el

de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley». Esta redacción se repite en las Comunidades Autónomas. Ver como muestra el Decreto 68/2007, de 14 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia del Principado de Asturias.

³⁶⁵ Este derecho subjetivo de ciudadanía reclama de un procedimiento previo donde se ventilará tanto el reconocimiento de la situación de dependencia como del derecho a las prestaciones del Sistema. La Ley se hizo eco de las apreciaciones del Consejo de Estado, por cuanto advertía que «*es necesario distinguir entre 'reconocimiento de situación de dependencia' y 'reconocimiento de derechos'; mientras que tiene sentido que el primero tenga efectos en todo el territorio nacional (a tal fin se orienta el establecimiento de un instrumento de valoración común mediante un baremo aprobado por el Gobierno: artículo 25), no parece que pueda predicarse lo mismo en relación con el reconocimiento del derecho que pueda derivar de tal situación de dependencia, en relación con el cual el Anteproyecto admite diferencias entre Comunidades Autónomas. En consecuencia, el artículo 27.2 debería referirse, no al reconocimiento del derecho, sino al reconocimiento de la situación de dependencia*» (Dictamen 336/2006, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, de 23 de marzo de 2006). *Vid.* MORETÓN SANZ, María Fernanda, «El guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones: revisión de los procedimientos autonómicos y las declaraciones efectuadas “bajo su responsabilidad”», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 850-851 (contenido en CD-Rom).

³⁶⁶ «El guardador de hecho ante la dependencia: revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones “bajo su responsabilidad”», *Diario La Ley*, Núm. 7246, Sección Doctrina, 22 de septiembre de 2009, Año XXX, Ref. D-293, <http://laleydigital.laley.es>, (consulta: 21 de diciembre de 2015). En términos similares MONDÉJAR PEÑA, María Isabel, «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2072.

procedimiento podrá iniciarse a solicitud del interesado, especificando que son interesados «quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos» [(artículo 31.1.a)]. El guardador de hecho cuando busca el beneficio del guardado tiene un interés legítimo, por ello se le debe permitir el inicio del procedimiento y el reconocimiento del derecho del dependiente.

Frente al diverso panorama de interpretaciones, el Instituto de Mayores de Servicios Sociales (IMSERSO) aceptó la legitimación del guardador de hecho, de ahí que, mediante Resolución de 16 de julio de 2007, estableciera un modelo especial de declaración donde el guardador, tras manifestar sus datos personales, debía declarar bajo su responsabilidad: «1. Las razones por las que tiene bajo su guarda y cuidado a la persona a la que se refiere la solicitud. 2. Los familiares de la persona en cuyo nombre se actúa. 3. Que se compromete, en el supuesto que prospere la solicitud que tiene formulada a favor del interesado, a destinar las prestaciones que le pudieran reconocer a éste a la atención y cuidado del mismo y 4. Que pondrá en conocimiento de la Dirección Territorial del IMSERSO de forma inmediata cualquier cambio que, en relación a la custodia de la persona, pueda acaecer en el futuro». Esta línea la han seguido las diferentes legislaciones autonómicas³⁶⁷.

³⁶⁷ Entre ellas: **Andalucía** (Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia, así como los órganos competentes para su valoración, el artículo 8 sobre el inicio del procedimiento, declara que «se iniciará a instancia de las personas titulares de derechos a que se refiere el artículo 2, o de quienes ostenten su representación». En cuanto a la declaración a presentar por el guardador «declara bajo su responsabilidad: 1º Que tiene bajo su guarda y cuidado a la persona anteriormente citada por las razones que a continuación se expresan: 2º Que a su juicio dicha persona no tiene capacidad de autogobierno. 3º Que el presunto incapaz tiene los siguientes familiares. 4º Que, en el supuesto de que prospere la solicitud que tiene formulada en nombre de la persona indicada, asume la obligación de administrar los derechos que pudieran reconocerse con la debida diligencia y en interés de la misma. Asimismo se compromete a comunicar cualquier variación de las circunstancias personales y familiares, ya que pueden tener incidencia en los derechos que en su caso se reconozcan. 5º Que pondrá en conocimiento de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Andalucía de forma inmediata cualquier cambio que, en relación a la custodia del presunto incapaz, pueda ocurrir en el futuro»); **Asturias** (es competente la Consejería de Vivienda y Bienestar Social, y serán de aplicación tanto el D 68/2007, de 14 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia como la resolución de 9 de julio de 2007, de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social, por la que se aprueba el modelo de solicitud para el reconocimiento de la situación de dependencia así como la resolución de 17 de abril de 2007, de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social, por el que se crean, con carácter provisional los modelos de documentación para los expedientes de reconocimiento de la situación de dependencia. La declaración que ha de suscribir el guardador de hecho para poder representar ante el órgano gestor que corresponda

En algunos modelos autonómicos normalizados puede leerse en las instrucciones de cumplimentación, que en los casos en que no firme la solicitud el solicitante, debe presentarse con la firma del representante, o del guardador de hecho. Debiendo acompañarse de una declaración de responsabilidad de éste³⁶⁸. En la solicitud deberá indicarse la capacidad económica del solicitante.

a la persona afectada en el expediente de reconocimiento de la situación de dependencia se reproduce en los mismos términos establecidos para la Comunidad autónoma de Andalucía); **Valencia** (La Conselleria de Bienestar Social dictó el D 171/2007, de 28 de septiembre, del Consell, por el que establece el procedimiento para reconocer el derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas en situación de dependencia: artículo 8 *«Iniciación. 1. El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia se iniciará a instancia del interesado, de su representante legal o de su guardador/a de hecho»*). En cuanto al modelo de solicitud del guardador, se reproducen los términos mencionados), **Castilla-La Mancha** (Se regula mediante D 307/2007, de 18 de diciembre de 2007, del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, y de la composición y funciones de los órganos de coordinación, de atención y valoración de la situación de dependencia. En su decreto contiene novedades interesantes, por lo que a la legitimación activa se refiere, ya que su artículo 10 advierte: *«1. El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o por quien ostente su representación. 2. El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema de las personas presuntamente carentes de capacidad para gobernarse por sí mismas podrá ser instado por el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes o hermanos de la persona presuntamente incapaz. En defecto de éstos o ante la inactividad de los mismos, podrá ser iniciado en interés de aquél, por el guardador de hecho o excepcionalmente por personas que tengan cualquier otra relación de parentesco, de amistad o de vecindad y que tengan conocimiento de los hechos que pueden ser determinantes del reconocimiento de la situación de dependencia, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal tales hechos de acuerdo con lo regulado en el artículo 757 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil»*. De modo que en este caso se reconoce una legitimación activa y subsidiaria del guardador de hecho) y **Extremadura** (Reglamento de la Consejería de Sanidad y Dependencia, D 1/2009, en particular en su artículo 7 contempla los siguientes términos el inicio del procedimiento: *«El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se iniciará a instancia de la persona que pudiera estar incurso en situación de dependencia, de su representante legal o guardador de hecho, mediante la presentación de la correspondiente solicitud, en los términos previstos en el artículo 9»*).

368

Esta declaración que hace el guardador «bajo su responsabilidad» se ha generalizado hasta el extremo de resultar preceptiva en buena parte de las Comunidades Autónomas, caso de que la solicitud de reconocimiento no esté suscrita por el afectado o éste último carezca de representante legal o voluntario. Para MORETÓN SANZ, «la configuración técnica del ámbito de actuación del guardador, por lo que al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se refiere, no parece que se sustente en el Derecho privado sea éste común o foral. Antes bien, esta diversidad de “declaraciones de los guardadores”, así como la construcción de estos nuevos derechos subjetivos de ciudadanía responden, en puridad, al modelo de protección social diseñado en el seno de cada Comunidad Autónoma; a mayor abundamiento, la lectura comparada de estas dispersas “declaraciones” configuran al guardador más como encargado de la guarda que como mecanismo tutelar privado» («El guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las

En mi opinión, si bien se infiere la legitimación al guardador de hecho, habrá que ser muy diligentes porque su actuación está fuera del control judicial; a pesar de la obligación de comunicación que tienen los funcionarios públicos (cfr. artículo 757.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)³⁶⁹. Recordemos que el cuidador no profesional no solo gestiona los asuntos personales del dependiente, sino también su dinero³⁷⁰. Además de que, reconocida la situación de dependencia y el derecho a las prestaciones, la resolución debe establecer un Programa Individual de Atención «*en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a las necesidades de la persona de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente*» (artículo 29 de la Ley de Dependencia). Programa que al autorizar, por ejemplo, un servicio residencial, permite el ingreso al Centro sin anuencia expresa del interesado³⁷¹; situación contraria a Derecho como veremos más adelante.

En verdad, quedan varias interrogantes en este apartado, porque en unos casos los actos del guardador de hecho desplegarán sus efectos y en otros no. No se determina cuáles son sus obligaciones en este ámbito de la dependencia, no se sabe hasta dónde llega la responsabilidad derivada de su actuación³⁷², y, además, en algunas circunstancias, el control judicial puede llegar demasiado tarde.

prestaciones: revisión de los procedimientos autonómicos y las declaraciones efectuadas “bajo se responsabilidad”», *op. cit.*, p. 890).

³⁶⁹ No obstante, es práctica habitual que la Administración pasen por alto esta obligación. PARRA LUCÁN, si bien aplaude la buena intención de las normas autonómicas al afrontar con un criterio realista la situación de las personas en situación de dependencia, cree que con esto se genera «un mundo paralelo de discapacidad que se desarrolla en el ámbito de la asistencia social y queda al margen del control judicial, porque en la práctica los funcionarios que tramitan esas declaraciones no siempre dan traslado a la autoridad judicial de la existencia de una guarda de hecho para que procedan de conformidad con lo previsto en la legislación civil y procesal» («La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *op. cit.*, pp. 2504-2505). Comparte este opinión, MORETÓN SANZ, María Fernanda, «El guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones: revisión de los procedimientos autonómicos y las declaraciones efectuadas “bajo se responsabilidad”», *op. cit.*, pp. 865 y 890.

³⁷⁰ *Vid.* PEREÑA VICENTE, Monserrat, *Dependencia e incapacidad. La libertad de elección del cuidador o del tutor*, Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 27.

³⁷¹ *Vid.* MORETÓN SANZ, María Fernanda, «El guardador de hecho ante la dependencia: revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones “bajo su responsabilidad”», *Diario La Ley*, *op. cit.*

³⁷² Sin embargo, para MONDÉJAR PEÑA las obligaciones y responsabilidades del guardador de hecho están recogidas en el art. 4.4 y 43 de la LPAPAD, respectivamente (cfr. «Capítulo

D. Solicitud de información jurídica y económica de relevancia económica y contable del guardado

En el Boletín Oficial del Estado de 26 de marzo de 2009, se publicó la Ley 1/2009, de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre 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. El propósito de la reforma ha sido mejorar la información entre los distintos registros respecto a las personas incapacitadas y a los patrimonios protegidos que se constituyan en relación a ellas³⁷³. Estos esfuerzos continúan en la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, publicada en el Boletín Oficial del Estado, número 175, con la creación de los registros individuales³⁷⁴.

VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2073). De la misma opinión es MORETÓN SANZ, María Fernanda, «El guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones: revisión de los procedimientos autonómicos y las declaraciones efectuadas “bajo se responsabilidad”», *op. cit.*, p. 865.

Art. 4.4: «Las personas en situación de dependencia y, en su caso, familiares o quienes les representen, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las Administraciones competentes, para la valoración de su grado y nivel de dependencia; a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban, y a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas; o a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente».

Art. 43: «Constituirá infracción: a) Dificultar o impedir el ejercicio de cualesquiera de los derechos reconocidos en esta Ley. b) Obstruir la acción de los servicios de inspección. c) Negar el suministro de información o proporcionar datos falsos. d) Aplicar las prestaciones económicas a finalidades distintas a aquellas para las que se otorgan, y recibir ayudas, en especie o económicas, incompatibles con las prestaciones establecidas en la presente Ley. e) Incumplir las normas relativas a la autorización de apertura y funcionamiento y de acreditación de centros de servicios de atención a personas en situación de dependencia. f) Tratar discriminatoriamente a las personas en situación de dependencia. g) Conculcar la dignidad de las personas en situación de dependencia. h) Generar daños o situaciones de riesgo para la integridad física o psíquica. i) Incumplir los requerimientos específicos que formulen las Administraciones Públicas competentes».

³⁷³ Un estudio sistemático de la reforma se encuentra en MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar, «La Ley 1/2009 de reforma de la Ley del Registro Civil y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre sobre Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 725-742 (contenido en CD-Rom).

³⁷⁴ En su Preámbulo, la Ley advierte que «un Registro Civil coherente con la Constitución ha de asumir que las personas –iguales en dignidad y derechos– son su única razón de ser, no sólo desde una perspectiva individual y subjetiva sino también en su dimensión objetiva, como miembros de una comunidad políticamente organizada. Por este motivo, la Ley abandona la vieja preocupación por la constatación territorial de los hechos concernientes a las personas, sustituyéndola por un modelo radicalmente distinto que prioriza el historial de

Los cambios que se han llevado inicialmente con la Ley 1/2009, suponen una mejora que ya se venía exigiendo en los ámbitos de estudio y debate del régimen jurídico de protección de la persona con discapacidad e incapacitados. Así, hay que destacar el trabajo por la unificación en el Registro Civil Central de todos los datos sobre situaciones de incapacidad³⁷⁵; la modificación que afecta al denominado «mandato preventivo» o de «protección previsto en caso de incapacidad sobrevenida del mandante»³⁷⁶; y las modificaciones de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad³⁷⁷.

cada individuo, liberándolo de cargas administrativas y equilibrando la necesaria protección de su derecho fundamental a la intimidad con el carácter público del Registro Civil. En este sentido, la Ley suprime el tradicional sistema de división del Registro Civil en Secciones –nacimientos, matrimonios, defunciones, tutelas y representaciones legales– y crea un registro individual para cada persona a la que desde la primera inscripción que se practique se le asigna un código personal».

³⁷⁵ Hasta ahora en el Registro Civil Central se inscribían los hechos para los que no fuera competente ningún Registro, y aquellos que no se pudieran inscribir en el correspondiente Registro por concurrir circunstancias excepcionales, de guerra u otras cualesquiera, que impidieran el funcionamiento normal. También se llevaban duplicados de las inscripciones consulares y los matrimonios secretos. Con la modificación del art. 18 de la Ley de Registro Civil se aumentan las funciones del Registro Central. En primer lugar, el nuevo tercer párrafo del artículo, tomando en cuenta la presencia en el ejército español y en las Fuerzas de Seguridad españolas de nacionales de otros países, así como el número de misiones en el extranjero en las que se participan, se ocupa de la inscripción del fallecimiento de esas personas cuando se produce en dichas operaciones militares y en países en los que en tales circunstancias no se practicara la inscripción de fallecimiento. Lógicamente tal cosa no impide trasladar la inscripción ya realizada en el registro del país del que fuera nacional la persona fallecida. No cabe duda que con este sistema se pueden agilizar los trámites, por ejemplo, de cobro de pensiones de viudedad u orfandad. En segundo lugar, en el nuevo cuarto y último párrafo del art. 18 se añade un nuevo libro a los que hasta el momento se llevaban en el Registro Central, es el libro de «incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos». En él se recogerán los duplicados de las inscripciones sobre modificaciones judiciales de la capacidad de obrar, constitución y modificación de los cargos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración de incapaces no incapacitados o menores no sometidos a patria potestad ordinaria. Estos datos son muy variados puesto que comprenden todos los referentes a la incapacitación y cargos tutelares, guarda de hecho una vez que el juez haya tenido conocimiento de la misma y haya dictado alguna medida al respecto, y todo lo referente a los patrimonios protegidos, sea o no el beneficiario un incapacitado.

³⁷⁶ El nuevo art. 46 ter de la Ley 1/2009 aporta una garantía de control externo para la persona que otorgue el «mandato preventivo». Si bien, tal como se ha defendido, la ley no exige forma solemne, lo cierto es que por razones de utilidad prácticamente en todos los casos ese poder se otorgará en escritura pública. Pues bien, la obligación del notario autorizante de notificar el otorgamiento al Registro servirá para dar publicidad a esta situación en que se encuentra el poderdante frente a cualquier interesado.

³⁷⁷ El segundo párrafo del Preámbulo de la Ley 1/2009 pone de manifiesto la voluntad de mejorar la comunicación de la constitución del patrimonio protegido al Ministerio Fiscal para que éste pueda desarrollar la labor de control que en su día le encomendó la Ley de Protección Patrimonial de los Discapacitados. Para ello, con un criterio práctico, se destaca que la determinación del domicilio en función del que se fija la competencia del Ministerio Fiscal no será el del otorgamiento de la escritura de constitución del patrimonio protegido,

En particular, dentro de las novedades de la ley, se presenta una regulación más completa del guardador de hecho, dando un giro a su concepto. Con esta normativa, se demuestra una vez más, que no es posible cerrar los ojos ante una situación que en la práctica es la que más se da en los casos de discapacidad y que suele funcionar bien para el interés de la persona. El artículo 38 introduce la posibilidad de anotar «*A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, (...) con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias: (...) 6. La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del (...) presunto incapaz. En ningún caso las anotaciones constituirán la prueba que proporciona la inscripción*». Asimismo, la Disposición Adicional Única de la Ley 1/2009 legitima al guardador de hecho «*para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones*».

El artículo 38.6 de la Ley de Registro Civil de 1957, reformada por la Ley de 2009, en concordancia con el artículo 40.3.9 de la Ley de Registro Civil de 2011³⁷⁸, admite la anotación registral de la guarda de hecho, posibilidad que, en principio, le

sino el de la persona con discapacidad (se añade un último párrafo al art. 3.3 de la Ley 41/2003, en él se dispone que «*los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución. El fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente para su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con su estatuto orgánico*»). Asimismo se dan cabida a las comunicaciones telemáticas en este ámbito. También, dentro de este pragmatismo, se aclara el concepto de acto de disposición de determinados bienes integrados en los patrimonios protegidos. La Ley 1/2009 añade un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 5 de la Ley 41/2003, que busca completarlo para evitar cualquier duda sobre los límites de disposición del administrador por sí solo. En el nuevo apartado se dice que no se considerarán actos de disposición, el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiada, lo que se justifica en la finalidad de satisfacer las necesidades vitales de sus titulares, tanto con los bienes y derechos integrados en ellos, como con sus frutos, productos y rendimientos. Entre los actos que el tutor no puede realizar sin autorización judicial no está incluida la disposición de bienes muebles, salvo los de extraordinario valor. Es evidente que el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles, si es bastante elevado, puede suscitar la duda de si resultaría equivalente a la disposición de un bien mueble valioso y, por tanto, necesitado de autorización judicial.

378

Su redacción es más escueta y se limita a permitir la anotación de la guarda de hecho [«3. Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos: 9. (...) la guarda de hecho»].

otorgaría publicidad de carácter informativo³⁷⁹. No obstante, resulta obligado realizar un análisis detallado de la norma, porque genera algunos problemas hermenéuticos.

En primer lugar, hay que determinar qué guarda de hecho es la que tiene acceso al registro, si es la guarda en sentido estricto (la puramente fáctica) o la guarda judicializada (de la que tiene conocimiento de la autoridad judicial); y, en segundo lugar, si su anotación legitima al guardador para actuar en el tráfico jurídico.

Del precepto citado se infiere que es la guarda del incapaz no incapacitado (persona en la que concurre causa de incapacitación pero que no está incapacitada)³⁸⁰, conocida por la autoridad judicial, y con medidas de control y vigilancia la que accede al registro (guarda de hecho judicializada)³⁸¹. Interpretarlo

³⁷⁹ El art. 40.1 LRC 2011 establece que «Las anotaciones registrales son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción». Antes de la reforma «el guardador de hecho y las medidas de control judicial del menor o incapaz eran de dudosa inscripción en el Registro Civil, por no estar expresamente previsto en la legislación estatal o civil, al igual que el resto de resoluciones del Juzgado de Primera Instancia cautelares o previas a la incapacitación» (POZO MOREIRA, Francisco Javier, «La reforma del Registro Civil por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos», *op. cit.*). A DE SALAS MURILLO le produce perplejidad «dar publicidad registral, siquiera sea informativa, a lo que se considera una situación de hecho, cuya publicidad parece que debería derivar de la propia notoriedad pública del mismo. El conflicto ya se ha planteado al hilo de los registros administrativos de las uniones de hecho o parejas estables no casadas: no en vano, la inscripción en dichos Registros es requisito imprescindible en la mayoría de las legislaciones autonómicas, para obtener la “juridificación” de dichas uniones no matrimoniales, a efectos de la aplicación de las correspondientes medidas legales (administrativas y civiles) (...). Pero al margen de los registros administrativos, lo cierto es que ni en la LRc 1957 ni en la nueva LRc 2011, se prevé su anotación o mención en el Registro civil, pese a que hubo una Proposición de Ley en 2003 (...). El panorama es claramente distinto en el caso de la guarda de hecho, cuyo acceso al Registro civil (...) está abierto desde la Ley 1/2009 y refrendado en la LRc 2011, sin necesidad de contar con registros administrativos al efecto» (*La publicidad de la discapacidad en el Registro civil, op. cit.*, 2011, pp. 164-165).

³⁸⁰ Para DE SALAS MURILLO, con esta disposición, y más por el contexto en la que se aprobaron los preceptos de la Ley 1/2009, «quedarían fuera del Registro situaciones descritas por la doctrina que no llegarían a dar base a una incapacitación y sin embargo, sí que podrían dar lugar a una guarda de hecho, como una situación de riesgo o peligro personal o patrimonial en el guardado, siempre que tenga una cierta permanencia: *v.gr.* personas sometidas a manipulación mental o situaciones análogas». Asimismo, queda fuera la guarda de hecho el guardador legal no cumple o descuida sus funciones. Este supuesto, «a la vista de la normativa estatal (...) nos sitúa ante un guardador de hecho de carácter provisional» cuya solución debe reconducirse a la remoción o sustitución del guardador legal. «Por estas mismas razones, tampoco habría que incluir, a efectos de su anotación, los supuestos de “delegación” por parte del guardador legal de sus funciones a un guardador que, por no ser legal, sería en cierto sentido, un *guardador de hecho*» (cfr. *La publicidad de la discapacidad en el Registro civil, op. cit.*, pp. 172-173).

³⁸¹ POZO MOREIRA propone, a título de modelo, la siguiente anotación marginal: «ANOTACIÓN.– En fecha..., se ha procedido a asumir la función de guardador de hecho el

así facilita su anotación, porque el mandato judicial se constituiría en título habilitante.

La utilidad de esta anotación registral solo es informativa, tanto para los terceros, como para el juez que ha de realizar un seguimiento al guardador de hecho³⁸² y estaría al tanto de las personas sometidas a esta guarda y a sus guardadores. Además, podría ser fundamento para que se otorgue un título de legitimación para actuar en el tráfico jurídico, anexo a los diferentes medios con los que cuenta para constatar su condición (resolución de jurisdicción voluntaria³⁸³, decreto fiscal³⁸⁴ o acta de notoriedad notarial³⁸⁵)³⁸⁶.

Sr..., acordando iniciar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar /o designar tutor conforme la delación del discapaz» («La reforma del Registro Civil por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos», *op. cit.*). En mi opinión, estos últimos términos indican que el autor se decanta por una guarda de hecho caracterizada por su provisionalidad.

³⁸² La referencia a los efectos informativos implica que la anotación, ni es constitutiva, ni requisito de eficacia respecto de terceros.

³⁸³ Según SANTOS URBANEJA, se puede solicitar el reconocimiento de la condición de guardador de hecho a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. La resolución judicial obtenida declarará frente a terceros la existencia de aquél. El procedimiento sería el siguiente: 1. Escrito dirigido al juzgado de 1ª instancia correspondiente al domicilio del guardado (no es necesario abogado ni procurador puesto que la pretensión tiene su causa en una situación regulada dentro del Título X del Código Civil, y la eventual oposición de un tercero no supondría el archivo del expediente, sino que se analizaría dentro del mismo). 2. Práctica de la prueba (reconocimientos, audiencias y periciales). 3. Informe del Ministerio Fiscal. Y 4. Auto del juez. Si se acredita la situación de hecho y el beneficio para el guardado, el auto declara la existencia de la guarda y habilita al guardador actuar, convirtiéndose en un título justificativo (cfr. «Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código civil», *Jornadas sobre la protección jurídica en la incapacidad*, Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007, pp. 158-159).

³⁸⁴ Este instrumento también podría demostrar la existencia de la guarda de hecho, porque su naturaleza fáctica hace que cualquier constatación con suficientes garantías baste para certificarla. Ante la noticia de una posible situación de incapacidad, el Ministerio Fiscal apertura las diligencias informativas. En ellas se oirá a la familia si la hubiere y se recabarán informes médicos y sociales. Si estima que de las circunstancias (buen cuidado del guardado por el guardador de hecho) no es oportuno solicitar la modificación de la capacidad de obrar; su decisión la plasma en un decreto que se constituirá en un título justificativo de la guarda. La Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2000 establece que las decisiones adoptadas por el Ministerio Fiscal, sea en la fase de diligencias preliminares o en el expediente de reforma, revestirán siempre la forma de decretos.

³⁸⁵ Art. 209 RN: «Las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales pueden ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica». Estas actas permiten constatar determinados hechos que no son directamente perceptibles pero si notorios y que pueden fundamentar derechos. El notario realizará las pruebas pertinentes que acrediten la veracidad de los hechos y emitirá un juicio sobre la notoriedad o no de la situación interesada. Según LEÑA FERNÁNDEZ, para verificar la discapacidad «el notario se desplazará al lugar procedente, si fuere preciso o conveniente para el propio discapacitado, y adoptará las cautelas que estime convenientes para que éste no se sienta negativamente “afectado” ni

En contra, PARRA LUCÁN expresa que «si se atribuye una eficacia legitimadora a la anotación se estaría proporcionando a los terceros que se relacionaran con el guardador una garantía de que su actuación estaba amparada por el Derecho cuando, realmente (...) el guardador no tiene conferida legalmente la representación de la persona guardada. Al tratarse de una guarda judicializada, la legitimación para el ejercicio de las funciones que se le hayan conferido de forma puntual y provisional derivarán, no de la práctica del asiento, sino de la propia resolución judicial (...)»³⁸⁷.

Consecutivamente, la Ley 1/2009, en su Disposición Adicional Única, legitima al Ministerio Fiscal, tutores y guardadores de hecho para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho³⁸⁸. De esta forma, «1. El Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificativa de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho. 2. Estarán obligados a facilitar la

se perjudiquen sus relaciones con la familia o con el guardador». Por otro lado, para comprobar la entidad de la discapacidad, continúa este autor, «basta con la presencia ante el notario, de dos facultativos elegidos por él, que sean especialistas en la materia, y que dictaminen sobre la incapacidad, al modo como lo preceptúa el artículo 665 Cc. para el testamento del incapacitado en intervalo lúcido (...). Los facultativos deberán determinar si la discapacidad que sufre la persona de que se trate le impide absolutamente gobernarse a sí misma o sólo relativamente, necesitando, en este último supuesto, sólo el complemento de una asistencia para sus distintas actuaciones (...)» («El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *op. cit.*, p. 209).

³⁸⁶ No obstante, se pueden presentar fricciones entre los diferentes mecanismos de comprobación, porque una guarda puede estar anotada en el Registro Civil y la otra reconocida por decreto del Ministerio Fiscal dictado en expediente informativo. El problema sería decidir cuál debe prevalecer. Pienso que esta circunstancia se dilucida con el concepto de superior interés del guardado y la utilidad del acto realizado por el guardador, recogido en el artículo 304 del Código Civil; y si un acto no cumple con estas condiciones se impugnará.

³⁸⁷ «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, *op. cit.*, p. 233.

³⁸⁸ El texto de la Disposición es el resultado de las modificaciones del Proyecto en el Congreso, modificaciones procedentes de dos enmiendas. En concreto la que introduce como mejora técnica la figura del guardador de hecho en una enmienda transaccional del Grupo Mixto [cfr. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Diario de Sesiones, Comisiones*, Año 2008, IX Legislatura, Núm. 149, pp. 6-7, <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey> (consulta: 09 de julio de 2015)].

información a que se refiere el apartado anterior, con sujeción a sus respectivas normas de procedimiento, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, las Haciendas Forales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, los centros u organismos públicos de gestión tributaria de las Comunidades Autónomas, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los Notarios y cualquier otro organismo público que por razón de sus funciones y competencias pueda tener información de la relevancia patrimonial o contable a que se refiere esta norma. 3. La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones».

Esta norma autoriza a los implicados en el desempeño de las instituciones tuitivas, a solicitar la información necesaria para el cometido de las labores de tutela o guarda.

En el apartado 1, se legitima al Ministerio Fiscal con el objetivo de cumplir con la aprobación de cuentas anuales y cuenta general justificativa de la administración del tutor al extinguirse la tutela; y para el control periódico que se haya establecido en la tutela o guarda de hecho. En consecuencia, de modo directo se detalla el objetivo de la información obtenida. Esta especificidad, no la contempla el numeral tercero, que solo se limita a legitimar a las personas que ejercen funciones tutelares y al guardador de hecho, sin más. Esto no es óbice para incluir en el primer grupo al tutor, curador y defensor judicial (instituciones de guarda y protección que recoge el artículo 215 del Código Civil). El tutor está legitimado para solicitar la información porque debe cumplir con la obligación de hacer inventario (cfr. artículo 262 del Código Civil); rendir cuenta anual de su administración (cfr. artículo 269.4 del Código Civil) y cuenta general al cesar sus funciones (cfr. artículo 279 del Código Civil). Por su parte, el curador, si bien no está obligado a presentar las cuentas finales o anuales de forma similar a lo del tutor, la información jurídica y económica le resulta de interés para el ejercicio de sus funciones, porque intervendría con mayor conocimiento de causa de la situación patrimonial del curatelado. En el

supuesto del defensor judicial, el acceso a la información le será útil cuando termine con su función y rinda cuentas al juez (cfr. artículo 302 del Código Civil).

Diferente panorama se observa en la guarda de hecho. Su «regulación» no especifica las funciones del guardador. En la guarda de hecho en sentido estricto, nada se puede exigir respecto al inventario o rendición de cuentas porque, ésta es una figura *ex post facto*³⁸⁹. Además, «una interpretación literal de la disposición adicional (...) nos llevaría a reconocer la legitimación de cualquiera que se proclame guardador de hecho para obtener información patrimonial o contable sobre el guardado; hecho este inaudito en cuanto podría suponer una clara intromisión ilegítima de los derechos fundamentales amén de una infracción del art. 22.1 de la Convención (...)»³⁹⁰. Sin embargo, una vez que la autoridad judicial tenga conocimiento de la situación, puede establecer como medida de control que el guardador presente inventario y la rendición de cuentas³⁹¹.

En esta guarda judicializada conviene legitimar al guardador de hecho para obtener la información jurídica y económica del guardado. El mandato judicial se

³⁸⁹ Para LECIÑENA IBARRA, la guarda de hecho en sentido estricto no encuentra encaje en la Disposición Adicional única de la Ley de 2009. Los cometidos de esta Disposición, son propios «de una figura con proyección de futuro que se compadece mal con la situación fáctica a que hace referencia los arts. 303 y ss. CC» (*La guarda de hecho de las personas mayores, op. cit.*, p. 86).

³⁹⁰ *Ibidem*

³⁹¹ Antes de incorporarse la referencia al guardador de hecho, la Enmienda que introdujo el punto tercero de la Disposición Adicional Única, establecía «*El principal motivo de esta modificación es que las personas físicas y jurídicas con responsabilidades en la atención a dependientes se encuentran con muchas dificultades para obtener información patrimonial de ciertos organismos públicos necesaria para desenvolver sus funciones. Por ejemplo, para obtener información de la oficina de Averiguación Patrimonial hay que solicitarlo al juez para que éste la oficie. En estos trámites se pierde tiempo y el tutor tiene la obligación de presentar el inventario de bienes del/de la tutelado/a en el plazo de sesenta días. La información sobre los bienes y las cuentas de los/as tutelados/as es fundamental para sus tutores en tanto que son estos los encargados de la administración de su patrimonio. Esta responsabilidad no se puede ejercer correctamente si no se cuenta con la información completa sobre el mismo. Estas dificultades añadidas llevan a los tutores a que tengan que buscar la información en cada una de las entidades bancarias consultando la existencia de cuentas pertenecientes a los/as tutelados/as, de la misma manera sucede con los bienes inmuebles para los que es necesario recurrir a los departamentos de catastro de las oficinas municipales sin poder acceder a la información de las oficinas centrales del Catastro. La información patrimonial también es importante para elaborar los informes de rendición anual y final de cuentas, ya que en ellas se tienen que reflejar las modificaciones patrimoniales que se pudieron producir en el transcurso del año*» [CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Año 2008, IX Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, Núm. 5-5, p. 2, <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey> (consulta: 17 de noviembre de 2015)].

convierte en título habilitante para acceder a la información que otorgan los organismos públicos, que por razón de sus funciones puedan tener datos de relevancia patrimonial y contable a que se refiere la norma³⁹².

Según el buen juicio de PARRA LUCÁN, «la finalidad por la que se introduce en la ley la posibilidad de que el tutor solicite información sobre la situación patrimonial del pupilo es facilitarle el ejercicio de sus funciones por lo que se refiere a la confección de inventario, identificación de los bienes sometidos a la administración o rendición de cuentas. La inclusión del guardador de hecho como persona a la que se autoriza para obtener información debería ponerse en relación con la necesidad de cumplir con la información que le sea requerida judicialmente. Fuera de la solicitud de información previo requerimiento judicial, no parece razonable permitir el acceso a información de una persona, sin control ni posibilidad de acreditar el cumplimiento de una función que no le ha sido atribuida por nadie. En particular, la actuación de una persona en representación de otra que, o bien es plenamente capaz o bien está sometida a la representación de una persona diferente, puede originar vulneración de derechos, originar una intromisión ilegítima en una esfera para la que carece de legitimación»³⁹³.

³⁹² Por esta razón, no creo que encaje en la norma la solicitud de información del guardador de hecho que ha solicitado el reconocimiento de la situación de dependencia de la persona con discapacidad. En este sentido, no comparto el parecer de RIVERA ÁLVAREZ cuando dice que «la disposición adicional (...) debería reconocer legitimación al guardador para acceder a la información necesaria para el ejercicio de las funciones reconocidas por la ley. En concreto, dado que en el marco de 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 que sea el guardador el que solicite el reconocimiento de tal situación, parece coherente con tal situación que el guardador pudiera recabar información económica que ilustrase la capacidad económica del beneficiario, circunstancia que ha de tenerse en cuenta para la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas (art. 33.2 Ley 39/2006)» («¿Realiza el guardador de hecho una función que le legitima para la obtención de información jurídica y económica de los organismos públicos?», *op. cit.*, p. 1016).

³⁹³ «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 2505. De la misma opinión es MONDÉJAR PEÑA cuando, al hablar de las obligaciones del guardador de hecho, advierte que la Disposición Adicional Única de la Ley 1/2009 puede facilitarle cumplir con la obligación de informar sobre el estado de la persona y bienes del guardado (cfr. «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2066). Por su parte, para RIVERA ÁLVAREZ, lo dispuesto en la Disposición Adicional Única es producto de la incorrección técnico jurídica del legislador, y solo una vez conocida la situación por el juez, por el Ministerio Fiscal o por las entidades públicas que tengan atribuida la protección del guardado, la labor del sujeto guardador de hecho podrá ser valorada y ser objeto de control y vigilancia, siendo sometido a una serie de obligaciones para cuyo cumplimiento se le legitima para solicitar información jurídica y económica que se predica en la Disposición Adicional Única. Por ello para poder obtener dicha información deberá el guardador de hecho identificar claramente en su solicitud dicha finalidad, incluyendo en la misma la resolución o acto judicial en donde se le

E. Supuesto discutido: internamiento involuntario en Centros residenciales

El caso que se va a examinar, es si el guardador de hecho de una persona que no puede gestionar por sí misma sus intereses puede decidir internarla en un Centro residencial.

Según FÁBREGA RUIZ, «el internamiento es una medida de protección que se adopta, bien para lograr un mejor tratamiento médico o rehabilitador, bien para obtener una mayor calidad de vida y asistencia de la persona internada cuando ésta no se puede conseguir por otros medios. El principal problema que tiene la regulación de esta materia en nuestro ordenamiento jurídico es que el mismo contempla únicamente el internamiento de carácter terapéutico que, como veremos, no es el único que puede practicarse»³⁹⁴. En efecto, la cuestión es, ante la gran frecuencia con que se produce el ingreso de personas de avanzada edad en residencias de mayores, si necesariamente para lograr su internamiento se debe acudir al mecanismo del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Antes de la promulgación de la Ley de Dependencia (Ley 39/2006, de 14 de noviembre), no existía una regulación concreta para los ingresos de mayores en Centros residenciales. Posteriormente, esta ley, en el artículo 4.g) y h), reconoce el derecho a las personas en situación de dependencia «a decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial» y «al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio»³⁹⁵. No obstante, este proceso contradictorio no ha sido atendido por

reclama dicha información, con objeto de que en el procedimiento administrativo concreto pueda justificar la legitimación activa (cfr. «¿Realiza el guardador de hecho una función que le legitima para la obtención de información jurídica y económica de los organismos públicos?», *op. cit.*, pp. 998, 999, 1003 y 1011).

³⁹⁴ «Problemática específica de los internamientos de carácter residencial, medios de contención y vigilancia de los derechos fundamentales en los centros residenciales». *Jornadas organizadas por Aequitas y el Centro de Estudios Jurídicos sobre el ingreso involuntario: novedades y problemática celebradas en Madrid los días 9 y 10 de marzo de 2009*, <http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/actividades/jornadas/jornadas-celebradas> (consulta: 10 de diciembre de 2015).

³⁹⁵ Este precepto está en consonancia con el art. 14.1 de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad: «Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad».

el legislador, aplicándose en su lugar, por la mayoría de las Comunidades Autónomas, el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁹⁶.

La pregunta que surge es, si se puede equiparar a la persona que por un brote derivado de una enfermedad mental, tiene que ser ingresada urgentemente en un centro psiquiátrico para recibir un tratamiento médico para dicho momento determinado, con la de una persona de avanzada edad que sufre demencia senil y que es ingresada en una residencia y no se puede conocer si es conforme o no con dicho ingreso³⁹⁷.

³⁹⁶ Art. 763 LEC: «1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley. 2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor. 3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley. En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación. 4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente».

³⁹⁷ A juicio de FÁBREGA RUIZ, este ingreso en centros residenciales se debe permitir «(...) con un carácter excepcional y solo cuando sea estrictamente necesario, bien por existir un riesgo grave para el paciente, bien si la ausencia del internamiento entraña un deterioro en el estado del paciente o impide que este reciba el tratamiento adecuado» («Problemática específica de los internamientos de carácter residencial, medios de contención y vigilancia de los derechos fundamentales en los centros residenciales», *op. cit.*).

La respuesta no es homogénea. Para algunas Audiencias Provinciales, los ingresos asistenciales se incluyen dentro del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁹⁸, porque ingresar a una persona que no puede decidir, supone una limitación del principio libertad que protege la Constitución³⁹⁹. «*Si se exige autorización judicial para ingresar a un paciente que tiene un trastorno psíquico, con mayor motivo se exigirá para internarlo si no lo tiene, o si el que tiene es meramente degenerativo, de igual modo que siendo exigible para un internamiento con finalidad curativa, temporal o provisional y necesaria en un centro de carácter psiquiátrico, con mucho mayor motivo resulta exigible si ese internamiento no es necesario sino sólo conveniente para quienes cuidan del sujeto, y si se hace sin finalidades curativas sino asistenciales y con carácter indefinido, y en lugar de un centro psiquiátrico en una residencia*»⁴⁰⁰.

Por su parte, otras sentencias de las Audiencias Provinciales, ateniéndose a la literalidad del precepto, han considerado que todo ese procedimiento (intervención de la autoridad judicial, médico forense y Ministerio Fiscal) no es necesario para el ingreso en una residencia⁴⁰¹, porque: no es lo mismo internar a alguien por motivos

³⁹⁸ Vid.: AAP Sevilla de 21 de noviembre de 2012; AAP Castellón de 15 de noviembre de 2012; AAP A Coruña de 2 de febrero de 2012; AAP Pontevedra de 6 de octubre de 2011; AAP Pontevedra de 22 de septiembre de 2011; AAP Madrid de 2 de julio de 2010; AAP Valencia de 29 de abril de 2010; AAP Jaén de 8 de mayo de 2009; AAP Huelva de 24 de julio de 2006; AAP Cádiz de 16 de marzo de 2006; AAP Toledo de 16 de enero de 2003 y AAP Segovia de 27 de marzo de 2000. Hay autores que defienden esta posición, *vid.* BUSTOS VALDIVIA, Inmaculada, «Consideraciones sobre el internamiento por razón de trastorno psíquico a partir de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de mayo de 1996», *Actualidad Civil*, Núm. 4, 2000, p. 1304; RIBERA I GARIJO, Elena, «Algunas cuestiones sobre el internamiento de enfermos mentales», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 90, Núm. 1, 1991, pp. 171 y 178 y LETE DEL RÍO, José Manuel, «Internamiento por razón de trastorno psíquico», *Actualidad Civil*, Núm. 4, 2002, pp. 1305-1323.

³⁹⁹ Art. 17 CE: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley. 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes a los esclarecimientos de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. 4.- La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional».

⁴⁰⁰ Vid. AAP Toledo de 16 de enero de 2003.

⁴⁰¹ Vid. SAP Cádiz de 2 de junio de 2009; AAP Valladolid de 29 de septiembre de 2005; AAP Sevilla de 21 de octubre de 2003; AAP Vizcaya de 28 de enero de 2003; AAP Segovia de 27

de enfermedad mental en un centro psiquiátrico, que ingresar a una persona que sufre demencia senil en una residencia asistida; el trastorno psíquico que justificaría la intervención judicial no se dan en el caso de personas con demencia que ingresan en una residencia geriátrica; la aplicación del procedimiento de internamiento puede llegar a ser pernicioso para las personas que se pretende proteger al someterlas a desplazamientos, visitas y controles médicos y jurisdiccionales no necesarios para la defensa de sus intereses. Intereses por los que corresponde velar a las Administraciones públicas competentes en la materia «servicios sociales»⁴⁰²; y porque el procedimiento del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está presidido por las notas de excepcionalidad, necesidad, transitoriedad y urgencia⁴⁰³.

En realidad, el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se aplica íntegramente en estos casos.

DE MARTÍ VALLÉS, identifica cada uno de los inconvenientes que trae el precepto. Para este autor, habitualmente no se acude a este procedimiento porque los ingresos que son necesarios se verían diferidos en el tiempo. Asimismo, si se tratan como ingresos urgentes por «urgencia social», la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas (al ser una limitación de la libertad) debe ratificar el ingreso y si

de marzo de 2000; SAP Barcelona de 19 de noviembre de 1996 y AAP Barcelona de 24 de julio de 1996. Un gran sector de la doctrina se ha pronunciado en este sentido: *vid.* SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, p. 141); GARCÍA GARCÍA, Lucía, *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*, Revista General del Derecho, Valencia, 2000, p. 224; SANTOS MORÓN, María José, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 de la LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 24 y DE SALAS MURILLO, Sofía, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 281 (nota 468).

⁴⁰² Cfr. DE MARTÍ VALLÉS, Josep, «El ingreso de personas con deterioro cognitivo en residencias», *Diez temas jurídicos del portal de mayores*, MARTÍNEZ MAROTO, Antonio (Coord.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, p. 44.

⁴⁰³ Para LECIÑENA IBARRA, los que rechazan la aplicación del art. 763 al internamiento residencial «consideran que el internamiento forzoso o involuntario al que se refiere el art. 763 Lec, ha de ser considerado como una medida puntual encaminada a atender y dar inmediata respuesta a una fase crítica dentro del proceso patológico de un enfermo mental que precisa del ingreso para evitar que se cause daño a sí mismo o a terceros, o a la situación de una persona que sin tal base patológica sufre una crisis transitoria que alterando su conciencia y voluntad puede provocar consecuencias gravosas, no pudiendo asimilarse a estas situaciones, que no presentan la nota de permanencia, ni pueden calificarse de definitivamente consolidadas y no susceptibles de curación o mejoría, supuestos como una enfermedad degenerativa y de naturaleza irreversible» (*Guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 108). La jurisprudencia menor, también se pronuncia en esta línea, *vid.* AAP Vizcaya de 28 de enero de 2003.

no lo hace, pasadas las mismas debería «dejar libre» a la persona (cfr. artículo 17.1 de la Constitución Española).

Otro problema que hace inaplicable la norma es el control posterior del ingreso. «Este control es totalmente comprensible cuando una persona sufre algún tipo de enfermedad mental en el que existe, aunque remota, la posibilidad de cambio o mejoría. En los casos de demencias, las comunicaciones posteriores y periódicas, difícilmente pueden ser atendidas por los jueces. Si se generalizase la aplicación literal del precepto, el control posterior sería casi imposible»⁴⁰⁴.

De lo visto, considero que la aplicación íntegra del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se acopla al internamiento no voluntario en Centros residenciales; sin embargo, debe existir intervención judicial para su realización. En efecto, el contexto exige una modificación de la legislación aplicable en la materia, que «adaptase los mecanismos garantistas del art. 763 Lec a esta realidad en la que el ingresado padece de una enfermedad degenerativa sin posibilidad alguna de recuperación y cuya capacidad de autodeterminación ha sido destruida por la enfermedad»⁴⁰⁵.

Teniendo en cuenta esta conclusión, es lógico entender que el guardador de hecho de un presunto incapaz no incapacitado no está legitimado para solicitar directamente al Centro residencial el internamiento de su guardado.

V. INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS AL GUARDADOR

Finalmente, para terminar con el análisis del régimen jurídico de la guarda de hecho, el artículo 306 del Código Civil hace una remisión al artículo 220, el cual dispone: «*la persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa de su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento*».

En efecto se reconoce al guardador de hecho el derecho a ser indemnizado si sufre daños y perjuicios por el ejercicio de la guarda. En un sentido más amplio se

⁴⁰⁴ Cfr. DE MARTÍ VALLÉS, Josep, «El ingreso de personas con deterioro cognitivo en residencias», *op. cit.*, p. 44.

⁴⁰⁵ LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 112.

pronuncia el legislador catalán en el artículo 225-4, porque además de la indemnización reconoce el derecho al reembolso de los gastos⁴⁰⁶. La jurisprudencia menor, también juzga este tema⁴⁰⁷.

En la doctrina existen posturas contrapuestas respecto a la conveniencia o no de este artículo. LETE DEL RÍO, considera que aceptarlo significaría reconocer derechos a una persona que ejerce una actividad ilegal; dice «cabe preguntarse si efectivamente en esencia la guarda de hecho es una actividad ilegal, ¿por qué se le concede derecho a obtener indemnización de daños y perjuicios (...)? Es más,

⁴⁰⁶ Art. 225-4: «El guardador de hecho tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización de daños por razón de la guarda, a cargo de los bienes de la persona protegida». Según SÁNCHEZ JORDÁN, gastos y perjuicios son conceptos diferentes, los primeros deben ser «reembolsados» una vez fijado su importe; y los segundos, indemnizados (cfr. *La gestión de negocios ajenos*, Civitas, Madrid, 2000, p. 516).

⁴⁰⁷ Vid. SAP Lugo de 5 de julio de 2001: Frente a la condena en primera instancia a abonar a la actora la cantidad de 5.1000.000 ptas. en concepto de indemnización de daños y perjuicios por el ejercicio de la guarda de hecho en la persona del incapaz don Armando F., la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, revoca la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia y en su lugar se dicta otra por la que se absuelve a los demandados de la pretensión ejercitada, con imposición de las costas de esta alzada. Entre los argumentos en los que funda el pronunciamiento destaca: «Finalmente, tampoco han quedado acreditados los daños y perjuicios, no existiendo documental alguna de la explotación ganadera –si es que pertenecía a doña Gloria y su marido– sino simplemente un a testifical en la que al ser repreguntados los testigos, no supieron contestar en la repregunta 6) a la 8) cuantas vacas había entonces y cuántas hoy, manifestando incluso la Sra. V.R. desconocer si durante el periodo que doña Gloria cuidó de D. Armando, tuvo incluso que disminuir el número de cabezas de ganados, pues era imposible que el esposo le atendiera solo». Asimismo está la SAP Salamanca de 9 de junio de 2014 que reconoce al sobrino como un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, en el sentido de que no tenía ninguna obligación contractual, ni legal de hacer dicho pago. «De manera que es incuestionable que nació el derecho al reembolso en favor del tercero que realizó el pago, en este caso, el actor. Cuyo comportamiento debe entenderse más bien como comportamiento del guardador de hecho del presunto incapaz, a quien el art. 306 CC manda aplicar el art. 220 CC previsto en favor del tutor, es decir le da derecho a resarcirse de los daños y perjuicios sufridos, que a los efectos que nos ocupan se han concretado en el reembolso de los gastos realizados. Sería un buen gestor de negocios ajenos en beneficio del propio deudor, que no ha hecho dicho pago, ni puede llevarlo a cabo dada su enfermedad mental, pago que, se insiste, da derecho a su reembolso, sin subrogaciones de ningún tipo, ni convencionales, que no constan, ni legales, que no existen. En definitiva, en ninguno de los pagos realizado por el actor en beneficio de su tía causante se produjo ninguna subrogación en la posición de la acreedora de la residencia de ancianos, puesto que el actor no expresó la voluntad de subrogarse en los créditos del acreedor, ni existe pacto a tal respecto entre dicho acreedor, la residencia de ancianos, y el actor; ni tampoco puede hablarse de subrogación legal, porque no consta que el actor tuviese interés en realizar dicho pago por virtud de algún tipo de contrato o de una norma legal, pues la causante deudora no necesitaba alimentos ex art. 142 CC, ya que tenía suficiente patrimonio. En consecuencia, no cabe hablar sino del pago de un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, pago que además no ha sido contradicho por el deudor, el cual lo ha ignorado en todo momento, dada su enfermedad mental. Por consiguiente, como hemos visto, la consecuencia de dicho pago no puede ser otra que la del derecho de reembolso en favor del actor, que al no tener un plazo especial de prescripción, según el artículo 1964, prescribe por el transcurso de los 15 años, que en absoluto han transcurrido por el momento».

obsérvese que se ha dicho que el sometido a la guarda se lucra de la ventajas de una tutela regular, pero que en las relaciones entre el guardador de hecho y el menor o incapacitado, aquél no puede prevalerse de las ventajas que tendría un tutor regular. Por consiguiente, parece claro que el guardador no debería poder resarcirse de los daños y perjuicios sufridos en el desempeño de su actividad (...)»⁴⁰⁸. Otros, refieren que la inclusión del artículo 306 ha sido acertada, porque permite la aplicación analógica de las normas de la tutela a la guarda de hecho; no se discrimina al guardador de hecho del tutor legal y, además, zanja la cuestión de si procede o no la indemnización al guardador⁴⁰⁹. Por su parte, NÚÑEZ MUÑIZ, aunque se plantea la paradoja que implica el reconocimiento de este derecho cuando la función ha sido asumida por cuenta y riesgo del guardador de hecho, muestra una actitud positiva a la inclusión del artículo por razones de justicia⁴¹⁰.

En otro ámbito está la opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO respecto, no de la conveniencia de la inclusión del artículo, sino de la remisión al artículo 220. Para este autor el método es innecesario, porque se hubiese llegado al mismo resultado con la regulación del mandato (cfr. artículo 1729 del Código Civil⁴¹¹) o de gestión de negocios ajenos (cfr. artículo 1893 del Código Civil⁴¹²); y, además, porque deja en la penumbra si la indemnización excluye la retribución, teniendo en cuenta que ambas son bien distinguidas para el caso de la tutela (cfr. artículos 220 y 274-

⁴⁰⁸ «Comentarios a los artículos 199-332», *op. cit.*, p. 493.

⁴⁰⁹ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 137 y «Comentario a los artículos 303 a 306», *op. cit.*, p. 869.

⁴¹⁰ Dice esta autora: «no deja de ser llamativo, es más, puede incluso resultar contradictorio el reconocimiento de este derecho cuando ha asumido, por su cuenta y riesgo, unas obligaciones que no sólo no le correspondían, sino que además para asumirlas deja de cumplir otra que específicamente le reconoce la ley: promover la constitución de la tutela. No obstante, justo es reconocer que al hacerse cargo del cuidado de una persona asume una gran responsabilidad y evita que ésta quede desprotegida al procurarle la asistencia necesaria, pudiendo también ocurrir que el no promover la constitución de la tutela se deba al desconocimiento de las formalidades para la misma, y hasta puede que ignore ese deber, aunque esa ignorancia no le excuse del cumplimiento. De todas formas, parece justo que si alguien se hace cargo del cuidado de otra persona sin derecho a ello, y cumple debidamente su función, y esto le ha ocasionado unos perjuicios, debe resarcirse» («La guarda de hecho», *op. cit.*, p. 446).

⁴¹¹ Art. 1729 CC: «*Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario*».

⁴¹² Art. 1893 CC: «*Aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo (...)*».

275 del Código Civil)⁴¹³. Otros autores creen que hubiera resultado más acertado incluir una norma propia para la guarda de hecho⁴¹⁴.

Hecha la remisión, conviene analizar el artículo 220 del Código Civil con el objetivo de comprobar si resulta aplicable cabalmente a la guarda de hecho.

Este artículo, en sus primeras líneas dispone: «*la persona que en el ejercicio de una función tutelar (...)*» sufra daños tendrá derecho a ser indemnizada; de lo que se infiere que los daños y perjuicios deben ser consecuencia directa de aquel ejercicio, excluyendo aquellos que, si bien se presentan durante el desarrollo del cargo, no son consecuencia directa de éste⁴¹⁵. De ahí que, «resulta necesario que exista una relación de causalidad entre el ejercicio de la guarda y la producción de los perjuicios»⁴¹⁶. En el supuesto de la guarda de hecho, y qué es lo que se debe entender por «ejercicio de funciones tutelares», como estrictamente no se puede hablar de funciones, creo que se refiere a todos aquellos actos que redundan en utilidad objetiva del menor o del incapaz no incapacitado, los cuales son válidos desde el artículo 304 del Código Civil⁴¹⁷. De manera que, si un guardador de hecho ha sufrido daños cuando realizó un acto útil, debe ser indemnizado.

⁴¹³ Cfr. «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *op. cit.*, pp. 791-792.

⁴¹⁴ Vid. PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Comentario a los artículos 259-313», *op. cit.*, p. 2550 y LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, pp. 194-195.

⁴¹⁵ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «En torno al artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, p. 503. En términos similares, YZQUIERDO TOLSADA refiere que los daños y perjuicios han de tener su origen en el desenvolvimiento del cargo tutelar [cfr. «La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código civil en materia de tutela», *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares. Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil, títulos IX y X del Libro I*, YZQUIERDO TOLSADA y otros (Coords.), ICAI, Madrid, 1984, p. 180]. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, consideran que esta expresión equivale a la exigencia de que tales daños y perjuicios sean consecuentes a dicho ejercicio, se produzcan dentro del mismo (cfr. *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, *op. cit.*, p. 66). Igualmente, vid. HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, «Comentario al artículo 220», *Comentario al Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 685.

⁴¹⁶ BERROCAL LANZAROT, Ana, «La guarda de hecho como instrumento de protección de las personas mayores y discapacitados», *op. cit.*, p. 25. En el mismo género, QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, *La tutela y otras instituciones de protección de la persona. Un estudio de sentencias, autos y resoluciones*, *op. cit.*, p. 274 y SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, p. 301.

⁴¹⁷ Cfr. ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «Capítulo Segundo. Capacidad e incapacidad en el derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental», *op. cit.*, p. 197; BERROCAL LANZAROT, Ana, «La guarda de hecho como instrumento de protección de las personas mayores y discapacitados», *op. cit.*, p. 25 y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 31.

Por otro lado, el artículo 220 del Código Civil, no especifica el daño a indemnizar; por tanto, donde no distingue el legislador, no debe distinguir el intérprete aceptando, de esa manera, una postura amplia al respecto. De suerte que, dentro del término daños se comprende los daños materiales y morales, daño emergente y lucro cesante generado por lo dejado de ganar durante el tiempo dedicado a la guarda⁴¹⁸. En este último caso, el juez tendrá en cuenta si se ha fijado una retribución al guardador; si así fuera, tiene que descontar el lucro cesante de la retribución que pudiera corresponderle (en lugar de pensar que si hay retribución no procede el lucro cesante)⁴¹⁹, y si no la hay se puede incluir como tal lo dejado de ganar⁴²⁰, porque «la diferencia entre la retribución fijada y las ganancias dejadas de percibir puede ser considerable (...)»⁴²¹. La indemnización, en mi opinión, también incluirá el reembolso de los gastos efectuados por el guardador en el desempeño de la guarda, demostrando que éstos resultaron necesarios o cuando menos convenientes, para evitar que abusando de un patrimonio importante provoque al guardado un gasto excesivo o injustificado⁴²².

A LECIÑENA IBARRA, no le queda claro si en la guarda de hecho se deban indemnizar todos estos daños, porque el guardador pudo poner en conocimiento de

⁴¹⁸ Vid. DE COUTO GÁLVEZ, Rosa María, «Comentario a los artículos 286 a 306», *op. cit.*, p. 2085; MORENO TRUJILLO, Eulalia, «Protección de las personas con discapacidad: guarda de hecho y tutela», *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, GARCÍA GARNICA, María del Carmen (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 252; HEREDIA PUENTE, Mercedes y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces», *op. cit.*, p. 2093; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 31 y «Aproximación a la guarda de hecho como mecanismo de cierre del sistema de protección de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 208; MONDÉJAR PEÑA, María Isabel, «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2069; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «En torno al artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, p. 504; ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 138 y PÉREZ MONGE, Marina, «Comentario del artículo 303 al 306 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, DE PABLO CONTRERAS, Pedro y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Coords.), vol. 1, Civitas, Madrid, 2011, p. 1321.

⁴¹⁹ Cfr. HEREDIA PUENTE, Mercedes y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces», *op. cit.*, p. 2093.

⁴²⁰ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «En torno al artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, p. 504; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, *op. cit.*, p. 66 y ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Comentario a los artículos 215 a 221», *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 358. En contra, MONDÉJAR PEÑA, María Isabel, «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2069.

⁴²¹ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «En torno al artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, p. 506.

⁴²² Cfr. SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, p. 301.

las autoridades la situación, pero no lo hizo. En realidad, queda en manos del juez analizar cada una de las circunstancias para emitir un juicio justo. Sin embargo, para esta autora cabría incluir en el artículo 306 los intereses de las cantidades adelantadas por el guardador en la medida que el guardado se haya enriquecido con ellas. Aplicando el régimen del gestor, también se contendrían los gastos útiles y necesarios que hubiere tenido durante la guarda (cfr. artículo 1893 del Código Civil). Respecto a los gastos funerarios, el guardador, debería dirigirse contra los bienes de la herencia, luego contra los herederos que la acepten, y en último lugar (cuando no hay bienes suficientes) pagarán los obligados en vida a dar alimentos al guardado (cfr. artículo 1894 del Código Civil)⁴²³.

En otro extremo, para que proceda la indemnización es indispensable que el daño se haya producido «*sin culpa de su parte*» (del tutor); es decir, que no haya sido causado, ni indirecta o directamente, por la extralimitación o incumplimiento de sus funciones⁴²⁴. No obstante, esta afirmación debe tomarse con cuidado, porque la extralimitación de funciones, como por ejemplo la prolongación indebida del cargo después de haber cesado en él, puede dar origen a la guarda de hecho y para este caso el artículo 306, por remisión al artículo 220, reconoce al guardador el derecho a ser indemnizado; de lo contrario se dejaría sin contenido al artículo 306 del Código Civil⁴²⁵. Lo mismo sucedería si se atribuye automáticamente culpa al guardador, porque no informa a la autoridad judicial de la existencia de la situación de guarda de hecho. En la mayoría de casos, es la reclamación de indemnización de daños y perjuicios la que da a conocer a la autoridad la situación de guarda de hecho⁴²⁶.

⁴²³ Cfr. *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, pp. 198-200.

⁴²⁴ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «En torno al artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 506-507.

⁴²⁵ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, «Comentario a los artículos 303 a 306», *op. cit.*, p. 870.

⁴²⁶ Al respecto dice MAJADA: «Sin que haya de atribuirse prejudicialidad al expediente de jurisdicción voluntaria para la constitución de la tutela del menor, ni, en el supuesto del presunto incapaz, al mismo expediente y al juicio de incapacitación (...) respecto del juicio declarativo que, por su cuantía corresponda, cuando este proceso –*ex art. 306 CC*– sea promovido por el guardador o coguardadores de hecho en reclamación de daños y perjuicios contra el menor o presunto incapaz (cuya representación y defensa incumbe al MF), no hay duda de que la demanda de daños y perjuicios equivale a una especie de “*denuntiatio*”. Al tener, por ella, conocimiento, el Juez, de la existencia en el territorio de su jurisdicción, de una persona que debe ser sometida a tutela, en cumplimiento del artículo 228, dispondrá, de oficio, lo necesario para la constitución de ésta, ordenando, a tal fin, que, para encabezar el expediente que mandará incoar, se libre testimonio con los pertinentes particulares de la demanda y de los documentos, en su caso, acompañados» (*La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 250-251). En términos similares, MARTÍNEZ DE

El análisis de la culpa trae consigo, también, la cuestión de si el guardador podría repetir contra el guardado, para exigir el reembolso de las cantidades abonadas *ex* artículo 1903 del Código Civil. De acuerdo con este artículo, los tutores son responsables «*de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía*» salvo se demuestre el empleo de «*toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*». Esta disposición contempla una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, que cesa si se demuestra diligencia en el actuar. Al existir culpa no se podrá reclamar la indemnización por daños. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, ofrece dos soluciones dependiendo del contenido de la sentencia. Si ésta no se pronuncia «en torno a la culpa del guardador, no es suficiente para privarle el derecho que, en general, le concede el artículo 220 (...)», pero si aquélla contiene «algún pronunciamiento afirmando la concurrencia de culpa en el guardador, parece claro que dicho pronunciamiento puede hacer inviable para el mismo la utilización del artículo 220 (...)»⁴²⁷. En contra se muestran NÚÑEZ MUÑIZ y ROGEL VIDE, para quienes el solo hecho de haberse condenado por el artículo 1903 del Código Civil ya hace visible la culpa, de lo contrario no se hubiese condenado. Para estos autores, en este supuesto no procede la indemnización⁴²⁸.

AGUIRRE Y ALDAZ refiere lo siguiente: «cabe señalar, primeramente, que el ejercicio por parte del guardador de hecho de la acción *ex* artículo 306 debe servir para poner en marcha los mecanismos previstos en los artículos 303 –y por supuesto–, 203 y 228 (...). En segundo lugar, parece oportuno esperar a la resolución del expediente incoado con base en el artículo 303 del Código Civil, antes de resolver definitivamente la acción ejercitada por el guardador de hecho; ello permitiría al Juez obrar, respecto de esta reclamación, con mayor conocimiento de los hechos, apreciar más correctamente la eventual concurrencia de culpa en el guardador de hecho (...)». En nota al pie 33, este autor concluye: «Pienso que el hecho de no haber denunciado a la autoridad judicial la situación del menor o incapaz, no puede servir de base exclusiva para apreciar automáticamente la concurrencia de culpa en el guardador de hecho, ya que ello equivaldría a vaciar de contenido real el artículo 306 (...)» («En torno al artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 515-516).

⁴²⁷

«En torno al artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, p. 506.

⁴²⁸

NÚÑEZ MUÑIZ no cree «que sea necesario que haya un pronunciamiento expreso en torno a la culpa del guardador, pues la simple condena en base a este precepto hace pensar que la ha habido, sino no debiera existir tal condena, pues el último apartado del artículo 1903 establece la cesación de la responsabilidad cuando se demuestre haber actuado con la debida diligencia para prevenir el daño; si se le ha condenado es porque no ha conseguido probar haber actuado con la diligencia de un buen padre de familia» («La guarda de hecho», *op. cit.*, p. 446). Por su parte, ROGEL VIDE dice que «el juego del 1.903 impide el del 220, porque, si hay condena sobre la base del 1.903, la culpa –aunque no haya pronunciamiento expreso sobre la misma– ya de suyo, presumiéndose además, desde el principio, en clave de responsabilidad subjetiva; en la objetiva se responde sin más, por encima y al margen, en ocasiones, de la culpa, pero se responde. Siendo ello así, es impensable, en mi opinión,

Respecto a la carga de la prueba de la culpa, YZQUIERDO TOLSADA considera que el tutor debe demostrar la ausencia de culpa⁴²⁹. En los mismos términos, GARCÍA CANTERO cree que corresponde al guardador probar que ha actuado bien en el desempeño de su cargo, es decir con pleno respeto a las obligaciones propias del mismo⁴³⁰. Sin embargo, para MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, de acuerdo a la jurisprudencia más reciente, es el guardado-demandado el que debe demostrar la culpa del guardador para liberarse de responder por la indemnización; de lo contrario se presumiría una culpa en el guardador que el artículo 220 no contiene⁴³¹. LECIÑENA IBARRA, comparte este razonamiento en el marco de la tutela, pero duda si éste es extrapolable a la guarda de hecho, porque «la línea inspiradora de los arts. 220 CC y el 306 CC no es del todo coincidente. Por ello, entender que ante una reclamación indemnizatoria del guardador deba ser el guardado o su representante legal el que tenga que probar la culpa del guardador, no sé hasta qué punto se compadece con el comportamiento de un sujeto que, aunque de buena fe, no solo ha actuado sin legitimación alguna sino que ha permitido que esta situación se prolongara en el tiempo»⁴³².

En relación a la expresión «*tendrá derecho a la indemnización de estos (se refiere a los daños y perjuicios) con cargo a los bienes del tutelado*», el artículo 220 del Código Civil solo hace referencia a los bienes del guardado y no a su persona, ni a la culpa que haya de incidir en él. En efecto, poco importa si el guardado es imputable o no⁴³³, o si los daños tienen su origen en acciones del guardado, o de terceros⁴³⁴, o por caso fortuito y fuerza mayor. Lo único relevante es la producción

repetir contra el patrimonio del guardado por parte de quien haya sido condenado *ex* artículo 1.903 (...)» (*La guarda de hecho, op. cit.*, p. 140).

⁴²⁹ Cfr. «La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código civil en materia de tutela», *op. cit.*, p. 180.

⁴³⁰ Cfr. «Notas sobre la curatela», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 9, 1984, p. 80.

⁴³¹ Cfr. «En torno al artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 508-509.

⁴³² *La guarda de hecho de las personas mayores, op. cit.*, p. 197.

⁴³³ Al respecto, ÁLVAREZ LATA, tiene una posición particular. Advierte que el artículo 220 se refiere a todos aquellos actos provenientes de terceros, y solo alude a los actos del guardado cuando éste no es inimputable civil, porque si lo fuera la acción apropiada sería la del artículo 1902 del Código Civil («Comentario a los artículos 215 a 221», *op. cit.*, p. 359).

⁴³⁴ Los daños ocasionados al guardador por terceros también se incluyen en el ámbito del artículo 220. Esta postura ha sido aceptada por gran parte de la doctrina. En este sentido, *vid.* HEREDIA PUENTE, Mercedes y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces», *op. cit.*, p. 2093; MORENO TRUJILLO, Eulalia, «Protección de las personas con discapacidad: guarda de hecho y tutela», *op. cit.*, p. 252 y PÉREZ MONGE, Marina, «Comentario del artículo 303 al 306 del Código Civil», *op. cit.*, p.

de daños al guardador y la existencia de bienes que van a resarcirle. Por ende, y con toda razón, se trata de una obligación legal⁴³⁵.

Los bienes cubrirán los daños y perjuicios ocasionados al guardador, siempre y cuando se hayan satisfecho prioritariamente las necesidades del menor o del incapaz no incapacitado⁴³⁶, de acuerdo al principio general del beneficio del tutelado⁴³⁷. De forma que, si el guardado no tiene bienes o se queda sin ellos después de atender sus necesidades, el guardador no disfrutará de la indemnización⁴³⁸.

Por otro lado, la locución «*de no poder obtener por otro medio su resarcimiento*» significa, que una vez que se ha producido el daño, el guardador no debe recurrir en primer lugar al patrimonio del guardado; sino, intentar obtener el resarcimiento de otro modo (por ejemplo mediante la acción de responsabilidad civil del artículo 1902 ejercitada frente al tercero causante del daño o mediante el recurso a un eventual seguro) y si no lo logra, acudir a los bienes del guardado. Por consiguiente, en estos supuestos hablamos de subsidiariedad⁴³⁹.

En este género se pronuncia YZQUIERDO TOLSADA, para quien «en caso de que el daño o perjuicio sea imputable a la acción de terceras personas, una vez resulte probado tal extremo, serán éstas quienes deban responder del quebranto sufrido por el tutor. En otro caso, sea por insolvencia de las mismas, sea por no

1321. No obstante, otro sector de la doctrina considera que los daños a los que alude el artículo 220, solo pueden tener origen en los actos de terceros y nunca del guardado. Al respecto, *vid.* LETE DEL RÍO, Manuel, «Comentarios a los artículos 199-332», *op. cit.*, p. 251 y Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil I*, *op. cit.*, p. 265.

⁴³⁵ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «En torno al artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 511-512 e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código civil en materia de tutela», *op. cit.*, p. 180. Respecto a las obligaciones legales, *vid.* VATTIER FUENZALIZADA, Carlos, *Sobre la estructura de las obligaciones*, Universidad de Palma de Mallorca, 1980, pp. 213 y ss. Por su parte, BADOSA COLL cuestiona la naturaleza jurídica de esta obligación porque no se cumple, en sentido estricto, con los elementos que configuran la indemnización, «ya que como se verá, el tutelado ni ha sido seguramente el causante material de los daños ni mucho menos ha intervenido su culpa o dolo». Por este motivo, el autor se inclina más bien por aceptar que se trata de una obligación fundada en el principio de exoneración o indemnidad del gestor [«Comentario al artículo 220 y 221 del Código Civil», *Comentarios a la reformas de nacionalidad y tutela*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), Tecnos, Madrid, 1986, pp. 245-246].

⁴³⁶ Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, *op. cit.*, p. 65.

⁴³⁷ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «En torno al artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, p. 510.

⁴³⁸ Cfr. ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Comentario a los artículos 215 a 221», *op. cit.*, p. 359.

⁴³⁹ *Ibidem*

conocerse su paradero o sea por cualquier motivo, será cuando la atribución al patrimonio del pupilo de las consecuencias del daño se producirá (...)»⁴⁴⁰.

En términos similares, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ manifiesta que «(...) hay que hacer notar que no se trata de una subsidiariedad relativa a la inexistencia de otras acciones mediante las que se pudiera obtener la indemnización; sino que se refiere más bien dicha subsidiariedad a la imposibilidad de hecho de obtener ese resarcimiento, aunque de Derecho existan otros cauces por los que, en teoría, se podría obtener. Así en el supuesto de que los daños o perjuicios sean imputables a un tercero, sería éste quien debiera responder con su patrimonio en primer lugar; pero si resultase insolvente –por ejemplo– el guardador podría ejercitar la acción ex artículo 220, y resarcirse con cargo a los bienes del tutelado: no importa tanto que el guardador pueda dirigirse a un tercero para exigir la indemnización, cuanto que al hacerlo obtenga o no dicha indemnización (...)»⁴⁴¹.

Para culminar, la acción podrá ejercitarse desde que se produzca el daño hasta antes de su prescripción. Al respecto, el legislador no ha señalado un plazo específico, pero como se trata de una acción personal y sin regulación expresa, creo que resulta aplicable el artículo 1964 del Código Civil: las acciones «*personales que no tengan señalado término especial de prescripción*» caducan «*a los quince*» años⁴⁴².

⁴⁴⁰ «La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código civil en materia de tutela», *op. cit.*, p. 180.

⁴⁴¹ «En torno al artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 510-511.

⁴⁴² *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «En torno al artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, p. 514. Sin embargo, LECIÑENA IBARRA matiza que todo depende de la calificación de la acción que haga la autoridad judicial (*La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 202). Por su parte, GARCÍA CANTERO cree que, en ausencia de plazo, podría aplicarse el de un año de la responsabilidad extracontractual (cfr. art. 1968.2 *in fine*), el de cinco del art. 279 (segundo párrafo) o el de quince del artículo 1964, preceptos todos del Código Civil (cfr. «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, p. 80).

CAPÍTULO TERCERO
GUARDA DE HECHO DE LOS MENORES DE EDAD

Es de conocimiento general el deseo que existe en la sociedad de que cada niño tenga una familia, porque éste es el mejor ámbito para su adecuado desarrollo integral. Por esta razón, uno de los objetivos primordiales del Estado es la protección a la familia, ya que salvaguardando a aquélla se consigue la misma finalidad con los menores⁴⁴³.

Partiendo de esto, se entiende que la familia es el lugar en el que el menor encuentra satisfechas sus necesidades y protegidos sus derechos, pues existe una presunción muy poderosa en favor de los padres de que por sus hijos hacen todo lo posible y que, aunque en ocasiones no logren proporcionarles todo lo que desearían, les ofrecen todo lo que pueden. No obstante, existen circunstancias dramáticas en la que los padres no quieren hacerse cargo de sus hijos, atentan contra ellos, no pueden objetivamente cuidarlos o, en fin, lo hacen con una ineptitud tal que llegan a ponerles en peligro. Por ello, cuando en la familia no quede garantizada la integridad y el desarrollo adecuado del menor; será preciso intervenir de forma alternativa (injerencia pública), actuando incluso hasta el punto de separar a los menores de sus

⁴⁴³ Vid. GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo, *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 25.

progenitores⁴⁴⁴. Sin embargo, es necesario advertir que desde el ámbito de la familia extensa (guardadores de hecho), se crea también una red de protección hacia el menor con el fin de sopesar la ausencia de los progenitores y evitar, primero, la falta de asistencia material y moral del niño; y segundo, el mecanismo estatal. Esta situación ha creado una fuerte tensión entre los principios de actuación pública y el beneficio del menor de mantener sus vínculos afectivos y familiares. En muchos de estos casos, la Administración declara el desamparo del menor y asume la tutela *ope legis*, solo porque la norma no da más opciones.

I. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR. BREVE REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

La preocupación por la protección jurídica del menor no es actual⁴⁴⁵. Desde antiguo ha habido interés en este asunto dando lugar a una extensa regulación⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Según VARGAS CABRERA, si bien se le otorga protección jurídica a la familia frente a posibles interferencias de particulares o de la Administración pública, con la finalidad de salvaguardar su privacidad; esto decae cuando la familia «falla» y se legitima a los poderes públicos a intervenir para alcanzar el equilibrio que se necesita (cfr. «El desamparo de menores y consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/1987», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, p. 616).

⁴⁴⁵ A partir del año 318 Constantino mandó que si un padre mataba a su hijo, sufriera muerte. Posteriormente, la regulación de Las Partidas ejemplificaba el deber de los padres de cuidar a los hijos haciendo un símil con el mundo animal: «*si las bestias que no tienen razonable entendimiento, aman naturalmente y crían a sus hijos, mucho más lo deben hacer los hombres que tienen entendimiento y sentido sobre las cosas*». No obstante, esta protección no ha tenido la misma intensidad en los diferentes estadios de su evolución, sino que ha ido *in crescendo* hasta llegar a los tiempos actuales. Antes del S. XVI, la infancia tenía igual condición de adulto, o era aspirante a ello. La única diferencia era la estatura; se trataba de un adulto en miniatura que luchaba por convertirse en miembro de pleno derecho de la sociedad productiva. En el S. XVI, la Iglesia empezó a hacerse cargo de los menores en centros de ámbito parroquial, pero solo hasta los 6 o 7 años que ya empezaban a desarrollar un oficio mediante ese tradicional modelo de acogida. A partir del S. XVII, en el mundo occidental, se comienza a descubrir la infancia, pero se entiende que el menor no puede tomar sus propias decisiones, porque no tiene la suficiente madurez para hacerlo. En aquellos tiempos, el reconocimiento va ligado a un concepto de incapacidad. Bajo esta perspectiva, el niño es aquél que debe ser protegido por sus padres porque no es capaz de adoptar sus propias decisiones. Según esta concepción, el menor es un objeto de protección y no un sujeto con derechos dignos de ser salvaguardados. Posteriormente, en la segunda mitad del S. XIX, el Estado comienza a asumir iniciativas públicas respecto a la atención de los necesitados y responsabilidades en la tutela de los menores desamparados. En España, en la Constitución de 1812 se sientan las bases de la promulgación de leyes sobre beneficencia. Del mismo modo, en la primitiva redacción del Código Civil, y hasta su modificación por la Ley 13/1983, las funciones de la Administración pública quedan relegadas a la mera beneficencia. Para MORENO-TORRES SÁNCHEZ, quizá el auténtico germen de la protección del menor radicaría en un procedimiento jurisprudencial de los Estados Unidos a finales del S. XIX. El caso fue el siguiente: la niña Mary Ellen fue víctima de un duro castigo por parte de sus progenitores. Tal situación fue denunciada por la policía y diversas instituciones. Sin

En el ámbito internacional, destacamos la Declaración de los Derechos del Niño adoptada en Ginebra, el 26 de septiembre de 1924, por la Organización de las Naciones Unidas. Esta norma, como declaración programática, afirmaba que *la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma*. Además, como principios marco de actuación preveía los siguientes: «1. *El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. 2. El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados. 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad. 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación. 5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene que poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo*».

Posteriormente, La Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959, dando un paso más, estableció que «*el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Igualmente reflejaba que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de*

embargo, ante la ausencia de leyes protectoras de los niños, ninguna acción legal pudo emprenderse. La Sociedad Americana para la Prevención de la Crueldad hacia los animales, llevó el caso a los tribunales en el año 1874, aduciendo que si había leyes que protegían a los animales, la pequeña Mary Ellen, como perteneciente al reino animal, era algo equiparable (cfr. *El desamparo de menores*, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 20 y ss). Este caso también ha sido recogido por COSTA CABANILLAS en el prólogo a la obra de ARRUBARRENA MADARIAGA, María y DE PAUL OCHOTORENA, *Maltrato a los niños en la familia*, Pirámide, Madrid, 1999). Con todo, no será hasta inicios del S. XX cuando se inicie una auténtica proliferación de normas tuitivas en favor del menor, yendo todas ellas en una actitud *in crescendo* de implicar cada vez más al Estado en el cuidado y atención de los menores de edad.

⁴⁴⁶ Para un estudio pormenorizado del asunto, *vid.* DOLZ LAGO, Manuel, «Protección de menores: algunas cuestiones prácticas de interés para el Ministerio Fiscal», *Seminario de fiscales especialistas en el orden civil, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (Ministerio de Justicia) y Fiscalía General del Estado*, Estudios Jurídicos, 2006, p. 9 (contenido en CD-Rom); AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano, «La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho Internacional Privado», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año 50, Núm. 1766, 1996, pp. 7-30; GARCÍA MAS, Francisco, «El menor ante el Derecho Comunitario», *Actualidad Civil*, Núm. 38, 1998, pp. 923-938 y VALENTÍN GAMAZO Y ALCALÁ, Isabel, «Régimen jurídico de la protección del menor en el Derecho Internacional Privado», *Actualidad Civil*, Núm. 31, 2000, pp. 1167-1177.

oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño».

Seguidamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, en el artículo 24 prevé: *«todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado».*

Sin embargo, el instrumento más importante ha sido la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990⁴⁴⁷, *«que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo»*⁴⁴⁸. Recoge que los niños son portadores de un conjunto de derechos cuya satisfacción ha de ser garantizada por los Estados sin discriminación alguna y, además, en su Preámbulo se ilustra el porqué de la preocupación por el menor y las razones que justifican la intervención pública en ese ámbito. En él se recoge y actualiza la tradición de los principios fundamentales de anteriores normas internacionales en materia de protección de menores, reconociendo *que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales (...). Que los niños deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad (...); y, que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.*

En este contexto internacional, también se puede mencionar al Convenio de La Haya sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996.

⁴⁴⁷ BOE Núm. 313 de 31 de diciembre de 1990.

⁴⁴⁸ Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En el Derecho Comunitario resulta de interés: la Recomendación R(81)3, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la acogida y educación del niño desde su nacimiento hasta los ocho años, de 23 de enero de 1981⁴⁴⁹, que proclama unos principios en torno a la acogida de menores cumpliendo con el artículo 15 del Estatuto del Consejo de Europa⁴⁵⁰; la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992, aprobada por el Parlamento Europeo⁴⁵¹, que respecto de las medidas de protección indica que *toda decisión familiar, administrativa o judicial en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y la salvaguardia de su interés*⁴⁵²; y, el Reglamento (CE) Núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) Núm. 1347/2000⁴⁵³, que en todas las cuestiones procesales toma en cuenta el interés superior de menor.

II. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN ESPAÑA

En el ordenamiento jurídico español, la Constitución Española de 27 de septiembre de 1978, al enumerar, en el Capítulo III, del Título I, los principios rectores de la política económica y social, menciona, en el artículo 39, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, especialmente dentro de ésta, la de los hijos. Asimismo, recoge un deber general de los padres de prestar a sus hijos la asistencia de todo orden que precisen especialmente durante su minoría de edad, e igualmente contiene una cláusula referente al reconocimiento en España de los derechos del niño recogidos en los tratados internacionales.

A partir de la aprobación del texto constitucional, y de las sucesivas modificaciones del Código Civil y con la adhesión de España al Convenio de las

⁴⁴⁹ Adoptada en la 328 reunión de Autoridades de Ministros.

⁴⁵⁰ Este artículo estipula que el Comité de Ministros puede hacer recomendaciones a los estados miembros acerca de cuestiones sobre las que el Comité haya acordado una política común, y cumpliendo así con el objetivo de realizar una unión más estrecha entre ellos, en particular por una acción común en el área social y cultural.

⁴⁵¹ Resolución A3-0172/92. DOCE Núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992.

⁴⁵² Letra D, apartado 8.14. Su texto ha sido citado de forma frecuente por la jurisprudencia española. Entre otras: SAP Asturias de 26 de septiembre de 2002 y AAP León de 19 de noviembre de 2003.

⁴⁵³ DOCE Núm. L 338/1, de 23 de diciembre de 2003.

Naciones Unidas de los Derechos del Niño adoptada en 1989, ha tenido lugar una proliferación de normas en el ámbito estatal y autonómico en torno a la protección de los menores en este país, partiendo de la consideración del menor como sujeto social, fuera del ámbito exclusivamente familiar y, a la vez, como auténtico titular de verdaderos derechos subjetivos. De esta forma, la protección de los menores va superando los arcaicos sistemas tuitivos anclados en la caridad o en la beneficencia institucional⁴⁵⁴, y se extiende a situaciones de trato vejatorio o de presión y descuido por parte de padres o guardadores⁴⁵⁵.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en el artículo 11 exige a las Administraciones públicas articular «*políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia y la adolescencia y, de modo especial, las referidas a los derechos enumerados en esta ley (...)*»; y, en concreto, a impulsar «*políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales*». En efecto, el marco de protección del menor vincula a todos los poderes públicos⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Vid. BENITO ALONSO, Francisco, «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de ley y guarda», *Revista Jurídica Española La Ley*, 1997, p. 1728. Durante el S. XIX y la primera mitad del XX la protección de menores en la legislación estatal estaba inmersa dentro del concepto de beneficencia. Sin embargo, a partir de la segunda mitad del S. XX, esta protección adquiere autonomía y se trata como una materia diferenciada [cfr. BADOSA COLL, Ferrán, «La protección de menores en el derecho catalán. De la “guarda y educación” del menor a la “crianza y formación” del niño y del adolescente», *Protección de menores, acogimiento y adopción*, ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (Eds.), Marcial Pons, Barcelona, 1999, pp. 29-35].

⁴⁵⁵ Vid. CABALLERO GONZÁLEZ, José, «La tutela de los menores en situación de desamparo», *Revista Jurídica Española La Ley*, Núm. 2, 1988, p. 1055.

⁴⁵⁶ Previamente ha habido importantes reformas del Código Civil que han ido abriendo puertas para llegar a la situación actual. Primero fue la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio (BOE Núm. 119 de 19 de mayo de 1981), que suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima, equiparó al padre y a la madre a efectos del ejercicio de la patria potestad e introdujo la investigación de la paternidad. Después se han promulgado, entre otras, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela (BOE Núm. 256 de 26 de octubre de 1983); la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (BOE Núm. 275 de 17 de noviembre de 1987). De las leyes citadas, ésta última es la que ha introducido más cambios sustanciales en el ámbito de protección del menor. A raíz de la misma, el anticuado concepto de abandono fue sustituido por la institución del desamparo, cambio que ha dado lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la entidad pública competente, de la tutela de aquél en los supuestos de desprotección grave. También, se ha aprobado la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en que, a pesar de su denominación, establece un nuevo sistema de plazos en la intervención pública de protección de menores así como los recursos jurisdiccionales contra las decisiones adoptadas. Por último, recientemente, se han aprobado dos leyes (la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio) que

La última y gran reforma en el sistema de protección de menores del año 2015, establecida en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio⁴⁵⁷ y la Ley 26/2015, de 28 de julio⁴⁵⁸, no ha querido más que remarcar el sumo interés que tiene el Estado en la protección del menor. La primera norma, tiene por objeto complementar el sistema de protección a la infancia y la adolescencia, introduciendo los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos reservados a la Ley Orgánica. Por su parte, la Ley 26/2015, según lo declara su Exposición de Motivos, tiene por objeto implantar los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia.

En el ámbito autonómico, hay diferentes legislaciones que, siguiendo lo establecido por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, no pierden de vista que el fin de todo régimen de protección de menores es promover la vida independiente del menor, recibiendo la protección y asistencia necesarias para el armonioso desarrollo de su personalidad⁴⁵⁹.

modifican el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con el objetivo de completarlo y mejorarlo.

⁴⁵⁷ BOE Núm. 175 de 23 de julio de 2015.

⁴⁵⁸ BOE Núm. 180 de 29 de julio de 2015.

⁴⁵⁹ El art. 148.1.20 CE, posibilita a las Comunidades Autónomas a asumir competencia exclusiva en materia de asistencia social. Asimismo, la cláusula residual del artículo 149.1.3 les ha permitido asumir competencias sobre instituciones públicas de protección y tutela de menores, al disponer que *«las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos»*. Establece igualmente la competencia subsidiaria del Estado de aquellas materias no asumidas por los Estatutos de Autonomía *«cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas»*. Por último, declara supletorio el derecho estatal del derecho de las Comunidades Autónomas. Como normas autonómicas vigentes más importantes en materia de protección de menores, destacan: **Andalucía**: Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al menor y Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa; **Aragón**: Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia; **Asturias**: Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del menor y Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores; **Baleares**: Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia y Decreto 40/2006, de 21 de abril, por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad; **Canarias**: Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores; **Cantabria**: Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia y Decreto 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se

Para la aplicación de las normas de protección de menores, deben considerarse unos principios generales que ayudarán a cumplir mejor el objetivo del desarrollo integral de los menores⁴⁶⁰. De acuerdo a la Ley Orgánica 1/1996 se tendrán en cuenta, entre otros, la primacía del interés superior del menor (cfr. artículo 2), la interpretación restrictiva que debe presidir las limitaciones de la capacidad de obrar de los menores (cfr. artículo 2.1 *in fine*), y el carácter educativo de todas las medidas que se adopten [cfr. artículo 11.2.f)]⁴⁶¹. El primero⁴⁶², es un auténtico principio general del Derecho con relevancia constitucional, que vincula a los poderes públicos desde el artículo 53.3 de la Constitución Española⁴⁶³. Viene a significar que cualquier medida que se adopte respecto de un menor ha de obedecer, fundamentalmente, a la razón objetiva de qué realmente es lo que más le conviene y favorece en su situación concreta⁴⁶⁴. Por esta razón, algunos consideran que

regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia; **Castilla-La Mancha**: Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor; **Castilla y León**: Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo; **Cataluña**: Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y en la adolescencia y el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción; **Extremadura**: Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores; **Galicia**: Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia; **La Rioja**: Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores; **Madrid**: Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia y la Orden 175/1991, de 18 de marzo, en materia de promoción del acogimiento de menores y la adopción de la Consejería de integración social; **Murcia**: Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia; **Navarra**: Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; **País Vasco**: Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia y **Comunidad Valenciana**: Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia.

⁴⁶⁰ Estos principios generales son los que, finalmente, sirven de motivación de las decisiones, con independencia de la norma concreta a la que se pueda acudir para justificarla. El sistema normativo es complejo, y el operador jurídico muchas veces se encuentra perdido ante tanta legislación, que en ocasiones no da la respuesta adecuada al caso específico. Ningún caso es igual a otro, y en el supuesto de menores acontece lo mismo.

⁴⁶¹ Para un análisis detallado de los principios, *vid.* VARELA GARCÍA, Carlos, «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto», *Actualidad Civil*, Núm. 1, 1997, pp. 261-282 y LINACERO DE LA FUENTE, María, *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 54-85.

⁴⁶² En el Derecho comparado se le conoce como Principio de Protección Integral del Menor («*tout pour l'enfant*»).

⁴⁶³ Art. 53.3 CE: «*El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*».

⁴⁶⁴ Este principio puede derivar del art. 39 de la Constitución y de los acuerdos internacionales que velan por los derechos de los niños y que son complemento necesario de la prescripción

establecer una definición exacta del principio no resulta del todo conveniente, porque si se propone sería imprecisa e incompleta: el bien del niño solo posee un contenido concreto cuando se observa en un caso particular⁴⁶⁵.

Lo ideal es tener criterios orientativos a partir de los cuales se determine cuál es el interés del menor en su circunstancia concreta⁴⁶⁶. Es importante «considerar su

constitucional, especialmente la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989, en su artículo 3, dispone que en todas las decisiones que conciernan al menor prevalecerá el interés superior de éste. Encuentra su primera plasmación legal en la reforma de la patria potestad operada en 1981: entre otros, el art. 154.2 CC dice: «*la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad*», y el art. 170 prescribe que la recuperación de la patria potestad se podrá acordar «*(...) en beneficio del interés del hijo*». Posteriormente, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de tutela también lo recoge: el art. 216 establece que «*las funciones tutelares se ejercerán en beneficio del tutelado (...)*». Finalmente, en la Ley 21/1987 se regula de modo expreso en materia de constitución de la adopción (art. 176.1): «*(...) que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptado*»; en el art. 180 que se dispone que la impugnación de la adopción allí regulada no debe «*perjudicar gravemente al menor*» y en el art. 172.4 que prescribe que el acogimiento o guarda de los hermanos se «*confía a una misma persona siempre que redunde en interés del menor*». Pero este concepto no solo ha interesado al Derecho, sino también al campo de la Psicología, Pedagogía y Sociología (cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, y otros, *Temas de actualidad en Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 23-26). De la misma manera, la Jurisprudencia y sendas sentencias de apelación resaltan su importancia. Así tenemos, STEDH de 16 de noviembre de 1999; STEDH de 6 de diciembre de 2007; STEDH de 6 de noviembre de 2008; STEDH de 12 julio de 2011; STS de 28 abril de 2003; STS de 17 enero de 2005; STS de 16 mayo de 2011; SAP Burgos de 22 de julio de 2002 y SAP Granada de 19 de octubre de 2007; entre otras.

⁴⁶⁵ Para VILLAGRASA ALCAIDE, el interés del niño no es un concepto pacífico, sino que es objeto de múltiples y muy diversas controversias que tienen influencia en su eficacia práctica. Así, cuando se intenta determinar cómo y quién decide cuál sea ese interés nos encontramos con una primera divergencia. Teniendo en cuenta que las personas que abordan y deciden esa cuestión, progenitores, tutores, administración y jueces por regla general, no operan de manera ascética y neutral, sino que la mayoría de veces, aún actuando con la mejor intención, no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideología, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y escala de valores distintos de los de los adultos [cfr. «El interés superior del menor», *Derecho de la persona*, RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (Coord.), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 25-26]. En términos similares, vid. RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, Núm. 2, 2012, p. 91. Teniendo en cuenta esta complejidad, los tribunales tampoco son precisos en cuanto a este principio general y antes bien recurren a fórmulas preestablecidas, sin indagar la esencia del significado. A modo de ejemplo tenemos: STS de 31 de diciembre de 1982; STS de 2 de mayo de 1983; STS de 12 de febrero de 1992; STS de 25 de junio de 1994; SAP Alicante de 7 de octubre de 1998 y SAP Granada de 20 de enero de 1998.

⁴⁶⁶ Para un mayor estudio, vid. ALONSO PÉREZ, Mariano, «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras», *Actualidad Civil*, Núm. 2, 1997, p. 24; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 157 y «La guarda y custodia de los hijos y el derecho de visita tras la crisis matrimonial», *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial: IV Seminario de Estudios Jurídicos*, CERVILLA GARZÓN, María (Coord.), Universidad de Cádiz, 1996, p. 63; ROCA I TRÍAS, Encarnación, *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*, Civitas,

función de contrapeso (protección del menor en tanto parte débil en sus relaciones sociales) y de control (ante todo peligro o amenaza que le afecte)»⁴⁶⁷.

Sin embargo, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴⁶⁸, atendiendo a las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha dotado de un contenido detallado a este principio⁴⁶⁹; no sin dejar margen a otros criterios establecidos en las leyes específicas o aquellos que puedan estimarse adecuados de acuerdo a las circunstancias concretas del menor. También da al concepto un contenido triple: como derecho sustantivo, como principio general y como norma de procedimiento⁴⁷⁰.

Madrid, 1999, p. 220; DE TORRES PEREA, José, *El interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009; LINACERO DE LA FUENTE, María, «La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *Actualidad Civil*, Núm. 4, 1999, pp. 1585-1586 y Díez-PICAZO, Luis, «El principio de protección integral de los hijos (Tout pour l' enfant)», *op. cit.*, pp. 130-131.

467

DE TORRES PEREA, José, *El interés del menor y Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 21.

468

Publicada en el BOE Núm. 175 de 23 de julio de 2015, pp. 61871 a 61889.

469

Vid. DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, «Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés», *Diario La Ley*, Núm. 8590, Sección Documento on-line, 24 de julio de 2015. Ref. D-301, p. 1, <http://diariolaley.laley.es/> (consulta: 30 de septiembre de 2015) y PANIZA FULLANA, Antonia, «La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm. 8, 2015, pp. 141-152.

470

El apartado II del Preámbulo de la LO 8/2015, de 22 de julio, establece: «los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio».

De este modo, el artículo 2.2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece cuatro criterios a tener en cuenta cuando se interprete y aplique en cada caso el interés superior del menor «a) *La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.* b) *La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.* c) *La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.* d) *La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad».*

El segundo principio, consiste en abogar por una interpretación *pro libertate* en cuanto al marco de acción del menor, restringiendo las interpretaciones desfavorables fundadas en el solo hecho de que al tratarse de una persona menor de edad, habría de presumirse con carácter general su falta de madurez⁴⁷¹. Finalmente, el tercer principio supone que todas las acciones que se adopten respecto de un menor deberán venir revestidas de un hábito formativo.

A estas ideas básicas y primordiales, se pueden añadir otras reglas previstas en los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

⁴⁷¹

La consideración del menor como una persona absolutamente incapaz para realizar cualquier tipo de acto jurídico sin la intervención de los padres o del tutor es una visión excesivamente reduccionista de su capacidad. Hoy en día los menores, son perfectamente conocedores de muchos aspectos esenciales de la sociedad moderna, entre otras cosas, al haberse generalizado el acceso a la información por el uso de internet y las redes sociales. Del mismo modo, su participación en las actividades de la vida diaria ha aumentado.

Una de ellas, es el deber de facilitar al menor una adecuada asistencia y la defensa de sus derechos [artículo 10.2.e)], que se traduciría en una actuación extremadamente diligente por parte de las Administraciones públicas. Este deber asistencial llevaría aparejado el correlativo derecho a favor de los menores de poder exigir una tutela de una manera efectiva.

Otra norma de actuación, es el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés [artículo 11.2.b)]: el menor solo será extraído de su entorno cuando permanecer en él le resulta objetivamente perjudicial⁴⁷². La Constitución Española ha recogido un sistema mixto de protección en donde las responsabilidades son compartidas entre los poderes públicos y las familias, con la finalidad de garantizar el disfrute de los derechos y el desarrollo de la personalidad de los menores.

También está el principio de subsidiariedad progresiva que debe regir la actuación de los poderes públicos en su función protectora. El alcance e intensidad de la intervención de las Administraciones públicas vendrá condicionada por el grado de desatención o desprotección que sufra el menor en su familia. Los poderes públicos intervendrán solo en el caso que no sea posible la reinserción del menor en su núcleo biológico; y, aun así, en el caso de que el menor deba ser separado de sus padres, la Administración tiene la obligación nuevamente de promover el retorno a su familia, siempre y cuando haya posibilidad de reinserción⁴⁷³. La jurisprudencia también comparte esta postura: la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, refiere que la medida protectora debe ser idónea *«para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido en ella, que sea necesaria e imprescindible al efecto (que no existan otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución de tal propósito con igual eficacia) y, finalmente, que*

⁴⁷² Vid. DE PALMA DEL TESO, Ángeles, *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006, p. 39 y DE TORRES PEREA, José, *El interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, op. cit., pp. 56-57.

⁴⁷³ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel, «La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores», *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Universidade da Coruña, 1997, pp. 28-31 y EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «El acogimiento simple», *Protección de menores, acogimiento y adopción*, ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (Eds.), Marcial Pons, Barcelona, 1999, p. 93.

sea proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)»⁴⁷⁴.

Finalmente, la labor de prevención presidirá toda la actuación de los poderes públicos (cfr. artículo 11.3).

En conclusión, el objetivo del sistema de protección es velar por el óptimo desarrollo del menor, teniendo en cuenta que es el miembro más necesitado de cuidados de la comunidad; en atención a su corta edad, falta de madurez y dependencia de terceros para abrirse paso en el entramado social. Ello hace necesario que, sin perjuicio de la obligación natural que pesa sobre los padres de cuidar a su hijo, exista una entidad que vele por él, a fin de que se vea alejado de elementos nocivos que frenen o perjudiquen su desarrollo normal si los padres, por sí solos, están imposibilitados, no cumplen con una mínima idoneidad o no quieren hacer frente a su obligación. GÓMEZ SÁNCHEZ afirma que «la obligación de los poderes públicos de proteger integralmente a los hijos actúa tutelando el cumplimiento de la obligación de asistencia que tienen los padres; contemplando la asistencia cuando éstos no se encuentren en condiciones de prestarla totalmente y supliendo cuando no conste filiación o los padres no atiendan, por los motivos que fueran, las obligaciones constitucionales para con sus hijos»⁴⁷⁵.

A. Actuación administrativa y desamparo

Como manifestación del deber de protección del menor que, en última instancia, pesa sobre los poderes públicos, tenemos: la protección que se dispensa

⁴⁷⁴ Análogamente, *vid.* ATC de 25 de mayo de 1992 donde el colegiado examina el recurso de amparo interpuesto por la madre biológica de unos menores, de los que tras solicitar la guarda de los mismos, y al no poderse reintegrar posteriormente con ella, se declaró el desamparo y su acogimiento familiar. En este caso no se acuerda la reintegración familiar y se mantiene la declaración de desamparo, ya que la madre había incurrido en un «descuido» respecto a la educación de sus hijos. Si bien es cierto que la madre alega que ella solo pidió la guarda de sus hijos, y sin embargo terminaron en un acogimiento de carácter preadoptivo, esgrime el Tribunal Constitucional que la normativa vigente en ese momento (art. 173.2 CC) permite la constitución del acogimiento con independencia que la solicitud fuera de guarda. La posibilidad de que solicitada la guarda, a pesar de la obligación de los poderes públicos de intentar siempre la reinserción, si ésta fracasa, no implica que no pueda la Entidad pública asumir la tutela y tomar otras medidas en interés del menor, y así lo han recogido expresamente las legislaciones autonómicas. Por otro lado, respecto a la progresividad de la reinserción del menor, *vid.* ATC de 1 de febrero de 2001 y el de 25 de febrero de 2002, entre otros.

⁴⁷⁵ *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados de España, Madrid, 1990, p. 330.

desde el ámbito administrativo y asistencial (en caso de riesgo, desamparo o detección de carencias en el hogar familiar que impiden el adecuado ejercicio de los deberes de custodia); y la protección judicial (controversias familiares donde está involucrado un menor o delitos cometidos contra él).

En este apartado me centraré en la protección jurídica del menor encomendada a la Administración pública.

1. Desjudicialización de la protección jurídica de menores

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, introdujo una serie de reformas⁴⁷⁶, entre ellas: la asunción de la protección de menores por la Administración, y el cambio del término abandono por el de desamparo.

En consecuencia, la protección del menor fue desjudicializada y la competencia exclusiva recae en la Administración⁴⁷⁷. Son las entidades públicas las encargadas de adoptar las medidas tuitivas cuando un menor lo necesite⁴⁷⁸. Esto se afirma sin duda en estos tiempos; no obstante, el tema ha sido objeto de grandes controversias. Cuando se promulgó la Ley de 1987 su Exposición de Motivos

⁴⁷⁶ Esta ley no ha estado exenta de críticas porque en su momento generó una serie de dudas interpretativas y lagunas que posteriormente se han intentado aclarar [vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «“Situaciones de desamparo” y “situaciones de riesgo” de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel (Dir.), Universidade da Coruña, 1997, p. 49 y VARGAS CABRERA, Bartolomé, «El desamparo de menores y consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/1987», *op. cit.*, p. 611].

⁴⁷⁷ Asimismo, la intervención judicial fue desterrada en su tarea de supervisión de los acogimientos. A partir de la Ley del 87, es el Ministerio Fiscal el que tiene atribuida la competencia de la función de vigilancia de la guarda del menor desamparado. Para GONZÁLEZ GONZÁLEZ este cambio era poco acertado y «perjudicial para la seguridad del menor y de las personas que con él se relacionan, bien sean sus padres biológicos o las personas que acogen» («El acogimiento familiar», *Revista Jurídica de Asturias*, Núm. 16, 1993, p. 66).

⁴⁷⁸ Este cambio parece obedecer a una mayor capacidad técnica de la Administración respecto al fin constitucional de asegurar un sistema eficaz de protección integral del menor. Desde la Administración se pueden realizar políticas sociales de protección global, destacando las políticas preventivas de situaciones sociales no deseadas, de una manera mucho más eficaz que con los antiguos Tribunales Tutelares de Menores. Pero bien entendido que este término de eficacia debe configurarse en su dimensión constitucional; por tanto las actuaciones preventivas de la Administración, como las judiciales de control y supervisión, deben regirse por el interés superior del menor (cfr. PICONTÓ NOVALES, Teresa, *La protección de la infancia: aspectos sociales y jurídicos*, Egido, Zaragoza, 1996, p. 131).

señalaba que «cambiando el criterio a que respondía el anterior artículo 239, se ha estimado, atendiendo a la urgencia del caso, que la situación de desamparo debe dar origen a una tutela automática a cargo de la Entidad Pública a la que corresponda en el territorio la protección de menores», pero no mencionó qué órgano era competente para declararla⁴⁷⁹. No estaba claro si le correspondía al juez o a la Administración⁴⁸⁰. Sin embargo, desde los debates parlamentarios se infería la innecesariedad de la intervención judicial⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Vid. PILLADO MONTERO, Antonio, «Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción», *Revista de Derecho Privado*, 1987, p. 447.

⁴⁸⁰ La posición judicialista es mantenida, entre otros, por RUIZ-RICO RUIZ, José, «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, Núm. 2, 1988, p. 69; FELIÚ REY, Manuel, «Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la ley 21/1987, de 11 de noviembre», *Actualidad Civil*, Núm. 35, 1989, p. 2753; CABALLERO GONZÁLEZ, José, «La tutela de los menores en situación de desamparo», *op. cit.*, p. 1057 y PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores y BERNAL DEL CASTILLO, Ángel, «Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda y sus relaciones con el acogimiento», *Actualidad Civil*, Núm. 13, 1994, p. 231. Defendiendo la declaración administrativa, entre otros, *vid.* LORCA MARTÍNEZ, José, «La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo», *Actualidad Civil*, Núm. 24, p. 1818; FERRER VANRELL, María, «El acogimiento familiar en la Ley 21/87 como modo de ejercer la potestad de guarda», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, p. 173 y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentario al art. 172 CC», *Comentarios a las reformas del Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), Tecnos, Madrid, 1993, p. 40.

⁴⁸¹ DE PABLO CONTRERAS nos aclara el contexto parlamentario: «en el inicial proyecto de ley (BOCG. Congreso de los Diputados, III legislatura, Serie A, núm. 22-I, del 4 de febrero de 1987, p. 1 y ss.) ya se atribuía a las entidades públicas la tutela de los menores en situación de desamparo, pero no se definía tal situación –siguiendo así el criterio del proyecto de ley de reforma del Código civil en materia de adopción de 10 de marzo de 1986 (BOCG. Congreso de los Diputados, II legislatura, Serie A, núm. 194-1), que decayó por la disolución de las Cortes a causa de la convocatoria anticipada de las elecciones–. La definitiva delimitación legal del desamparo es consecuencia de la asunción por la Ponencia del congreso de una “fórmula transaccional” a partir de dos enmiendas presentadas al primer párrafo del artículo 172 del proyecto: la núm. 7, del grupo parlamentario vasco, y la núm. 37, del grupo parlamentario socialista. La primera –inspirada en la anterior redacción del artículo 174 del Código y prefiriendo la expresión “abandono” en lugar de “desamparo”– proponía el siguiente texto: “Se considerará abandonado al menor no emancipado que carezca de persona que le asegure la guarda, alimentos y educación. Para apreciar esta situación será irrelevante que se haya producido por causas voluntarias o involuntarias. La situación de abandono será apreciada y declarada por el juez competente, bastando para que se dé la misma que hayan transcurrido treinta días sin que nadie, padre o tutor del menor, se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren la voluntad de asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el mencionado plazo”. La segunda enmienda, por su parte, proponía esta otra redacción: “Se considera como situación de desamparo aquélla en la que se produce un incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que la ley establece en favor de los menores”. Resulta evidente que esta última enmienda se diferenciaba, entre otras cosas, de la anterior en que, para ella, la situación de desamparo no había de ser apreciada o declarada por el juez; y es éste el criterio que pasó a la definitiva redacción del artículo 172.1 del Código por la Ley de 11 de noviembre de 1987: de hecho, la innecesariedad de la intervención en la apreciación del desamparo se puso con claridad de manifiesto en los debates parlamentarios (así, la portavoz del grupo socialista en el Senado, señora Sauquillo, indicó explícitamente que “sería muy grave y no haríamos nada con este proyecto de ley, si tuviéramos que esperar a que los jueces decidiesen para estas situaciones

Posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, complementa y mejora la anterior regulación⁴⁸²; confirmando la tendencia hacia la desjudicialización de las actuaciones encaminadas a la protección del menor⁴⁸³.

el desamparo, porque habría muchos niños que desgraciadamente, cuando obtuvieran la resolución judicial, ya no podrán estar en la presencia del juez, porque se habrían muerto de frío y de hambre); e igualmente se deduce, a mi juicio, del propio preámbulo de la Ley y de los demás datos que aporta su proceso de elaboración» («Situaciones de desamparo» y «situaciones de riesgo» de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *op. cit.*, p. 51).

⁴⁸² Vid. REBOLLEDO VARELA, Miguel, «Procedimientos Judiciales de acogimiento y adopción: La exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel (Dir.), Universidade da Coruña, 1997, p. 65. No obstante, no toda la ley mereció un juicio favorable por parte de juristas expertos en la materia, sobre todo en lo que se refiere a los derechos de los menores (cfr. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 1, 1996, pp. 1690-1693).

⁴⁸³ El sistema de protección de menores adoptado en España no es uniforme con los países de vecinos. Unos suelen optar por la protección administrativa y otros por el sistema judicial. MORENO-TORRES SÁNCHEZ hace un estudio comparativo y determina que «La competencia para la protección de menores en situaciones de riesgo y desamparo en los países del entorno no se atribuye siempre a la Administración, sino que resulta común que sea la autoridad judicial quien decida sobre las medidas, si bien es cierto, que en casos de urgencia, se puede dejar en manos de aquélla la primera intervención. Se presentan además un elenco de posibilidades de intervención reguladas por cada estado, presididas todas ellas por la aplicación primordial del principio del interés del menor. Por ejemplo, en Italia el artículo 8 de la Ley núm. 184, de 4 de mayo de 1983, publicada en la *Gazzetta Ufficiale* de 17 de mayo de 1983, regula el abandono, que será decretado judicialmente a instancia de los servicios sociales. Señala que *el abandono surge ante la falta de asistencia moral y material por parte de los padres o de los parientes obligados a prestársela, siempre y cuando la falta de asistencia no sea debida a fuerza mayor de carácter transitorio. Los menores en situación de abandono son declarados en estado de adoptabilidad*. En Francia, la intervención judicial solo ha lugar, a través de la tutela judicial o legal (artículos 390 y siguientes del Código Civil), cuando han fallado los mecanismos de intervención previstos mediante la protección administrativa a través de la Ayuda Social a la Infancia (ASE), en circunstancias que ponen en riesgo la salud, seguridad, moralidad o educación de los menores. Regula el abandono en el Título VIII dedicado a la adopción, en el artículo 350. Las medidas de asistencia educativa acordadas por el juez pueden ser muy variadas, hasta incluir la posibilidad de la separación del menor de su medio, pero los padres siguen conservando la patria potestad sobre sus hijos (artículo 375-7 del Código Civil). En Inglaterra, la *Children Act* de 1989, se ocupa de regular las distintas medidas de intervención con menores, de forma progresiva en función del grado de desatención y necesidad que tengan los mismos. Destacan las siguientes figuras de protección, que siempre son judiciales: *supervision order*, *family assistance order*, *education supervision order* y la calificación *children in need*, solicitadas al juez por los servicios Sociales-Educativos cuando estimen que se puede producir un perjuicio a un menor y para efectuar el seguimiento preciso en función de la situación del menor. La *Care order* (medida similar a la declaración de desamparo del derecho español) tiene como consecuencia la atribución de la autoridad parental a la autoridad local que designe el Juzgado, así como decidir en qué medida la persona que venía ejerciendo responsabilidad parental sobre un menor, la puede seguir ejerciendo y en qué grado. Únicamente podrán dictar una *interim care order* (similar al desamparo de urgencia o provisional de España), los servicios sociales, con motivo de urgencia de la situación, debiendo proponer la misma al Juzgado de manera

Insiste en que la gravedad de las situaciones requieren soluciones y medidas urgentes, lo que es incompatible con los tradicionales mecanismos judiciales, salvo en los casos de conflicto y con carácter posterior a la declaración de desamparo.

Por su parte, el artículo 172.6 del Código Civil, antes de su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, establecía que «*las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa*». En efecto, si no es necesario recurrir previamente ante la Administración, es porque de ordinario ésta dicta la resolución⁴⁸⁴.

inmediata» (*La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de menores Español*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 240-241).

484

La Ley 26/2015 suprime el apartado 6 del art. 172 continuando con la tendencia de sacar del Código civil todas aquellas normas procedimentales para regularlas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. De este modo, la ley procedimental en el art. 779 regula el carácter preferente de los procedimientos de oposición estableciendo que «*Los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tendrán carácter preferente. Será competente para conocer de los mismos el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública y, en su defecto o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del código Civil, el Tribunal del domicilio del adoptante*». Asimismo, el art. 780 detalla el procedimiento de oposición y determina: «*1. No será necesaria reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los Tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. La oposición a las mismas podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación. Estarán legitimados para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución, los menores afectados por la resolución, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación. Aunque no fueran actores podrán personarse en cualquier momento en el procedimiento, sin que se retrotraigan las actuaciones. Los menores tendrán derecho a ser parte y a ser oídos en el proceso conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Ejercitarán sus pretensiones en relación a las resoluciones administrativas que les afecten a través de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de la persona que se designe como su defensor para que les represente. 2. El proceso de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores se iniciará mediante la presentación de un escrito inicial en el que el actor sucintamente expresará la pretensión y la resolución a que se opone. En el escrito consignará expresamente la fecha de notificación de la resolución administrativa y manifestará si existen procedimientos relativos a ese menor. 3. El Secretario judicial reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días. 4. Recibido el testimonio del expediente administrativo, el Secretario judicial emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753. 5. Si el Ministerio Fiscal, las partes o el juez competente tuvieren conocimiento de la existencia de más de un procedimiento de oposición a resoluciones administrativas relativas a la protección de un mismo menor, pedirán los primeros y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la acumulación ante el Juzgado que estuviera conociendo del procedimiento más antiguo. Acordada la acumulación, se procederá según dispone el artículo 84, con la especialidad de que no se suspenderá la vista que ya estuviera señalada si fuera posible tramitar el resto de procesos acumulados dentro del plazo determinado por el señalamiento. En caso contrario, el*

De igual forma, del artículo 18 de la Ley 1/1996 y 172.1 del Código Civil también se infiere esta conclusión, porque aclara que la entidad pública tiene la tutela por ministerio de la ley «*cuando constate que un menor se encuentre en situación de desamparo*»; verificación que se hace mediante acto administrativo.

Como se puede comprobar, la legislación ha ido evolucionando en ese sentido siendo cada vez más preponderante la intervención de la Administración. La competencia para la adopción de medidas de protección de menores es única y exclusiva de ésta⁴⁸⁵; sin perjuicio de que en el ámbito judicial puedan ser adoptadas medidas provisionales por cualquier tipo de procedimiento, civil o penal o jurisdicción voluntaria, como establece el artículo 158 del Código Civil; así como la intervención de jueces y fiscales en el control de la actuación de la Administración y la defensa de los derechos de los padres biológicos⁴⁸⁶.

Determinada la competencia de la Administración en protección de menores, se advierte que en cada territorio autonómico existe un órgano *ad hoc* que ejerce la función protectora (entidades públicas con competencia en esta materia)⁴⁸⁷. La labor de estos órganos suele ir precedida de la colaboración ciudadana o la actuación de la policía o servicios sociales municipales, quienes dan cuenta de posibles situaciones de desprotección de menores. A partir de ese momento empieza su intervención.

En la legislación desarrollada por las Comunidades Autónomas, al definir el sistema de protección, este término se utiliza de forma amplia. Luego, en los siguientes artículos, se distingue entre actuaciones preventivas y protectoras. La prevención tiene por objeto procurar que todos los menores se desarrollen de forma integral, sin intervención directa de los poderes públicos en la familia⁴⁸⁸. En cambio,

Secretario Judicial acordará la suspensión del que tuviera la vista ya fijada, hasta que los otros se hallen en el mismo estado, procediendo a realizar el nuevo señalamiento para todos con carácter preferente y, en todo caso, dentro de los diez días siguientes. Contra el auto que deniegue la acumulación podrán interponerse los recursos de reposición y apelación sin efectos suspensivos. Contra el auto que acuerde la acumulación no se dará recurso alguno».

⁴⁸⁵ Se produce lo que VATTIER LAGARRIGUE denomina «el protagonismo de las Entidades públicas» [«Contribución al estudio del acogimiento», *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, CARRANCHO HERRERO, María (Coord.), Universidad de Burgos, 1999, p. 129].

⁴⁸⁶ Vid. GISBERT JORDÁ, Teresa, «Ley de Protección Jurídica del Menor», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Núm. 1776, 1996, p. 2594.

⁴⁸⁷ Vid. GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo, *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁸⁸ DE TORRES PEREA identifica esta actuación como de atención primaria en el ámbito de los Servicios Sociales, correspondiente a trabajos de información y orientación. Se ofrece un

la protección se activa cuando existen indicios de inadecuado desarrollo del menor por negligencia de los obligados legales; interviniendo (bien en su propio medio, bien separando al menor) en la vida familiar de forma progresiva. Las medidas de protección son: situación de riesgo, atención inmediata, guarda administrativa, desamparo, acogimiento y adopción.

Sin perjuicio de la ayuda y asistencia inmediata que pueda efectuarse por la persona o el funcionario que atienda a un menor en primer lugar, en situaciones de desprotección se debe dar traslado cuanto antes al órgano competente, poniéndose en conocimiento de los representantes legales⁴⁸⁹. Una vez que aquél conozca las circunstancias, deberá comprobar la realidad de éstas, adoptando las medidas oportunas para resolverla, lo cual significa que realizará una investigación (apertura de expediente) y seguimiento del hecho denunciado a fin de comprobar la verosimilitud y repercusión sobre el menor⁴⁹⁰. Finalmente, cobra especial relevancia la labor de asesoramiento y vigilancia que deben realizar los servicios sociales y todos los profesionales que lo integran.

En su actuación, la Administración debe tener en cuenta una serie de principios. Uno de ellos es *el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés*. *Sensu contrario*, será declarado en desamparo y extraído de su entorno cuando éste no sea beneficioso para él. Al ser ésta una medida tan drástica, tiene que utilizarse como *ultima ratio*, intentando agotar todas las posibilidades para que el niño pueda permanecer con su familia.

asesoramiento especializado, informan de los recursos disponibles, en su caso canalizan el asunto a otros servicios y realizan una importante labor de concienciación social (cfr. *El interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar, op. cit.*, p. 59).

⁴⁸⁹ Art. 14 LOPJM: «Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal. La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo».

⁴⁹⁰ Art. 16 LOPJM: «Las entidades públicas competentes en materia de protección jurídica de menores estarán obligadas a verificar la situación denunciada y a adoptar las medidas necesarias para resolverla en función del resultado de aquella actuación».

2. La situación de desamparo del menor

El concepto legal de desamparo es la base sobre la que se asienta la protección de menores; por ello es importante delimitarlo y ponerlo en correspondencia con el principio del superior interés del menor.

Antes se le conocía como abandono. Este término se incorporó en el Código Civil en 1958, por una ley que lo modificó⁴⁹¹, y en el artículo 178 dispuso: *«únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes»*; pero esta norma no delimita su contenido.

Posteriormente, la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del Capítulo V, del Título VII, del Libro I del Código Civil, sobre adopción⁴⁹², reguló por primera vez el régimen del menor abandonado, aunque fuera a propósito de su materia⁴⁹³. Esta ley objetiviza la situación de abandono pormenorizando acerca de su consideración legal, que debe ser apreciada y declarada judicialmente. Según el artículo 174 del Código Civil, se consideraba abandonado al menor de catorce años que carecía de persona que le asegurara la guarda, alimento y educación, siendo irrelevante que dicha situación se produjera por causas voluntarias o involuntarias. También era abandono la entrega del menor en una casa o establecimiento benéfico, cuando el menor hubiese sido entregado sin datos que revelen su filiación; cuando, a pesar de ser conocida la filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonarlo con simultaneidad a la entrega o de actos posteriores. En cada uno de estos casos, para que efectivamente se aprecie el abandono, debía transcurrir seis meses continuos⁴⁹⁴, sin que el padre o la madre, tutor u otros familiares del menor, se interesasen por él de modo efectivo mediante actos que muestren su voluntad de asistencia, poniéndose énfasis en que la mera petición de noticias no interrumpe el plazo.

⁴⁹¹ BOE Núm. 99 de 25 de abril de 1958.

⁴⁹² BOE Núm. 161 de 7 de julio de 1970.

⁴⁹³ El art. 174 CC (primer párrafo) preveía que *«en la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor, prevenido en el artículo anterior, sin perjuicio de que se oigan a los padres que fueren conocidos o se presentaren»*.

⁴⁹⁴ Plazo que posteriormente se redujo a treinta días continuos con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

A pesar de los esfuerzos, esta legislación presentaba varios aspectos susceptibles de crítica. Entre otros, el abandono requería: una determinada edad en el menor; la existencia de resolución judicial; y, el transcurso de cierto tiempo. Por otro lado, se comprendían dentro del abandono únicamente los supuestos de entrega de un menor por sus padres a una institución benéfica o inexistencia de guardador del menor, sin plantearse la posibilidad de que una situación de absoluta dejación de funciones paterno filiales o tutelares pudiera ser equiparable al abandono.

Así las cosas, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, sustituye la palabra abandono por desamparo. El legislador entendió que el desamparo abarcaba supuestos no solo ya de carencia de personas que pudieran hacerse cargo, sino también de casos en que, existiendo tales personas, estuvieran imposibilitadas para el ejercicio de los deberes de protección o éste se revelara como objetivamente inadecuado, con lo cual las posibilidades de apreciación de situaciones perjudiciales para el menor se ampliaban. También se estableció una posibilidad de tutela ordinaria de los menores desamparados *ex* artículo 239 del Código Civil, como excepción a la regla general de tutela pública.

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil no introdujo variación alguna al concepto de desamparo; simplemente realizó una remisión a los artículos 172 y siguientes del Código Civil. No obstante, con su reforma por Ley 26/2015, de 28 de julio, fija la diferencia entre las situaciones de riesgo⁴⁹⁵ y desamparo. El artículo 17 dispone lo que se debe entender por situación

⁴⁹⁵ Según FÁBREGA RUIZ, la situación de riesgo es «aquella en la que existe un perjuicio para el normal desarrollo del menor que no alcanza la entidad suficiente para justificar la separación del menor de su núcleo familiar, y en el que, sin adoptar la tutela automática de la Administración, esta debe adoptar las medidas necesarias para eliminar la situación peligrosa. Esto se basa en el principio de que siempre que sea posible, debe mantenerse al menor en su propia familia» [«Desamparo de menores y guarda de hecho. Breve nota sobre los efectos de la concurrencia de ambos», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo*, GONZÁLEZ PORRAS, José y MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando (Coords.), t. I, Universidad de Murcia. Secretariado de publicaciones e intercambio científico, 2004, p. 1539]. Por su parte, GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA concretizan la actuación de la Entidad administrativa afirmando que ésta pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para eliminar los factores de riesgo, actuando dentro de la propia familia a través de medidas de apoyo o ayuda familiar; así, puede tratarse de medidas económicas cuando la causa determinante del riesgo proceda de carencias o insuficiencias de recursos económicos; prestaciones de tipo formativo o psicosocial, con la finalidad de mantener el hogar familiar como soporte básico y facilitar su

de riesgo, prevé la competencia para apreciarla y el procedimiento para ser declarada, disponiendo, por seguridad jurídica, que dicha declaración se formalice en resolución administrativa en casos de especial gravedad, con la información a los padres de cómo deben actuar para evitar la declaración de desamparo posterior.

Asimismo, la Ley de 1996 introdujo el principio de interés del menor en el concepto de desamparo: *«se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona»*.

Otra novedad respecto al desamparo vino con la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional⁴⁹⁶, para introducir con detalle los supuestos de impugnación jurisdiccional de la resolución declaratoria de desamparo y las medidas de protección dictadas por las entidades públicas, regulando definitivamente los plazos de impugnación.

Situándonos en regulación actual de desamparo, el Código Civil lo recoge en los siguientes términos: *«se considera como situación de desamparo 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 y material»* (artículo 172.1).

Por su parte, la Ley de Protección Jurídica del Menor, en el artículo 18.2, reproduce el texto anterior, y agrega que se considera un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en esta situación⁴⁹⁷, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente, y que la pobreza en

normal integración social; medidas técnicas a través de actuaciones profesionales, para restablecer y facilitar el ejercicio adecuado de las funciones parentales (cfr. *Aspectos procesales civiles de la protección del menor, op. cit.*, p. 28).

⁴⁹⁶ BOE Núm. 312 de 29 de Diciembre de 2007.

⁴⁹⁷ Respecto a las medidas distintas adoptadas respecto a hermanos, referir el ATC de 25 de mayo de 1992 y la STEDH de 31 de mayo de 2011 (R. y H. contra Reino Unido). Para el TEDH aunque el dato de que la demandante tenga bajo su guarda otro menor respecto del que no se han tomado medidas puede ser ilustrativo, pero no es un dato decisivo, pues las edades de los menores pueden marcar distintas necesidades de protección, por lo que las autoridades nacionales están autorizadas para adoptar distintas decisiones en relación con los distintos miembros de la familia y para optar por promover la adopción de uno de los hermanos por ser lo mejor para sus intereses atendiendo a su edad.

ningún caso se tendrá en cuenta para valorar el desamparo⁴⁹⁸. Asimismo, describe cada una de las circunstancias que dan lugar a la declaración de desamparo cuando se presenten con la suficiente gravedad y que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor⁴⁹⁹.

Teniendo en cuenta la legislación vigente, dos son los elementos que configuran el desamparo: el subjetivo (de omisión de la conducta debida –ya sea con

⁴⁹⁸ El tenor literal del artículo fue modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio. Esta ley unifica los criterios que, al respecto, se venían utilizando en las Comunidades Autónomas respecto al desamparo. Además, regula la competencia de la entidades públicas respecto a la protección de los menores españoles desprotegidos en un país extranjero y el procedimiento en caso de traslado de un menor protegido desde una Comunidad Autónoma a otra; cuestiones ambas que carecían de previsión normativa.

⁴⁹⁹ Art. 18 LOPJM: «*En particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias (...): a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas 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 inducción 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. 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».*

voluntad o por imposibilidad– por quienes tienen el deber de protección de los menores) y el objetivo (situación fáctica de privación de la asistencia material o moral en la que se encuentra el menor, a causa del incumplimiento anterior)⁵⁰⁰.

Respecto al primero, la conducta omitida alude a aquella realidad en la que los guardadores, se desentienden total y absolutamente de los menores, o simplemente no pueden hacerse cargo de ellos con una mínima idoneidad. Existe una situación de incumplimiento, imposibilidad o inadecuación en el ejercicio de las funciones de guarda y protección [relativas a la esfera personal del menor (artículo 154 del Código Civil: *velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*)].

El segundo componente, alude al contexto fáctico, el cual se debe apreciar y valorar objetivamente: ¿cómo se encuentra el menor? (con independencia de las causas o circunstancias que lo hayan provocado), y ¿cuánto tiempo lleva así? Esta exigencia es importante, porque para declarar el desamparo lo decisivo es la situación *de hecho* de desasistencia grave. Solo si concurren ambos requisitos la Administración pública podrá a declarar el desamparo⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Para un mayor conocimiento del asunto, *vid.* ALBÁCAR LÓPEZ, José y MARTÍN GRANIZO, Mariano, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia, op. cit.*, pp. 1067-1086; UTRERA GUTIÉRREZ, José, «Protección de Menores: acogimiento, adopción y tutela», *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, y GONZÁLEZ VICENTE, Pilar (Coords.), Sepín, Madrid, 2005, p. 304; GONZÁLEZ LEÓN, Carmen, *El abandono de menores en el Código civil, op. cit.*, pp. 90 y ss.; FELIÚ REY, Manuel, «Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la ley 21/1987, de 11 de noviembre», *op. cit.*, pp. 2752-2753; VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional. Ley 21/87 de 11 de noviembre, op. cit.*, pp. 20-41; LLEBARÍA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, op. cit.*, pp. 49-54; LINACERO DE LA FUENTE, María, *Protección jurídica del menor, op. cit.*, pp. 228-230; DE TORRES PEREA, José, *El interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar, op. cit.*, pp. 70-76 y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «Desamparo de menores y guarda de hecho. Breve nota sobre los efectos de la concurrencia de ambos», *op. cit.*, pp. 1540-1541. En la jurisprudencia menor, *vid.* SAP Baleares de 11 de marzo de 2005.

⁵⁰¹ Algunos autores consideran que el desamparo solo puede ser verificado por la existencia de una declaración administrativa (cfr. PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Derecho de Familia V. Adopción, acogimiento, Tutela y otras instituciones de protección de menores, op. cit.*, p. 217). Sin embargo, esto no quiere decir que la Administración sea la única que pueda constatar la existencia de una situación de desamparo. Sus resoluciones son revisables por los tribunales civiles y, aunque la entidad pública no considere conveniente intervenir por entender que no existe desamparo, este puede declararse por un juez si contempla la existencia de la situación de hecho que lo provoca. En estos casos, el juez podrá, bien nombrarle un tutor, bien decretar la tutela automática o la guarda de la entidad pública, la que podrá hacerse a instancia del Ministerio Fiscal o de cualquier persona con interés legítimo. Cabe, por tanto, una declaración de desamparo de carácter judicial. Asimismo, conviene

B. Guarda de hecho y declaración de desamparo

Existen supuestos en los cuales, a pesar del incumplimiento del deber de protección que exige la ley a los progenitores, el menor no se encuentra indefenso, porque objetivamente tiene cubiertas sus necesidades de salvaguardia. Un pariente o allegado (guardador de hecho), sin titularidad jurídica, asume dicha obligación⁵⁰².

Aparentemente, esta realidad no debería dar lugar al desamparo porque falta el elemento objetivo. Sin embargo, la Administración en numerosas ocasiones lo ha declarado, y alguna jurisprudencia menor lo confirma. En verdad, ante supuestos semejantes los pronunciamientos judiciales son dispares, creando inseguridad jurídica⁵⁰³.

En derecho comparado, no sucede lo mismo porque explícitamente reglamentan este contexto. En Italia se declara el abandono del menor a pesar de la asistencia de terceras personas. El artículo 8.1 de la Ley Núm. 184, de 4 de mayo de 1983, dispone que el abandono surge ante la *«falta de asistencia moral o material de los padres o de los parientes obligados a prestársela y cuando la falta de asistencia no sea debida a fuerza mayor de carácter transitorio»*. Seguidamente, el numeral 2 enfatiza que esta situación subsiste aun cuando los menores estén atendidos en un instituto de asistencia o en acogimiento familiar.

Por su parte, el ordenamiento jurídico francés, en el artículo 350 del Code Civil, se inclina por una concepción objetiva del abandono, al señalar que éste *«no será declarado si, en el transcurso del plazo previsto en el apartado primero del presente artículo, un miembro de la familia hubiera solicitado asumir la carga del niño y si esta petición se considerara conforme con el interés de este último»*.

En España, el artículo 172.1 del Código Civil, no ofrece una solución clara. La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, por su parte, a pesar de recoger una gama de situaciones que dan lugar al desamparo, tampoco resuelve el asunto. Este término ha originado no pocos problemas por su falta de delimitación. Ya desde

advertir que, la resolución administrativa o judicial, no constituye la tutela automática, sino que esa documentación se hace por motivos de seguridad jurídica, ya que la tutela se constituye de manera automática por ministerio de la ley por lo que no necesita declaración alguna (cfr. Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2002, p. 595).

⁵⁰² Con frecuencia se presentan casos en donde los abuelos desempeñan el papel de guardadores de hecho, y la jurisprudencia civil ha negado (pero no siempre) que pudiera darse una situación de desamparo paterno en estos casos.

⁵⁰³ Cfr. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta, *El desamparo de menores*, op. cit., p. 37.

los proyectos de reforma se hizo notar la inquietud por concretarlo, no obstante, hasta hoy continúa la controversia en la doctrina.

VALLADARES RASCÓN da a conocer la inquietante situación: «El Proyecto de 10 de marzo de 1986, se limitaba a otorgar a la entidad pública protectora la tutela de los menores “en tanto se encuentren en situación de desamparo”; pero no definía esta situación. Sustancialmente, decía lo mismo el artículo 172.1 del Proyecto de 4 de febrero de 1987, al afirmar que la entidad pública “tiene la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo”. Algunas de las enmiendas a este artículo, presentadas en el congreso intentaron clarificar el concepto de desamparo (o, insistiendo en la terminología anterior, de abandono). Así la enmienda número 7, del Grupo Parlamentario Vasco, proponía adicionar un nuevo párrafo con la siguiente definición: “Se considerará abandonado el menor emancipado (*sic*) que carezca de persona que le asegure la guarda, alimentos y educación. Para apreciar esta situación será irrelevante que se haya producido por causas voluntarias o involuntarias...”. La enmienda número 37, del Grupo socialista, propugnaba una definición muy similar a la del texto definitivo: “Se considera como situación de desamparo aquella en la que se produce un incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que la ley establece en favor de los menores”. La enmienda número 103, del Diputado señor Pardo Montero, proponía intercalar un apartado que dijera: “2. A estos efectos se entenderán por menores en situación de desamparo: 1.º los de filiación desconocida; 2.º Los que carezcan de persona que les asegure la guarda, alimento y educación; 3.º Los abandonados expresamente al cuidado de la entidad pública encargada de la guarda y protección de menores y 4.º Aquellos a cuyos padres se hubiere privado de la patria potestad y cuya tutela se hubiere atribuido expresamente a la entidad pública encargada de la custodia y protección de menores”. La ponencia, en su informe, entendió que debían aceptarse las enmiendas números 7 y 37, recogiendo algunas correcciones técnicas de la número 164. Dejando redactado, de forma igual al texto definitivo, el artículo 172.1 del Código Civil. En el Senado, la enmienda número 42, del Grupo Parlamentario Coalición Popular, propugnaba como definición de la situación de desamparo, “la del menor privado de la necesaria asistencia moral o material, sea por causas voluntarias o

involuntarias”. Pero la Ponencia y la Comisión mantuvieron la redacción del Congreso»⁵⁰⁴.

A esta dificultad, se une la situación que la asunción de funciones que realiza el guardador de hecho es de manera voluntaria, y por esta razón podrá desistir de ellas por propia voluntad. Quizá por este motivo, CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS se muestra muy crítica frente a la figura de la guarda de hecho como instrumento de protección del menor. Para la autora, los guardadores de hecho no son titulares de ningún derecho sobre el menor (excepto el derecho de resarcirse en caso de daños que le fueran causados en el desenvolvimiento de la guarda, *ex* el artículo 220 del Código Civil), y lo que es más grave a estos efectos, tampoco son destinatarios de ninguna obligación jurídica, salvo la de promover la tutela (cfr. artículo 229 del Código Civil). En esta situación, es difícil el ejercicio de cualquier función cuasiparental. Así, carecen de cualquier autoridad frente al menor, al que no tienen la obligación de corregir ni el derecho a ser obedecidos; en la toma de decisiones respecto del menor, nunca les ha de corresponder la autoridad, dado que si existen padres no privados de la patria potestad, son éstos los que en cualquier momento pueden reclamar el ejercicio de su *potestas*, y si no existen, no tienen otra opción que recurrir al auxilio jurisdiccional, lo que desde luego no es lo más operativo desde cualquier perspectiva educativo pedagógica. Asimismo, carecen de cualquier título jurídico que les avale en el ejercicio de su función, ya sea en el ámbito educativo, frente a las autoridades sanitarias, en los procedimientos administrativos o jurisdiccionales en nombre del menor al no ostentar su representación legal, o en la mera tramitación de documentación del menor⁵⁰⁵.

De forma similar, la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado expresa: *«la guarda de hecho genera un vínculo extremadamente débil entre el menor y sus guardadores pues por un lado estos carecen de autoridad sobre aquél, quien no les debe obediencia, a diferencia de lo que ocurre con el menor sujeto a patria potestad o a tutela. Por otro lado, en principio no puede el guardador de hecho oponerse al requerimiento de entrega del menor proveniente de cualquier*

⁵⁰⁴ «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», *Centenario del Código civil*, t. II, Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 2043-2044.

⁵⁰⁵ Cfr. *Los derechos de los niños y las actuaciones administrativas protectoras*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006, p. 12.

persona con potestad jurídica sobre el mismo, y ello aunque tenga convicción de que esa entrega pueda ser negativa para el niño, sin perjuicio de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la Autoridad Judicial, para que dispongan lo que proceda. Puede, pues, decirse que una prolongación temporal de la guarda de hecho puede generar un grave déficit de seguridad jurídica en el menor».

A lo anterior se añade el problema de las relaciones de los guardadores de hecho y los progenitores cuya patria potestad no ha sido suspendida. MORENO-TORRES SÁNCHEZ lo pone de relieve: «son muchos los problemas que acarrea el hecho de que no se suspenda la patria potestad (judicial o administrativamente) en situaciones de guarda de hecho, o una vez constituida la guarda judicial conforme al artículo 158 o bien formalizado el acogimiento cuando se realiza judicialmente sin la anuencia de los padres; dado que éstos siguen ostentando la patria potestad sin suspensión ni privación alguna, los roles de los acogedores, cuando aquellos les perturban en su ejercicio o cuando toman decisiones sobre los menores, no están definidos»⁵⁰⁶.

La legislación autonómica prevé el supuesto de guarda de hecho y desamparo, aunque de forma dispar. Para algunas comunidades es posible declarar el desamparo porque éste se predica de los guardadores legales⁵⁰⁷; y para otras, solo opera cuando no quepa otra solución más acorde con el interés del menor⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ *El desamparo de menores, op. cit.*, p. 37. LASARTE ÁLVAREZ, en cambio, afirma que el análisis de la figura del guardador de hecho debe estar presidido más que por la desconfianza hacia lo legal o paralegal, por una franca actitud de encomio o beneplácito hacia quien asume la guarda de hecho (cfr. *Compendio de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 59).

⁵⁰⁷ *Vid.* art. 105 de Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia en **Cataluña**; art. 63 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las **Illes Balears** y art. 22 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de **Murcia**.

⁵⁰⁸ *Vid.* art. 24.2 del Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la **Comunitat Valenciana**: «No concurre situación de desamparo cuando un guardador preste de hecho al menor la necesaria asistencia moral y material. Cuando las direcciones territoriales competentes en materia de protección de menores tengan conocimiento de la existencia de una guarda de hecho respecto de un menor, en la que no se aprecie situación de desamparo o cualquier otra circunstancia que justifique la intervención de la entidad pública en el ejercicio de sus funciones protectoras, notificará al Ministerio Fiscal la existencia de dicha guarda de hecho, a los efectos de lo previsto en el artículo 228 del Código Civil. Asimismo, se informará a los guardadores de hecho de su obligación de promover la constitución de la tutela en los términos previstos en el artículo 229 del Código Civil» y art. 49.3 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de **la Rioja**, que señala que «No concurre la situación de desamparo cuando un guardador preste de hecho al menor la necesaria asistencia moral o material. En estos casos, la entidad pública remitirá las

Respecto a esta problemática, en la doctrina encontramos dos posturas opuestas⁵⁰⁹. Los defensores de un cariz puramente objetivo del desamparo, entienden que solo interesa la desatención material o moral del menor, y no el castigo hacia los padres por el no cumplimiento de sus deberes. A la Administración le debe ser indiferente si esa asistencia se presta por los progenitores o por otras personas como guardadoras de hecho⁵¹⁰. Si las necesidades materiales y morales están cubiertas, sería incompatible la declaración de desamparo⁵¹¹.

*actuaciones al juzgado correspondiente para la adopción de las medidas que estime de interés para el menor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 303 del Código Civil». En este tema, es especialmente notorio el tratamiento de la situación la guarda de hecho que se realiza en la «Guía de actuación de los servicios sociales dirigidos a la infancia en el Territorio Histórico de Álava». Este instrumento propone que en los casos en que el menor está bien atendido por sus guardadores, se considera que la mejor alternativa ante una situación que pudiera ser de acogimiento permanente, es promover la tutela ordinaria. Solo se declarará el desamparo en el caso de que sea conveniente promover el acogimiento judicial y los padres no consientan (cfr. AA. VV., *Guía de actuación de los servicios sociales dirigidos a la infancia en el Territorio Histórico de Álava*, Departamento de Asuntos Sociales, Instituto Foral de Bienestar Social, Diputación Foral, Álava, 2004, p. 80).*

⁵⁰⁹ Cfr. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta y otros, «La situación de desamparo», *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coord.), Dykinson, Madrid, 2007, p. 101.

⁵¹⁰ La propia LOPJM, en su artículo 12.2, establece la obligación de los poderes públicos de velar porque los «progenitores, tutores, guardadores o acogedores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades». Esto supone admitir la asistencia del guardador de hecho, porque donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete.

⁵¹¹ Para SERRANO RUIZ-CALDERÓN el concepto de desamparo, su declaración y por tanto sus consecuencias, deben servir para proteger al menor, no para castigar a las personas que incumplen sus funciones. Por tanto, si alguien atiende al menor no existe situación de desamparo (cfr. *Abandono y Desamparo de menores en el Derecho civil Español*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004, p. 145). UTRERA GUTIÉRREZ se muestra conforme con que la guarda de hecho que se realiza correctamente no es causa de desamparo (cfr. «Protección de Menores: acogimiento, adopción y tutela», *op. cit.*, pp. 306 y 321). PÉREZ MARTÍN se muestra favorable a considerar que si la debida asistencia la presta un guardador de hecho, no hay desamparo (cfr. *Derecho de Familia V. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, *op. cit.*, p. 173). VIVANCOS SÁNCHEZ entiende que en los casos de menor amparado por personas sin potestad legal sobre él, no llega a producirse situación de desamparo por lo que la entidad pública no tiene ninguna intervención. Se trataría simplemente de un menor sujeto a guarda de hecho respecto del cual procedería constituir la tutela ordinaria en la persona del guardador (cfr. «Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo», *Actualidad Civil*, Núm. 5, 2000, pp. 1757-1760). LLEBARÍA SAMPER considera que «a pesar del incumplimiento de los deberes protectores por padres o tutor, basta con que alguien ampare al menor, para impedir ello el juego de la tutela automática (cfr. arts. 303 y ss.). Nótese, además, que este incumplimiento en el ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, aparece absolutamente despersonalizado enervando, en suma, la apreciación de desamparo cuando tales deberes son cumplidos, sin importar –a efectos del 172.1– por quien son cumplidos» (*Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, *op. cit.*, p. 51). RUIZ-RICO RUIZ, entiende que aunque los supuestos de asunción de guarda por otros sujetos no dan lugar a una declaración de desamparo, significan causas de privación de la patria potestad (cfr. *Acogimiento y*

Si existe una persona idónea –abuelo, amigo, etc.–, guardador de hecho del menor, aunque éste no esté obligado a prestar la asistencia, no debe declararse el desamparo, ya que no existe. La guarda de hecho, impide el desamparo. Esta tesis

delegación de la Patria Potestad, op. cit., p. 147). ARCE FERNÁNDEZ refiere que la existencia de un guardador de hecho impide el desamparo porque el artículo 303 CC al regular la guarda de hecho, no le da tratamiento de situación de desamparo. No impone, ante la existencia de un menor atendido por un tercero sin título legal alguno, ni la constitución necesaria de la tutela administrativa ni la tutela ordinaria. Únicamente impone una cautelar vigilancia de la autoridad judicial sobre el guardador de hecho (cfr. *El desamparo de menores*, Universidad de Oviedo, 2011). PARRA LUCÁN defiende que, si la guarda de hecho se asume adecuadamente, el menor o incapacitado ya no se encontrarán, de hecho, en situación de desamparo, por lo que ya no procederá la intervención de la administración (cfr. «Comentario a los artículos 259-313», *op. cit.*, p. 2544). PÉREZ DE CASTRO pone como ejemplo que un menor huérfano puede encontrarse en desamparo antes de que se constituya la tutela y, por el contrario, un menor que vea cubiertas sus necesidades materiales y morales por un guardador de hecho no estaría en el supuesto descrito (cfr. «La situación legal de desamparo», *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, Núm. 23, 1998, pp. 161-162). VALLADARES RASCÓN, señala que lo definitorio para calificar el desamparo es que el menor reciba o no asistencia. Por ello, y con razón, refiere que «la redacción del artículo 172.1 parece, por tanto, superflua en parte. Aparentemente sobra la referencia a que la situación de desamparo se produzca 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. Y sobra porque ello se encuentra contenido en la última parte del último inciso del apartado: cuando los menores queden privados de la necesaria asistencia moral y material, será indiferente la causa por la que esta situación se produzca, que es, en realidad, lo que está remachando la primera parte de este inciso» («La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», *op. cit.*, p. 2045). ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA indica que «la doctrina científica que se ha ocupado de las relaciones entre guarda de hecho y tutela administrativa ha defendido que la existencia de un guardador que atiende de modo efectivo las necesidades del menor, excluye la situación de desamparo y por ende, la tutela administrativa» («Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», *op. cit.*, p. 257). MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ refiere de forma tajante: «necesariamente la guarda de hecho excluye que “de hecho” se produzca el desamparo del menor» [«La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *op. cit.*, p. 1478]. MORENO FLÓREZ asevera que si bien puede existir desprotección moral o material hacia un menor por los obligados legales, para que se declare efectivamente el desamparo, éste debe hacerse presente en la realidad, porque puede suceder que el incumplimiento se haga patente, pero que el menor no sufra las consecuencias porque se encuentra bajo los cuidados de un guardador de hecho. Es decir el resultado de afectación de los derechos del menor no se verifica. En palabras de esta autora, «lo definitorio, por tanto, para calificar el desamparo del menor será el hecho de que reciba o no asistencia, con independencia de quien se la preste; cuando la reciba, aunque sea de terceras personas, no puede considerarse que esté en situación de desamparo» (*Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 49). En términos similares se manifiesta también RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, «El sistema tutelar», *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y sucesiones*, MORENO QUESADA, Bernardo (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 350; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 74; LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 38 y LEGERÉN MOLINA, Antonio, «Presupuestos de aplicación del artículo 239.3 del Código Civil, la tutela “ex lege” del mayor de edad en situación de desamparo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Núm. 12, 2008, p. 559.

pone el acento en la situación de hecho en que se encuentra el menor y tiene apoyo en cierta jurisprudencia menor.

El auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de enero de 2002 resolvió en sede de apelación, el recurso interpuesto contra la resolución administrativa que acordó la declaración de desamparo y la tutela a favor de la entidad pública de una menor que estaba siendo guardada de hecho por los abuelos. El auto fue recurrido por los progenitores y por los abuelos de la menor, alegando éstos últimos que la menor no había estado desamparada toda vez que estos habían venido ejerciendo de modo satisfactorio la guarda de hecho, por lo que procedía no declarar el desamparo y devolver a la menor a su núcleo familiar. La Sala estimó el recurso, revocando el desamparo al señalar que la menor nunca había estado desamparada toda vez que estaba correctamente atendida y bien de salud, ordenando a la Administración la elaboración de un Plan de Acción. Las razones esgrimidas fueron las siguientes: *«A la hora de determinar si existe o no situación legal de desamparo, es de comprobar la situación real y actual del menor al momento de intervención de la Administración, verificando si aquél tiene cubiertos o no los bienes materiales y morales fundamentales exigidos por la ley, cualquiera que sea quien se los proporcione, porque el precepto no trata de regular o sancionar el ejercicio de deberes inherentes a la patria potestad, ni siquiera los inherentes a la guarda del menor, sino la situación en que se encuentra éste, aunque, lógicamente, a consecuencia del incumplimiento de aquéllos; de tal suerte que si el incumplimiento discurre por un lado y la situación fáctica del menor por otro, de forma que en ésta ninguna influencia o incidencia supone aquél, el mecanismo de actuación podrá ser otro, pero nunca la calificación como desamparo de una situación que sólo por su referencia a un estado de hecho puede ser llevada a cabo, lo que significa, si este estado no concurre, que aquella calificación no resulta posible».*

También, siguiendo esta postura, se encuentra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004. Se conoció en sede de apelación el recurso interpuesto contra la decisión de declarar en desamparo una niña cuyos padres la dejaron en manos de dos personas. Estas, quienes la acogieron, desempeñaron su función al margen de la Administración durante largo tiempo. Solo un tiempo después instaron un expediente de jurisdicción voluntaria a fin de que se

les declarara guardadores de hecho, hecho que así se declaró. No obstante, después intervino la Administración declarando el desamparo. Posteriormente, la Audiencia estimó que si bien había existido una clara situación de desamparo inicial luego la situación de guarda había evitado el desamparo⁵¹².

⁵¹²

En términos similares, el AAP Málaga de 14 de septiembre de 2001 establece que para que se constituya una situación de desamparo es imprescindible la concurrencia de dos requisitos, a saber «*el subjetivo, consistente en una actuación de completa dejación por quienes ejercían la guarda de los menores en sus deberes asistenciales, y, de otro, el objetivo, materializado en la constatación de abandono de los menores*». La falta de alguno de ellos, impediría el desamparo. Análogamente, en la SAP Guipúzcoa de 5 de febrero de 2007, en la que se cuestiona si se encuentra o no en situación de desamparo un menor que convive con su hermana y con el padre de ésta, quien se ha convertido en su guardador de hecho, la Audiencia proclama la necesidad de mantener la guarda de hecho para así atender principalmente al interés del menor, dado que establecer en este momento una situación de desamparo que propicie la asunción de la tutela del menor por parte de las instituciones públicas encargadas de ello, no sería lo más beneficioso para el menor ya que se vería abocado a sufrir una intervención institucional que en este momento es innecesaria, dado que dicho menor en la actualidad tiene cubiertas de manera totalmente adecuada todas sus necesidades, tanto existenciales como afectivas por medio de este guardador de hecho. Asimismo, el AAP Álava de 15 de junio de 1992, confirmando el del Juzgado de Primera Instancia Núm. 2 de Vitoria, declara la improcedencia de la constitución de la tutela solicitada por la tía de un menor con quien convivía tras la separación de sus progenitores, al no darse «*tal presupuesto fáctico de desamparo a que se refieren los citados preceptos legales, habida cuenta que existe un guardador de hecho –la propia solicitante doña T., tía del menor– que viene ocupándose convenientemente de ésta, por lo que no cabe entender que exista desamparo en sentido legal*». El AAP Asturias de 24 de marzo de 1992, siguiendo esta dirección, establece que «*la guarda de hecho acordada, con facultades de control inherentes a la misma (arts. 303 y ss. CC), se acomoda plenamente a las circunstancias preexistentes, protege al menos transitoriamente de forma adecuada el interés de los hijos del matrimonio (...) y en último extremo tal situación no los aleja del entorno local, educativo y sociológico en el que radicaban antes de producirse los acontecimientos que han desembocado en la necesidad de acudir a la guarda de hecho a fin de evitar el desamparo y evidente desprotección*». Por su parte, la SAP Sevilla de 23 de noviembre de 1999 realiza una amplia exposición de esta problemática: «*para la situación legal de desamparo se requieren dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero, que se produzca por parte de quienes ejercen la guarda del menor una actuación de completa dejación de sus deberes de asistencia moral y material. El segundo, que se constate en los menores un resultado de abandono, es decir que se encuentren carentes de tal asistencia. Pudiera parecer que lo primero conduciría a lo segundo, mas no tiene por qué ser necesariamente así (...). Volviendo pues a la dicción del art. 172 del Código Civil al definir la situación de desamparo, cobra especial relevancia a los efectos interpretativos, art. 3 del Código Civil, la referencia a la situación que se produce “de hecho”, lo que obliga a una constatación del estado del menor, es decir, el lado pasivo de la relación guardador-guardado; es decir, si la consecuencia fáctica, la situación real y actual, al momento de la intervención de la Administración, no es susceptible de ser calificada como desamparo, porque el menor tenga cubierto los bienes, materiales y morales, fundamentales exigidos por las leyes, cualquiera que sea quien los proporcione, porque el precepto no trata de regular y sancionar el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad, ni siquiera los inherentes a la guarda del menor, sino la situación en que se encuentra éste, aunque, lógicamente, a consecuencia del incumplimiento de aquellos; y ya hemos dicho que si tal incumplimiento discurre por un lado y la situación fáctica del menor por otro en la que ninguna influencia vaya a tener aquél, el mecanismo de actuación podrá ser otro (...), pero nunca la calificación de una situación que solo por su referencia a un estado de hecho puede ser llevada a cabo; cuestión*

De la misma forma, la posición objetiva ha sido recogida en alguna disposición legal donde se advierte la conciencia del legislador de que no toda situación de guarda de hecho constituye desamparo; y que la tutela administrativa, consecuencia de la declaración de desamparo, es subsidiaria⁵¹³.

Igualmente nos lo recuerda la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 22 de junio de 1996, cuando señala que *«la situación que se produce cuando una entidad asume las funciones de tutela respecto de un menor viene impuesta o predeterminada por una circunstancia de puro hecho, a la que la Administración tiene que hacer frente por virtud de las obligaciones que le impone la Constitución en cuanto a asegurar la protección social y económica de los menores (cfr. Artículo 39 Constitución)»*.

Por su parte, la Fiscalía del Estado también asume esta postura en la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia

distinta sería el efecto que se produce a la inversa, a saber que si se constata una situación fáctica susceptible de ser calificada de desamparo y trae su origen en el incumplimiento de los deberes inherentes a la guarda del menor, conlleva determinados efectos sobre la suspensión de la patria potestad cuando la tutela es asumida por la entidad pública». En similares términos, *vid.* SAP Granada de 17 de marzo de 2004; SAP Valencia de 9 de septiembre de 2003; SAP Barcelona de 30 de abril de 2003; SAP Asturias de 30 de junio de 2003; SAP Vizcaya de 3 de enero de 2002; AAP Málaga de 14 de septiembre de 2001; SAP Toledo de 9 de febrero de 2000 y SAP Sevilla de 25 de marzo de 1996. Algunas resoluciones de los Juzgados de 1ª instancia reconocen la condición de guardadores de hecho a particulares, que ejercían de manera efectiva el cuidado de un menor sin tener ninguna vinculación con aquél, considerando que la guarda de hecho evita el desamparo. Según lo señalado, el auto de 20 de junio de 2000 del Juzgado de 1ª instancia de Córdoba indica que *«la menor no se encuentra en situación de desamparo habida cuenta que existen personas que se ocupan de su manutención, cuidados y educación, en definitiva de la protección del menor, (...), siendo dicha solución más adecuada que la diseñada tutela automática de la institución pública»*. De igual manera, el auto de 14 de mayo de 1998 de la referida instancia, reconoce la condición de guardadora de hecho a la promovente del expediente que había cuidado al menor, sobrino nieto de la misma, durante años añadiendo que: *«es evidente que la guarda de hecho tiene un respaldo legal a raíz de las últimas reformas operadas en el Código Civil, guiadas por el propósito de abrir todo un abanico de soluciones al problema que surge de la desprotección de menores e incapaces, cuyo juego integrador es preciso potenciar (...) porque la tutela automática de la entidad pública puede fallar (...), esto es resulta factible la existencia de menores cuidados espontáneamente por personas sin ningún tipo de reconocimiento oficial, y esa situación en la medida que tiene encaje en el concepto de guarda de hecho, puede ser objeto de reconocimiento a los efectos legales que procedan»*. Análogamente, *vid.* Auto de 19 de julio de 2002 del Juzgado de 1ª instancia de Algeciras y auto de 9 de mayo de 2002 del Juzgado de 1ª instancia de Baena.

⁵¹³ En este sentido se explica lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 239 CC que establece: *«se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste»*. En términos similares, *vid.* el artículo 5 y 6 de la Ley 4/1994 de 10 de noviembre de Protección y Atención de menores de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

de extranjería, cuando refiere: «*en el caso de los menores extranjeros que se encuentran acompañados por sus padres, tutores o guardadores, y respecto de los cuales no es apreciable la situación de desamparo descrita en el art. 172.1 CC, prima el derecho del menor a conservar sus relaciones familiares*».

Finalmente, esta posición se encuentra avalada con la última reforma al Código Civil realizada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, que modifica el artículo 303 y cuyo texto vigente es: «*2.Procederá 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 esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de la falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.*». De modo explícito, el precepto exige el presupuesto objetivo de la desasistencia, *contrario sensu* no procederá declaración de desamparo cuando exista un guardador de hecho que preste cuidados y atención al guardado.

De otro lado, la posición subjetiva entiende, que si el menor se encuentra atendido materialmente por un tercero pero no por los obligados legales, esto da lugar al desamparo. Para IGLESIAS REDONDO, el menor no merece una asistencia cualquiera prestada por cualquiera, sino a la que, por cuantificarse y cualificarse exclusivamente en función de su concreta situación personal como indispensable para garantizar el libre desarrollo de su personalidad, solo le puede ser prestada por su propia familia. Por este motivo, la existencia de un guardador de hecho no puede excluir la apreciación y declaración de la situación de desamparo del menor⁵¹⁴.

En este asunto, resulta de interés el razonamiento que realiza el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en el Dictamen Núm. 84/1999, de 14 de diciembre, del Expediente relativo a la consulta sobre si es posible constituir acogimiento sobre menores, no habiendo sido declarados en situación de desamparo,

⁵¹⁴ Cfr. *La guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Madrid, 1996, pp. 356-357. En términos similares, para GONZÁLEZ LEÓN el abandono no se puede reducir únicamente a analizar la situación de hecho, sino que es necesario tener en cuenta el comportamiento de las personas legalmente obligadas a protegerlo y ayudarlo. Interpretar el artículo 172.1 de forma que no existiría desamparo por el hecho de que un menor en esa situación se encontrase acogido por terceros aunque los padres estén incumpliendo sus deberes de guarda, beneficiaría a los padres irresponsables que con total intención de abandonar entreguen a sus hijos a terceros (cfr. *El abandono de menores en el Código civil*, *op. cit.*, p. 109).

y por tanto sin ejercer la tutela automática sobre los mismos, ni tampoco haber solicitado sus padres o tutores que se ejerza la guarda.

Dice al respecto, que la situación de desamparo debe declararse cuando los obligados por ley incumplen, o ejercen inadecuadamente, las labores de protección y asistencia del menor que la propia ley les impone. Según el Consejo, este planteamiento parece chocar con las expresiones del propio párrafo segundo, del apartado 1, del artículo 172 que califica la situación de desamparo como la que se produce «de hecho», habiéndose entendido que tal situación de desamparo no se produce cuando, por la existencia de un guardador de hecho, los menores no se encuentran «privados de la asistencia moral o material». Sin embargo, a su entender, la expresión «de hecho», viene a significar que el desamparo es igualmente declarable, cuando, aun existiendo obligados a la protección y asistencia del menor, padres o tutores, y aun conviviendo los menores con ellos, en la práctica, éstos incumplen, o ejercen inadecuadamente, las obligaciones que la ley les impone, y que la privación de la «asistencia moral o material» que puede provocar la declaración en situación de desamparo debe afirmarse de quienes legalmente están obligados a prestarla, sin perjuicio de que miembros de la familia extensa, personas ajenas a la familia, o las instituciones públicas, hayan remediado la situación. De no ser posible tal declaración cuando personas o entidades no obligadas por ley subvienen de hecho a la asistencia material del menor, se produciría la paradoja de que, incumplidos los deberes derivados de la patria potestad, no existiría mecanismo jurídico que permitiera completar la capacidad de aquél y establecer los mecanismos estables de protección a que se refiere por ejemplo el artículo 173 bis del Código Civil, estableciendo entre otras, las medidas de tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades por los acogedores.

Esta postura subjetiva también ha sido defendida por alguna sentencia de apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 20 de enero de 2006, se pronuncia sobre la oposición a la declaración de desamparo de una menor por parte de su madre, después de haber permanecido en guarda de hecho, y la oposición de la entidad pública a la decisión de primera instancia de que la menor continúe en guarda de hecho en lugar que en acogida con una familia seleccionada por dicha Entidad. El fallo de la sentencia desestima ambas peticiones; se decide que la menor

continúe con su guardadora de hecho; pero aclara el sentido de la declaración de desamparo. La motivación es la siguiente: *«se entiende que la menor estaba a la fecha de la resolución administrativa en situación de desamparo, declaración que por ley conlleva la asunción de la tutela por la entidad pública de protección de menores, la suspensión de la patria potestad y el ejercicio de la guarda por medio de cualquiera de las fórmulas previstas en la Ley. Y ello con independencia de que la Sra. R. y su familia se hubieran hecho cargo de la menor, puesto que ésta no estaba bajo la patria potestad de sus padres por las razones dichas ni tampoco bajo tutela alguna. Y además, aunque de hecho la niña Inmaculada recibía todo tipo de medios por parte de sus guardadores, es lo cierto que esta situación no se había producido a través del cauce legal establecido en los artículos 172 a 174 del Código Civil».*

En este proceso, el magistrado Pedro Marcelino Rodríguez Rosales formula un voto particular porque entiende que la menor debe quedar bajo la tutela de la Administración Pública. Su razonamiento es el siguiente: *«hablar de desamparo en el sentido del artículo 172 del Código Civil, consiste, no en que el menor deje de recibir la atención precisa, sino en que no se la presten quienes por ley tienen la obligación de hacerlo (...). Está en desamparo el menor a quien abandonan 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. Existe el desamparo porque a esa persona no es exigible ninguna prestación con respecto al menor. No tiene por qué conservarlo, protegerlo, ampararlo o educarlo. Puede desprenderse de él en cualquier momento. El desamparo está presente al menos en sentido jurídico, suficiente para poner en marcha los mecanismos legales de protección. En consecuencia, constatado el estado de desamparo por incumplimiento de sus obligaciones por los padres, opera la tutela automática por ministerio de la Ley y corresponde a la Junta de Andalucía indicar bajo qué custodia ha de quedar la niña. A lo anterior no puede oponerse la existencia de una guarda de hecho. En primer lugar, porque la configuración jurídica de la guarda de hecho en el artículo 303 del Código Civil presupone la existencia de desamparo. Es la única explicación que tiene que el precepto empiece advirtiendo que se aplica “sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228”, el segundo de los cuales dice “Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su*

jurisdicción una persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela”. El Código Civil no regula la guarda de hecho como medida de protección de segunda categoría o menos estricta. Se limita a contemplar la posibilidad de que existan situaciones de hecho como las contempladas aquí y dicta unas pocas normas para su control y la protección del menor. Pero la referencia al artículo 228 indica que hay que poner en marcha los mecanismos del artículo 172. Como la guarda de hecho no es una institución de protección del menor, el Juez no puede constituirla, menos imponerla sobre las procedentes según el artículo 172 del Código Civil y a la Administración competente, en este caso la Junta de Andalucía»⁵¹⁵.

Análogamente esta posición ha sido integrada por alguna legislación autonómica: el artículo 63.1 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las **Illes Balears** dispone: «(...) se consideran situaciones de desamparo, que apreciará en todo caso la autoridad administrativa competente, las siguientes: (...) b. inexistencia de las personas a las que legalmente corresponden las funciones de guarda». En la misma dirección tenemos a: **Murcia** que en el artículo 22 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia establece: «1. En los términos del artículo 172.1 del Código civil se considera que el menor está desamparado, entre otras situaciones, en las siguientes: cuando faltan las personas a las que por ley corresponde ejercer las funciones de guarda, o cuando estas personas están imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con grave peligro para el niño». **Cantabria**, con la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia, establece en el artículo 61.2, que constituye situación de desprotección grave con desamparo todos aquellos casos que conlleven una privación de la necesaria asistencia a la persona menor, y tengan su origen en el incumplimiento o en el inadecuado ejercicio de la patria potestad o de los deberes de guarda o supongan la

⁵¹⁵

En términos similares, el AAP Zaragoza, de 30 de enero de 2002, estima los recursos de apelación interpuestos por las partes procesales en los que la madre del menor y la guardadora de hecho solicitaban que esta última fuera nombrada tutora y el menor continuara conviviendo con ella. En este caso, a pesar de la existencia de una guarda de hecho, la Audiencia Provincial declara el desamparo porque éste *hay que referirlo a los padres biológicos, en relación a los cuales, de lo transcrito del recurso de la madre resulta la imposibilidad de ésta del ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, con referencia a la patria potestad*. De igual forma se resuelve la oposición a la declaración de desamparo en la SAP Cádiz de 16 de noviembre de 2004.

inexistencia de la colaboración mínima por parte de los padres, madres o las personas que ejerzan la tutela o guarda para garantizar la seguridad de ésta; y **Andalucía**, en el artículo 23.1.a) de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, considera como desamparo, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 172.1 CC, el abandono voluntario del menor por parte de su familia.

Siguiendo la postura subjetiva la Fiscalía General del Estado, en la Circular 8/2011, sobre Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de Menores, resume las relaciones entre guarda de hecho y desamparo de la siguiente manera: «2ª *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*» (p. 52)⁵¹⁶.

C. Algunos supuestos de guarda de hecho e intervención administrativa

En mi opinión, cada posición admite matices. No consiste en adherirse a una u otra, sino de entender el caso concreto y adoptar la medida de protección que mejor satisfaga el interés del menor⁵¹⁷.

La Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado, también reivindica la conveniencia de analizar la guarda de hecho en cada circunstancia. Según la Fiscalía, «*deben distinguirse los casos en que la guarda de hecho se ejerce por personas ajenas al círculo familiar de aquellos otros en que se ostenta por familiares del menor. Así, debe tenerse en cuenta que cuando media compensación económica, la conducta de entrega de menores fuera de los cauces legales no solamente es antijurídica sino que también puede ser penalmente típica (vid. Art. 221 CP). La necesidad de evitar conductas colindantes con el tipo penal, la conveniencia de impedir que a través de situaciones de hecho se vulnere la legalidad y la*

⁵¹⁶ En idéntico sentido se pronuncia el Dictamen de la FGE 6/11, sobre el tratamiento de la guarda de hecho, en el que después de relacionar distintas disposiciones autonómicas concluye que en estas situaciones el menor está en desamparo, y ello deriva no de que el menor no esté recibiendo la atención precisa, sino de que ésta se presta por quien no tiene título para ello, con grave déficit de seguridad jurídica en el menor.

⁵¹⁷ AFONSO RODRÍGUEZ, sostiene, con carácter general, que la guarda de hecho evita el desamparo en aquellos casos en que los guardadores cuiden adecuadamente del menor, aunque luego matiza que dependerá de las circunstancias del caso concreto, toda vez que lo que está en juego es el beneficio del menor (cfr. «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», *op. cit.*, p. 325).

imperatividad de que en estos casos la Entidad Pública de Protección de menores conserve un título que le permita controlar que el menor está siendo adecuadamente atendido en el continuum temporal, hace aconsejable optar por la declaración de desamparo del menor afectado, sin perjuicio de la constitución de un acogimiento familiar a favor de los guardadores de hecho, si ello redundaría en el superior interés del menor. Por tanto, en estos supuestos, siempre ponderando las singularidades de cada caso –la situación de desamparo es por esencia casuística– los Sres. Fiscales apoyarán la opción de declarar al menor entregado con carácter permanente a personas ajenas al vínculo familiar en situación de desamparo, sin perjuicio de evaluar el tiempo y los resultados de la guarda para que –si así lo exige el interés del menor– los guardadores sean designados acogedores».

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 17 de octubre de 2014 establece como doctrina jurisprudencial 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 aquél, 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»*. Por ello, en el caso enjuiciado, considerando que los progenitores de una menor no cuentan con las condiciones precisas para la atención de un bebé y, a la vez, que la menor se encuentra con todas sus necesidades cubiertas, en el plano material o afectivo, por sus abuelos con los que convive y que cuentan con las condiciones precisas para asumir el cuidado de la menor, la Sala confirma que la menor no se encuentra en situación de desamparo⁵¹⁸.

⁵¹⁸

Los hechos fueron los siguientes: la menor, nacida en junio de 2012, se encuentra residiendo con su abuelo paterno y la esposa de éste en su domicilio desde que cuando contaba quince días de vida sus padres les pidieran que se hicieran cargo de la misma por imposibilidad de hacerlo ellos mismos, en situación de incapacidad que siguen reconociendo en acto de juicio al menos con carácter temporal, manteniendo también en acto de juicio su deseo de que la menor se siga manteniendo bajo el cuidado de su abuelo y esposa. El abuelo paterno y su esposa consienten también en acto de juicio seguir asumiendo los cuidados de la menor hasta que sus padres estén en condiciones de asumirlos por ellos mismos. La testifical prestada en acto de juicio, documental aportada y el informe emitido a petición del Ministerio Fiscal por el Equipo psicosocial permiten concluir que la menor se encuentra con todas sus necesidades cubiertas en el plano material o afectivo, teniendo el abuelo paterno o su esposa las condiciones precisas para asumir el cuidado de la menor. El Juzgado de primera instancia dictó sentencia por la que declaraba la situación de desamparo de la menor y la asunción de

Al momento de analizar las circunstancias, y con la finalidad de determinar si la guarda de hecho va acorde con el interés del menor, se debe tener en cuenta cuatro objetivos. Primero, la necesidad de asegurar que los menores afectados sean cuidados por personas idóneas que puedan proporcionarles seguridad y perspectivas de futuro, respetando su derecho a la estabilidad familiar; segundo, preservar el vínculo de apego que pueda haberse generado entre el menor y sus guardadores; tercero, evitar que, a través de vías de hecho, se consoliden fraudulentamente vínculos con menores desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas; y cuarto, promover la seguridad jurídica, evitando zonas de penumbra y situaciones confusas derivadas de la coexistencia de pluralidad de personas con intereses contrapuestos.

Para CABALLERO GONZÁLEZ la interpretación gramatical del desamparo, es sumamente restringida, destacando que la esencia del precepto radica en que el menor está privado de asistencia material y moral. Según este autor, teóricamente, no estaría desamparado el menor que estuviera recogido y custodiado adecuadamente por alguien. No obstante, plantea lo siguiente: «¿qué ocurriría en el caso de un menor abandonado por su madre en otra persona? Es cierto que quizá estuviese cuidado y amparado, no obstante desde luego que estaría desprotegido en la esfera de sus derechos privados». A su juicio, como formas más relevantes de desamparo, pueden destacarse las siguientes: en primer lugar, menores que no tienen padres legalmente reconocidos, ya estuvieran total y absolutamente abandonados, ya hubieran sido recogidos por personas que ejercieran una guarda de hecho, en cuyo caso habría que proveerle del organismo tutelar. Un segundo supuesto, es el de aquellos que han dejado de estar sujetos a la patria potestad por fallecimiento de sus padres, cuando no hubiera persona que según dispone el artículo 229 del Código Civil estuviera obligada a promover la constitución de tutela, o de haberla, no lo hiciera, en cuyo caso, también debería entrar en juego la actuación pública. Finalmente, en tercer lugar, tenemos a los padres, o personas que tienen la guarda del menor, que incumplen su deber de protección o éste es imposible⁵¹⁹.

su tutela legal por parte de la Comunidad Autónoma. Interpuesto recurso por los padres, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la declaración de desamparo de la menor, dejándola sometida a la guarda de hecho de sus abuelos paternos. La Comunidad Autónoma interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, solicitando la fijación de doctrina legal sobre la determinación de la situación de desamparo.

519

cfr. «La tutela de los menores en situación de desamparo», *op. cit.*, p. 1056.

A continuación se detalla, a modo meramente ejemplificativo, algunos supuestos de guarda de hecho y las diferentes alternativas de solución que se presentan. El interés del menor exige que haya múltiples salidas jurídicas.

1. Abandono voluntario y traspaso total a terceros de funciones de guarda

En estos casos, sería posible declarar el desamparo (consumado desde que se produce la situación de hecho). La Administración pública estaría legitimada para intervenir, y no solo porque las normas autonómicas lo permiten⁵²⁰, sino porque se cumple con los requisitos del artículo 172 del Código Civil: a) incumplimiento de los deberes de protección y, b) una situación objetiva de privación asistencial cuando menos en la esfera moral. Si grave es el supuesto para un menor encontrarse solo en el mundo sin padres o familiares, no digamos el hecho de que sus padres o tutores legales le hayan abandonado voluntariamente o entregado a un tercero ajeno a la familia⁵²¹.

La intervención pública supondría: apreciar el desamparo; suspender la patria potestad a los progenitores biológicos y asumir la tutela del menor mediante el acogimiento residencial o en otra familia; o, habilitar la condición legal de acogedores a los guardadores de hecho, si las circunstancias así lo aconsejan, sin perjuicio de la procedencia de una tutela conforme a las reglas ordinarias⁵²². Si se opta por esta última alternativa los legitimados para promover el proceso de privación de patria potestad o remoción de tutela son: el Ministerio Fiscal, la entidad

⁵²⁰ La legislación Riojana de Protección de Menores, en el art. 49.2.a), conceptúa como causa de desamparo: el abandono del menor por parte de su familia. También **Andalucía**, en el art. 23.a) de la Ley 1/1998 de los Derechos y la Atención al menor, refiere que se considera situación de desamparo *el abandono voluntario del menor por parte de su familia*. Igualmente **Asturias** en el art. 31.1.a) de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor y **Extremadura** en el art. 6.a) de la Ley 4/1994 de Protección y atención a menores. Otros textos también señalan como causa del desamparo la falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas [**Murcia**, en el art. 22.1.a) de la Ley 3/1995 de la Infancia; **Navarra**, en el art. 50.a) de la Ley Foral 15/2005 de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; **Aragón**, en el art. 59.2.b) de la Ley 12/2001 de la infancia y adolescencia; **Islas Baleares**, en el art. 63.2.b) de la Ley 17/2006 integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia y **Canarias**, en el art. 46.2.e) de la Ley 1/1997 de atención integral a los menores, entre otras].

⁵²¹ GONZÁLEZ LEÓN entiende como abandono voluntario la delegación de funciones por parte de los padres de modo definitivo (cfr. *El abandono de menores en el Código civil, op. cit.*, pp. 138-139).

⁵²² Si se opta por esta alternativa, antes de proceder al nombramiento judicial del tutor ordinario o en la misma resolución se deberá acordar la suspensión o privación de la patria potestad o remoción del tutor en su caso (cfr. art. 239.2 *in fine* CC).

pública y los llamados al ejercicio de la tutela (los designados por los padres en las disposiciones de última voluntad, los ascendientes o los hermanos).

La jurisprudencia ampara estas actuaciones de la Administración en este supuesto. La sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 1993 no revocó la declaración de desamparo dictada por la Administración cuando tuvo conocimiento de una guarda de hecho de un menor que había asumido una mujer conocida de la madre, habiéndole cedido ésta a aquella la custodia mediante escritura notarial. Cuando la Administración tuvo conocimiento de esa situación por denuncia particular, declaró el desamparo y asumió la tutela del menor⁵²³.

Por otro lado, en algunas sentencias de apelación, se priva de la patria potestad a los progenitores y se constituye tutela a favor del guardador de hecho de acuerdo al interés del menor (cfr. artículo 234 y 239.2 del Código Civil). De este modo, la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de febrero de 1996, en el caso de los abuelos de una menor que se habían ocupado de su custodia desde que nació hasta la fecha de la sentencia (10 años), declaró la tutela a su favor. Los padres de la niña habitaban en otra ciudad y se habían desentendido por completo de sus obligaciones.

523

Si bien la razón fundamental de la solicitud de amparo –y que luego fue denegada– estribó en considerar inidóneo el procedimiento de jurisdicción voluntaria para conocer de la oposición a las resoluciones administrativas declaratorias de desamparo –toda vez que a la madre no se le admitió proponer prueba–, no puede desconocerse el supuesto fáctico que motivó el recurso. Por su parte, la SAP Cádiz de 20 de enero de 2006 determinó que *«resulta indubitable, que por parte de la madre biológica no se han cumplido en ningún momento los deberes impuestos a los padres como consecuencia de la patria potestad, deberes de carácter personalísimos que en modo alguno pueden delegarse en terceras personas. Esos deberes no se cumplen solo visitando en algunas ocasiones, llamándola dos veces al mes por teléfono, ni por el hecho de que el supuesto padre biológico, desconocido por la Institución Pública y por el Juzgado, llamara alguna vez a la hija. Y si bien las dificultades con que la madre se encontró tras llegar a España le impedían hacerse cargo directamente de sus hijos, en lugar de haber acudido al Ayuntamiento para resolver su problema, prefirió el camino más corto y expeditivo de dejar a la menor, quedando la niña con la actual guardadora y quitándose así el problema. Tal comportamiento queda complementado por la actuación de la guardadora al eludir la normativa que regula la materia (...) asumiendo respecto a la niña unos deberes que nadie le había conferido legalmente, quedando por tanto al margen de la ley y de las cautelas establecidas por el Código Civil y la legislación de desarrollo para la vigilancia de la adopción, de las personas que han de acoger a los niños desamparados y del desarrollo de estas medidas (...). Por todo ello, se entiende que la menor estaba a la fecha de la resolución administrativa en situación de desamparo, y ello con independencia de que la Sra. X y su familia se hubieran hecho cargo de la menor»*.

2. Fallecimiento de los progenitores

En esta situación los progenitores no pueden, y no podrán en el futuro, ejercer sobre el menor la patria potestad; pero, normalmente, el menor continúa viviendo con otros familiares directos, o éstos aparecen con posterioridad y lo acogen con el objeto de formalizar una tutela (cónyuge del progenitor que conviviese en el hogar del menor, hermanos mayores de edad, abuelos, etc.) *ex* artículo 222.1 del Código Civil⁵²⁴.

Según VARGAS CABRERA, «nada impide, sin embargo, que la Administración ponga en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal la situación para que se adopten las medidas de control del art. 303, y para que se proceda, en su caso, en los términos del artículo 228 a la constitución de la tutela, estando también abierta la posibilidad de adopción de genéricas medidas de protección conforme al art. 158 CC (...)»⁵²⁵.

En mi opinión, estos casos hay que encaminarlos hacia una tutela porque ya no existe patria potestad. Esta solución se corresponde con el respeto al interés del menor y la legislación vigente. El artículo 172.4 del Código Civil insiste en la inserción del menor en la propia familia⁵²⁶; y el artículo 239 dispone el principio de

⁵²⁴ Esta postura la comparte MARÍN VELARDE la que, haciendo referencia al caso de los abuelos como guardadores de hecho, especifica: «Dentro de la diversidad de situaciones heterogéneas que desencadenan que los abuelos asuman la guarda y custodia de sus nietos, existen circunstancias que deberían canalizarse hacia la tutela como instrumento más idóneo para la protección del menor. Estamos en presencia de dichas circunstancias cuando los progenitores no pueden y no podrán en el futuro ejercer sobre él la patria potestad. Creo aconsejable que cuando existan circunstancias objetivas que imposibiliten en el futuro el ejercicio de la patria potestad, los abuelos ejerzan las funciones inherentes a la guarda y custodia del menor dentro del marco jurídico de la tutela. Así, los abuelos están obligados a promover la constitución de la tutela cuando el nieto menor de edad carezca de padres que ejerzan sobre él la patria potestad». Esta obligación de los abuelos se corresponde con el interés del menor porque, continúa la autora, «esta figura (se refiere a la tutela) ofrece beneficios de actuación desde la perspectiva personal del menor que en el supuesto de hecho que se ha perfilado son beneficiosos para el menor, al tiempo que otorga al tutor, en nuestro caso a los abuelos, un marco de cobertura jurídico que los legitima como custodios del menor» [«Los abuelos custodios: de la guarda al acogimiento», *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales, Ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional “La protección de las personas mayores” celebrado del 7 al 9 de octubre de 2009*, PÉREZ GARCÍA, Máximo (Ed.), Idadfe, Madrid, 2009, p. 12].

⁵²⁵ *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional. Ley 21/87 de 11 de noviembre, op. cit.*, pp. 32-33.

⁵²⁶ Si ante una guarda provisional se constata el desamparo, éste se debe declarar. Sin embargo, «Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias,

subsidiariedad de la actuación administrativa *«cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste»*.

Esta posición también se recoge en la jurisprudencia menor. La sentencia de la Audiencia Provincial de León de 29 de noviembre de 1995, priva de la patria potestad al padre de la menor de quien la abuela materna se había hecho cargo desde el fallecimiento de la madre, ordenando la procedencia de la constitución del órgano tutelar de acuerdo al artículo 228 y 229 del Código Civil. Se manifestó en los siguientes términos: *«entiende esta Sala que un nuevo examen de la prueba practicada en los autos nos lleva a la misma conclusión que la obtenida por el Juez de 1.ª Instancia, es decir, la de que efectivamente se ha producido en el presente supuesto un incumplimiento grave y reiterado de los citados deberes, ya que consta claramente que el padre, a raíz de la muerte de su esposa, en el año 1986, dejó, por las razones que fuera, las cuales por cierto no constan, a su hija Pamela, que contaba a la sazón 4 años de edad, en poder de sus cuñadas, hermanas de su esposa, y de la madre de ésta, siendo la última la que finalmente se hizo cargo de la menor que lleva viviendo y siendo atendida en todos los aspectos por ella bastantes años hasta la actualidad. No consta en modo alguno el intento o intención del padre por recuperar a su hija ni siquiera por visitarla o tenerla en su compañía durante algún período o, al menos, por interesarse por ella, siendo indudable que padre e hija no se han visto ni hablado en muchos años. Tan sólo, al promover la abuela materna el presente proceso para obtener la privación de la patria potestad, el padre se ha opuesto a ello. Entendemos, por tanto, con el Juez, que, pese a no existir propiamente abandono, la situación de desinterés y falta de contacto existente constituye causa para decretar la privación de la patria potestad con independencia de cuál haya sido el origen de tal situación»*.

3. Hipótesis de incapacidad de los padres

Existen situaciones en las cuales los menores se encuentran bajo la protección y cuidado de otras personas (generalmente familiares), porque los padres han perdido

podieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias (...)» (art. 172.4 CC).

la capacidad para hacerlo. En estas circunstancias se cuestiona cómo debe actuar la Administración⁵²⁷.

Este tema no es una mera elucubración teórica, se trata de realidades frecuentes. En la Consejería de Bienestar Social e Igualdad del Principado de Asturias, se planteó el siguiente caso⁵²⁸: dos menores de doce y catorce años, huérfanos de padre y una madre con lesiones cerebrales agudas (ingresada en un centro privado por gran dependencia), permanecen bajo la guarda de la abuela materna desde que la progenitora no puede hacerse cargo de ellos. De los informes de los servicios sociales, se constata que los menores se encuentran bien integrados a la unidad familiar, están escolarizados y con un buen rendimiento académico. Asimismo, el calendario pediátrico está al día y el equipo técnico no valora riesgos ni factores de desprotección. Se propuso que se constituya un acogimiento familiar; sin embargo la Consejería no encuentra pertinente el acogimiento, como medida de protección de los menores, al no existir factores de desprotección. No obstante, le parece necesaria la adopción de alguna medida que permita la representación de los menores considerando las condiciones de la madre.

Las dudas que se proyectan son las siguientes: 1. La conveniencia o no de la declaración del desamparo y la asunción de la tutela automática por la Administración. 2. Nombrar tutora a la abuela. 3. Requerir judicialmente facultades paternas. 4. Permitir a la abuela solicitar el acogimiento familiar.

Considero que en este supuesto no procede declarar el desamparo, porque los menores están protegidos moral y materialmente. La segunda posibilidad implica privar de la patria potestad a una persona; solución muy drástica para este caso⁵²⁹.

⁵²⁷ La actuación pública se debe limitar a los supuestos verdaderamente problemáticos. Cuando la familia encuentra modos de organizarse, la intervención pública debe ser mínima.

⁵²⁸ Que se conoció por el requerimiento de ayuda económica que solicitó la abuela a los servicios sociales.

⁵²⁹ Art. 170 CC: «*El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial (...)*». Es muy acertada la opinión de DE PABLO CONTRERAS cuando dice: « (...) la consideración de la privación de la patria potestad como pena grave y de privación de derechos [cfr. arts. 33.2.j) y 39.j) CP] hace más que dudoso que esta solución pueda extenderse, sin tipificación legal, a otros supuestos de incumplimiento de los deberes a ella inherentes, que parecen resolverse siempre a través de la suspensión de la misma que comporta la declaración del menor en situación de desamparo (cfr. art. 172.1 *i.f.* CC)» [«Capítulo 43. Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de Desamparo. Acogimiento)», *Tratado de Derecho de la Familia. Volumen VI*.

Sin embargo, de ser oportuno y al no existir desamparo, el guardador de hecho está legitimado para solicitar la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o nombramiento del tutor *ex* artículo 303 *in fine* del Código Civil⁵³⁰.

Respecto a la tercera opción, en Cataluña, existe una disposición legal interesante. El artículo 225-3.2 del Código Civil Catalán permite que la autoridad judicial otorgue al guardador de hecho funciones tutelares sobre personas que están sujetas a patria potestad, siempre y cuando sea aconsejable. De este modo, se evita la privación de la potestad parental y nombramiento de un nuevo tutor haciendo más ágil y rápido el procedimiento de acuerdo al interés del menor⁵³¹. La solicitud se examina en un procedimiento de jurisdicción voluntaria con la audiencia de los titulares de la patria potestad, si es posible. Si el juez otorga las funciones tutelares esto comporta a la suspensión de la facultad paterna.

En el ámbito estatal, hasta julio de 2015, no existía referencia alguna a esta posibilidad. Sin embargo, esa falta de previsión no impedía (porque la ley no lo prohibía) que guardadores de hecho del menor no puedan solicitar la regularización de la situación *ex* artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵³². Ese modo de actuar ya se presentaba en los juzgados y tribunales y se valoró positivamente⁵³³.

En agosto de 2015 entró en vigor la Ley 26/2015, de 28 de julio, que modificó el artículo 303 del Código Civil y agregó lo siguiente: «*Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores (...)*», permitiendo de este modo que los

⁵³⁰ *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (Dirs.), Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 435].

Antes de la reforma al Código Civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio, no se recogía expresamente esta legitimación.

⁵³¹ Cfr. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, «Comentario al Capítulo V. Guarda de hecho», *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, PUIG BLANES, Francisco de Paula y SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coords.), Civitas, Madrid, 2013, p. 222.

⁵³² Art. 5 LEC: «1. *Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley.* 2. *Las pretensiones a que se refiere el apartado anterior se formularán ante el tribunal que sea competente y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida.*»

⁵³³ *Vid.* SAP Zamora de 30 de julio de 2004: solicitud de los padres para constituir una tutela provisional o una guarda de hecho a favor de los abuelos paternos y AAP Zamora de 24 de noviembre de 2005: confirma el auto recurrido que otorga facultades tutelares al guardador de hecho. Análogamente, SAP Cádiz de 24 de junio de 2014 y SAP Pontevedra de 15 de octubre de 2013.

guardadores de hecho puedan ejercitar facultades tutelares con el objetivo de otorgar una mayor estabilidad jurídica al guardado.

Finalmente, la cuarta posibilidad se refiere a la regularización de la guarda de hecho mediante el acogimiento a favor del guardador de hecho sin previa declaración de desamparo. Este asunto lo trataré ampliamente en el siguiente apartado.

De lo visto concluyo que las soluciones no son únicas, dependerá de las circunstancias concretas y de la satisfacción del interés del menor. Además, se debe tener en cuenta si la guarda se ejerce por un miembro de la familia o por terceros. En todo caso, entiendo que el superior interés del menor exige una protección que le ofrezca seguridad y estabilidad jurídica y emocional; evitando que detrás una situación fáctica se oculte una actuación fraudulenta de tráfico de niños.

D. Acogimiento familiar y guarda de hecho

Junto al problema de determinar si procede declarar el desamparo frente a una guarda de hecho, se une la controversia de si el acogimiento como medida de protección solo es posible cuando la Administración pública ejerce la tutela o la guarda, o si su configuración es autónoma. De la postura que asumamos depende la opción de encontrar una vía adicional a la regularización de la guarda de hecho ejercida por familiares.

Para hallar una respuesta, primero hay que conocer en que consiste, generalmente, este mecanismo; y luego, con un juicio adecuado, plantear la defensa de un acogimiento independiente que permita dar solución a lo descrito.

1. El acogimiento como modalidad de guarda

El artículo 19.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor señala que: *«Además de la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, la Entidad Pública deberá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil, cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda (...)*». Del tenor de esta disposición, la guarda a favor de la Administración se asume por diferentes cauces: 1.

Declaración de desamparo. 2. Solicitud de los padres o tutores. Y 3. Mandato judicial⁵³⁴.

Ahora bien, asumida la guarda por la entidad pública (titularidad), su ejercicio se realiza mediante el acogimiento (cfr. artículo 172 ter. del Código Civil)⁵³⁵. Este se define como «aquella medida de protección de menores que da lugar a una relación jurídica cuya finalidad es la de conceder a los menores inmersos en algún tipo de conflictividad socio-familiar las mejores condiciones para su desarrollo personal y social, confiriéndole en una unidad familiar ajena, o en un centro o institución especialmente habilitado para tales fines (...)»⁵³⁶.

⁵³⁴ PANTOJA GARCÍA les llama: 1. Guarda forzosa 2. Guarda voluntaria y 3. Guarda judicial (cfr. *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997, pp. 54-55).

⁵³⁵ Con anterioridad a la reforma del Código Civil por Ley 21/1987, la guarda y el acogimiento de menores estaban recogidos en el ámbito del Derecho administrativo. Como primer antecedente tenemos la Orden de 30 de diciembre de 1936, de atención a los niños huérfanos y abandonados. Posteriormente, la Orden de 1 de abril de 1937 acoge la figura con la denominación de «colocación familiar» de niños, configurando la tutela de los menores desamparados a favor del Estado. El Decreto de 23 de noviembre de 1940, contiene una regulación de postguerra, seguido del Decreto de 2 de junio de 1944 regulador de la figura del «protector del menor». En el marco de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, el Decreto de 11 de junio de 1948, reguló la colocación de familia constituyéndose en verdadero precedente del acogimiento. Por este Decreto se podía ordenar la suspensión del derecho de guarda y educación de los hijos, y confiar al menor a la Junta de Protección de Menores o a una persona, familia, Sociedad tutelar o establecimiento (art. 17.b). Finalmente está el Texto Refundido de Legislación sobre Protección de menores en el Decreto de 2 de julio de 1948. En el ámbito civil, la Ley de 17 de octubre de 1941, sobre adopción de los acogidos en casas de expósitos y establecimientos benéficos, regulaba la institución del prohijamiento «configurada como un intermedio jurídico entre la tutela y la adopción». A estos efectos, *vid.* HERAS HERNÁNDEZ, María, *El acogimiento convencional de menores*, Montecorvo, Madrid, 2002, p. 87; VATTIER LAGARRIGUE, Carlos, «Contribución al estudio del acogimiento», *op. cit.*, p. 131; LLEBARÍA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, *op. cit.*, pp. 116-119 y TOLIVAR ALAS, Leopoldo, «Aspectos jurídicos-administrativos de la protección del menor», *Revista de la Administración Pública*, Núm. 124, 1991, p. 35, entre otros.

⁵³⁶ VATTIER LAGARRIGUE, Carlos, «Contribución al estudio del acogimiento», *op. cit.*, p. 129. Por su parte, PÉREZ MARTÍN, lo define como aquella situación de Derecho civil, de contenido estrictamente personal, creada para proteger a los menores que por diversas circunstancias se han visto privados de una vida familiar normal y que mediante la intervención y control administrativo tiene como fin la integración provisional del menor en otro núcleo familiar, obligándose el que lo recibe a mantenerlo, educarlo, alimentarlo y procurarle una formación integral (cfr. *Derecho de Familia V. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, *op. cit.*, pp. 327-328). De otro lado, GARCÍA Y GARCÍA distingue dos fases en el acogimiento: una fase constitutiva o *in fieri*, en la que el acogimiento se define como «un negocio jurídico típico y complejo de un menor –“acogido” o “prohijado”– que se halle en situación de desamparo, a una institución asistencial pública o privada, a otra familia o a una persona solo distinta de los padres o tutores –“acogente” o “prohijante”–, quien acepta dicha guarda con el fin de asegurar a aquél el mantenimiento, la educación, la instrucción y, en última instancia, la integración en un medio familiar idóneo, con carácter

Su contenido implica una potestad inferior a la patria potestad y a la tutela que, en opinión de la doctrina mayoritaria, es puramente personal (velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral)⁵³⁷. No obstante, en mi opinión, calificar el contenido de este modo es un punto de partida, porque puede sufrir ampliaciones (llegando al ámbito patrimonial) según la circunstancia que vive el menor. Para VATTIER LAGARRIGUE, el que la Administración pueda asumir la representación del menor en su ámbito patrimonial puede dar lugar a conflictos, pero esto se acepta y se corre el riesgo por cuestiones prácticas, «ya que así pueden comprenderse todo tipo de situaciones, como menores que carecen totalmente de bienes, menores titulares de ciertos bienes de cuyo cuidado sus padres se despreocupan, etc.»⁵³⁸.

El acogimiento, según el artículo 172 ter. del Código Civil, puede ser de dos tipos: familiar o residencial. En el primero, la guarda se ejecuta por la persona o personas que determine la entidad pública; y el segundo consiste «en el alojamiento de un menor en un centro, residencia o institución pública (o colaboradora) adecuada

temporal y provisional»; y una fase *in facto esse* que se define como la «relación jurídica que une a acogente y acogido, por la que éste está sometido a la guarda de aquél, quien está obligado a tenerlo en su compañía y procurarle alimentos, educación, instrucción y, en última instancia, la integración en un medio familiar idóneo, ya sea en la familia de origen, ya en una nueva mediante la constitución de la adopción» («Notas para una construcción jurídica del acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 4, 1988, pp. 993-995). Para un mejor estudio del concepto de acogimiento, *vid.* TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «La guarda y acogimiento de menores», *Curso sobre la protección jurídica del menor*, POUS DE LA FLOR, María (Coord.), Colex, Madrid, 2001, p. 144 y PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel, *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p. 133.

⁵³⁷ Entre otros, *vid.* DE LA HAZA DÍAZ, María, «Notas sobre el “affidamento” familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código civil español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Núm. 3, t. XCV, 1987, pp. 959-1007; FERRER VANRELL, María, «El acogimiento familiar en la Ley 21/87 como modo de ejercer la potestad de guarda», *op. cit.*, p. 164; FLUITERS CASADO, Rafael, «Acogimiento y adopción», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm. 16, 1996, p. 297 y RODRÍGUEZ SOL, Luis, «La protección y acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 1, 1993, pp. 1097-1116. El contenido personal del acogimiento también se deduce de las normas del CC: el art. 172.1 CC solo conlleva la suspensión de la patria potestad. En efecto, los padres mantienen la titularidad de la patria potestad y pueden realizar actos patrimoniales en nombre del menor (criterio que parece corroborar el art. 172 bis.1).

⁵³⁸ «Contribución al estudio del acogimiento», *op. cit.*, pp. 155-156. En similares términos, *vid.* LEAL PÉREZ-OLAGUE, María, «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *La Ley: Revista jurídica española de legislación, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 2, 1996, p. 1313 e HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo, «Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (aspectos sustantivos y procesales)», *Actualidad Civil*, Núm. 2, 1995, p. 42.

a sus características con la finalidad de recibir la atención, educación y formación adecuadas, siendo la guarda ejercida por el director o responsable del centro donde esté acogido el menor bajo la supervisión de la Administración autonómica y del Ministerio Fiscal»⁵³⁹.

Respecto a su naturaleza, se dice que es temporal, porque su duración está condicionada al restablecimiento de la normalidad de la situación familiar, a la constitución de una tutela ordinaria o a la adopción⁵⁴⁰. Su objetivo es que «el desarrollo del menor tenga lugar en un medio familiar adecuado (o en el caso de instituciones, que se organicen de la mejor manera que se asemeje el máximo posible a una convivencia familiar) y, si es factible, su reintegración a la familia originaria»⁵⁴¹. Si el retorno al núcleo de origen es inviable y el interés del menor lo exige, se procede a la adopción.

A efectos de esta investigación, centraré mi atención en el acogimiento familiar, regulado en los artículos 173 y 173 bis. del Código Civil y completado con las diversas legislaciones autonómicas, que consiste en la guarda de un menor por los acogedores⁵⁴², produciendo su plena participación en la «*vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo,*

⁵³⁹ AA. VV., *Los menores en el Derecho español*, LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (Coord.), Tecnos, Madrid, 2002, p. 369.

⁵⁴⁰ Esta característica de temporalidad también ha sido destacada en la jurisprudencia menor. Al respecto, *vid.*, entre otras, AAP Barcelona de 4 de noviembre de 1993; AAP La Rioja de 22 de noviembre de 1994; SAP Soria de 13 de Marzo de 1996, AAP Ávila de 29 de junio de 1996 y STS de 3 de febrero de 2016.

⁵⁴¹ EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «El acogimiento simple», *op. cit.*, p. 96.

⁵⁴² La persona que acoja al menor puede ser una sola persona, o una familia ya constituida. En el supuesto que la persona sea una sola persona, ciertos autores, como VARGAS CABRERA, han aceptado la posibilidad de acogimiento de parte de una pareja no heterosexual (cfr. «El desamparo de menores y consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/1987», *op. cit.*, p. 670). No obstante, en mi opinión, en la práctica resulta difícil un supuesto como éste, porque dicha situación supone un riesgo para el menor. En términos similares, *vid.* LLEBARÍA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, *op. cit.*, p. 129 y NÚÑEZ MUÑOZ, Carmen, «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 5, 1996, pp. 1483-1490. Respecto a las familias ya constituidas, parece que éstas tienen preferencia, de acuerdo a los fines del acogimiento y a las obligaciones que conlleva para los acogedores; no olvidemos que el fin primigenio del acogimiento es dar al menor un entorno familiar adecuado para su mejor desarrollo, y posibilitar siempre que sea beneficioso para el menor el retorno a su familia de origen una vez superada la situación de crisis [cfr. HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo, «Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (aspectos sustantivos y procesales)», *op. cit.*, p. 49].

educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo (...)» (artículo 173.1 del Código Civil).

En esta línea, el auto de la Audiencia Provincial de Ávila de 29 de junio de 1996 define el acogimiento «como aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección de menores que se encuentran privados –aunque sea circunstancialmente– de una adecuada situación familiar, y consiste en confiar al menor el cuidado de personas que reúnan condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarle sustento, habitación, vestido y especialmente, una vida familiar conforme con los usos sociales. A través del acogimiento *«late (...) el interés por facilitar mecanismos legales necesarios para que aquellos menores que carecen del adecuado medio familiar propio, puedan hallar, con suficientes garantías, el ambiente apropiado a su edad en formación, en el seno de otras familias, en donde alcanzar un desarrollo armónico, sin traumas, tanto en el orden físico como psicológico y moral»*⁵⁴³.

Se asume una potestad de guarda sobre el menor, pero no se crea un vínculo familiar, ni se constituye un estado civil ni para el acogedor ni para el acogido, quien no ve alterado su *status familiae* como consecuencia directa del acogimiento⁵⁴⁴. Este acogimiento no supone la ruptura del menor con su propia familia, porque los padres y demás familiares pueden seguir relacionándose con él⁵⁴⁵. Incluso, la Administración pública, en documento anexo a la resolución de formalización del acogimiento familiar, debe señalar *«el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación (...) por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor»* [artículo 20.3.d).1. de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero]⁵⁴⁶. El derecho de visita y comunicación es un

⁵⁴³ En términos similares, *vid.* SAP Sevilla de 1 de julio de 1997.

⁵⁴⁴ Cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Notas sobre el acogimiento familiar», *Actualidad Civil*, Núm. 2, 1992, p. 305 y VATTIER LAGARRIGUE, Carlos, «Contribución al estudio del acogimiento», *op. cit.*, p. 158.

⁵⁴⁵ No obstante, como excepción a esta relación, el art. 161 CC establece la posibilidad de suspender las visitas y el contacto de los padres con el menor acogido cuando así lo exijan las circunstancias y teniendo siempre presente el interés del menor. En estos términos se ha pronunciado la jurisprudencia menor en diversas sentencias, entre ellas: SAP Huesca de 16 de noviembre de 1993; SAP Baleares de 20 de marzo de 1995; SAP Córdoba de 24 de marzo de 1995; AAP Jaén de 18 de marzo de 1997; AAP Lugo de 7 de abril de 1998; AAP Valladolid de 18 de diciembre de 1998 y STS de 18 de junio de 2015.

⁵⁴⁶ La Fiscalía, en la Consulta Núm. 8/1997, de 8 de octubre, sobre algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar, determinó que el régimen de visitas

derecho tanto de los padres como del menor acogido, y permite la realización de uno de los fines del acogimiento: posibilitar la reinserción del menor en su propia familia una vez superada la situación de crisis.

Ese mecanismo de protección tiene preferencia respecto al residencial o institucional (cfr. artículo 172 ter.1 del Código Civil)⁵⁴⁷, porque hace posible la

debía establecerse de forma detallada. Para el supuesto de acogimiento administrativo (que, en ese momento, exigía para su constitución el consentimiento de los padres o tutores no privados de la patria potestad o tutela) «*dada la situación fáctica en el que nos encontramos, será posible y normal que al tiempo que se consiente el acogimiento se acuerde con los referidos titulares de la patria potestad o con el tutor una periodicidad para las visitas que será la que se debe plasmar en el documento escrito por el que se formaliza el acogimiento. No parece aceptable diferir la fijación del régimen de visitas para acuerdos posteriores. Si el Fiscal al recibir los documentos de formalización del acogimiento comprueba omisiones en ese sentido debe exigir a la Entidad Pública la subsanación del defecto. Si no se llegase a un acuerdo lo más probable es que los padres rechacen incluso la formalización del acogimiento, por lo que estaremos en el segundo supuesto a analizar (...). El acogimiento judicial, por contra, supone que los titulares de la patria potestad o el tutor no han consentido el acogimiento bien por no estar localizados, bien por haber rehusado comparecer, bien por haberse opuesto expresamente. En algunos de tales casos, ciertamente puede ser más problemática la fijación de la periodicidad de las visitas, especialmente cuando los padres no están en paradero conocido. Ello no excluye que en la Propuesta de la Entidad Pública se recojan las circunstancias que determinen la forma de ejercicio del ius visitandi durante la vigencia del acogimiento, pero serán admisibles todo tipo de fórmulas flexibles como una indicación genérica de la posibilidad de variar el régimen que inicialmente se fije de acuerdo con los padres. Esta consideración es especialmente predicable cuando no existe conformidad de los padres tampoco en cuanto al régimen de visitas. En esos casos la Entidad Pública debe hacer figurar en su propuesta la periodicidad concreta de visitas que estima más adecuada en atención al interés del menor. Corresponderá en definitiva al Juzgador, al pronunciarse sobre el acogimiento, decidir igualmente, una vez haya oído en el expediente a los acogedores y a los padres (art. 1828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sobre lo adecuado de esa propuesta que podrá modificar precisando definitivamente el régimen de visitas (art. 161 del Código Civil y disposición final 20ª de la Ley Orgánica 1/1996). Que no exista acuerdo previo, por tanto, no es obstáculo para que la Entidad Pública refleje en su propuesta el régimen que considere adecuado, sin perjuicio, obviamente, de las facultades que tendrá el Juzgador para variar tal propuesta y sin perjuicio de las modificaciones que pueda sufrir el régimen en virtud de acuerdos posteriores de todas las partes o nueva resolución judicial en su defecto. No obstante si la Propuesta de la Entidad adolece de algún defecto en este punto al no señalarse de forma clara lo relativo a la concreción de las relaciones del menor acogido con su familia de origen, la incorrección podrá subsanarse durante el propio trámite procesal requiriendo a tal fin a la Entidad, o en definitiva, podrá suplirse mediante la correspondiente decisión judicial en el auto de constitución del acogimiento sobre la regulación del ius visitandi» (cfr. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Diciembre, 1997, pp. 47-54).*

547

A lo largo de la historia, ha ocurrido un cambio profundo respecto a la opción de elegir un acogimiento residencial o familiar. OCÓN DOMINGO, refiere que el internamiento de menores en centros ha sido un recurso muy utilizado para hacer frente al problema de los niños huérfanos, abandonados o con ciertas dificultades sociales. Desde la edad media en adelante, esto niños fueron recogidos en instituciones de tipo caritativo o benéfico. Ya a mediados del S. XIX se produce un crecimiento de estas instituciones y del número de personas recluidas en ellas, tratándose normalmente de macroinstituciones curiosamente desconectadas del espacio exterior y generalmente localizadas a la periferia de las grandes ciudades. Con el tiempo, y con más fuerza en el S. XX, se convierte éste en un tema de calado y preocupación social y se alerta sobre los efectos adversos que la forma en que se practica esa

integración del menor en un ambiente de familia. La sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 4 de febrero de 2003 determina que *«asumida por la entidad pública la tutela automática y por tanto la guarda de la menor, el acogimiento familiar provisional es una de las modalidades más indicadas de su ejercicio, puesto que evita el ingreso en una institución, y en este caso la decisión fue la de constituir ese acogimiento precisamente en los abuelos maternos, con quienes la menor ya venía manteniendo estrechos vínculos de asistencia y afecto»*.

Sin embargo, para decidir entre ambos acogimientos, se debe tener en cuenta la situación particular del menor. No en todos los casos el acogimiento familiar resulta ser la medida más conveniente⁵⁴⁸. El auto de la Audiencia Provincial de

institucionalización podría tener en la personalidad de los menores. A partir de los años 70, comienza en España un proceso de desinstitucionalización primeramente en Cataluña y siendo seguido por Navarra, País Vasco y la Comunidad Valenciana. Se reconoce así que la familia es el contexto de socialización básico del ser humano, buscándoles preferentemente una familia sustituta a los niños cuya familia biológica no esté en condiciones de proporcionarles dicho ámbito. La función de la familia de acogida es, pues, proporcionar al menor un ambiente afectivo y emocional sano, dentro de un entorno normalizado (cfr. «Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Núm. 45, 2003, pp. 18-20). Según la doctrina mayoritaria, el acogimiento residencial tiene carácter subsidiario, porque solo tendrá lugar cuando se hayan agotado todas las posibilidades de mantener al menor en su ámbito familiar. En todo momento se buscarán las alternativas de ayuda en el propio ámbito familiar y solo si esto no surte efecto se recurrirá a separar al menor de la familia, pero siempre con posibilidades de reinserción en su núcleo biológico. Precisamente, uno de los principios que aparecen reiteradamente en la doctrina de las Audiencias Provinciales es la prioridad de la propia familia del menor, sancionada también en el ámbito del Derecho internacional, que proclama el interés del menor a ser educado por sus padres naturales, siempre que ello sea posible. Para PÉREZ-SALAZAR RESANO, en general, el acogimiento residencial se reserva a los menores que cuentan ya con cierta edad por ser muy difícil encontrarles una familia de acogida (cfr. «Los hijos menores de edad en la Ley 1/2000», AA.VV., *Los hijos menores de edad en situación de crisis matrimonial*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 231). Por su parte, DE TORRES PEREA se cuestiona si este tipo de acogimiento es una alternativa válida (cfr. *El interés del menor y Derecho de Familia*, op. cit., p. 189).

548

GARCÍA FERNÁNDEZ establece dos grandes grupos de circunstancias o situaciones en las que pueden hallarse los menores, que determinan la conveniencia de uno u otro tipo de acogimiento. Así, en primer lugar, los niños para los que el acogimiento familiar es un recurso apropiado englobarían los siguientes: menores de 5 años de edad, así como aquellos de edad intermedia que no presenten ningún tipo de problemas que requieran atención especializada; niños que ya han recibido un tratamiento a sus problemas emocionales; niños que ya se encontraban en acogimiento familiar antes de la etapa adolescente: niños que, aun siendo adolescentes, no han alcanzado el nivel en el desarrollo de su personalidad que les corresponde; niños que, a pesar de ser incapaces de adaptarse a un estilo de vida familiar normalizado, la experiencia de vida en familia en el acogimiento familiar puede beneficiarles con la atención a sus necesidades; niños en edad escolar con trastornos de tipo diverso; niños con deficiencias o trastornos emocionales que han salido de un tratamiento residencial y que pueden vivir en una familia con ayuda especial y niños que requieren una atención física y médica especializada para los que su atención en una familia especializada les cubre sus necesidades especiales. El segundo grupo, estaría integrado por aquellos niños para los que el acogimiento familiar no es un recurso apropiado. Así, los adolescentes que están intentando

Salamanca de 11 de setiembre de 2000 acuerda la improcedencia del acuerdo preadoptivo del menor en cuanto considera la procedencia de uno de carácter residencial con un adecuado régimen de visitas a favor de la madre, ante las circunstancias concurrentes, en concreto, la rehabilitación judicial de la capacidad de la madre, estando ésta en condiciones de afrontar sus responsabilidades derivadas de la patria potestad. Con esta medida se trata de ir recuperando la normalización de las relaciones paterno-filiales⁵⁴⁹.

El acogimiento familiar, por otro lado, puede tener lugar en familia extensa del menor o en familia ajena (cfr. artículo 173 bis.1 del Código Civil). El primero, se formaliza con personas vinculadas con el menor por una relación de parentesco, siendo su objetivo evitar que éste se desligue afectivamente de su entorno familiar. Se asimilan a estos acogimientos aquellos formalizados con personas enlazadas con el menor o con su familia por una especial y cualificada relación. Por su parte, el acogimiento en familia ajena se establece con terceros ajenos al ámbito familiar, en función del interés educativo del menor, pudiendo ser especializado en caso de menores que presentan necesidades especiales o ciertas particularidades que requieren una atención más cualificada. En este supuesto, *«alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función (...) con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral»*⁵⁵⁰.

Para PÉREZ-SALAZAR RESANO, el acogimiento en familia extensa debe prevalecer sobre el acogimiento en familia ajena, porque de este modo existe mayor posibilidad de retorno del menor a su familia biológica. Para esta autora, la Administración pública debe realizar las actuaciones necesarias para la búsqueda de

emanciparse de los vínculos con su familia; niños cuyos problemas emocionales son tan graves o cuya vinculación con su familia natural es tal que les impiden adaptarse y responder adecuadamente a «otros padres»; niños que requieran un ambiente muy estructurado con un individual o tratamiento psiquiátrico, dado sus graves problemas de conducta; niños con retraso mental u otros trastornos evolutivos que hacen necesario que vivan en un ambiente educativo diseñado para su atención especial y niños cuyos padres no aceptan la relación del niño con la persona acogedora y su actitud pudiera interferir en el buen desarrollo del acogimiento [cfr. *Alternativas al internamiento residencial. Los acogimientos cualificados: La experiencia de Castilla León*, <http://usuarios.tinet.cat/pntjlc/fedaia/forum99/alternativas.htm> (consulta: 4 de enero de 2016)].

⁵⁴⁹ En igual sentido, *vid.* SAP Palencia de 15 de septiembre de 1995; AAP Barcelona de 3 de marzo de 1999; SAP Barcelona de 20 de julio de 2000 y SAP Granada de 9 de febrero de 2002.

⁵⁵⁰ Art. 20.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

acogedores dentro de la familia extensa, porque así lo exige el principio de proporcionalidad⁵⁵¹. Estima que el juez podrá denegar el acogimiento acordado por la entidad pública si no se acredita la exclusión de la familia extensa⁵⁵².

Al respecto considero, que este acogimiento no será conveniente cuando se cuestione la capacidad de los familiares para hacerse cargo de los menores, o cuando tienen unas cargas que les impiden asumir más obligaciones. De esta forma, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de mayo de 2006, denegó la oposición de los padres como de los abuelos maternos al acogimiento en familia ajena, por la incapacidad de éstos que ya tenían a su cargo a otros tres nietos, hermanos del acogido, además de una hija con necesidades especiales. En mi opinión, lo importante es valorar las posibilidades reales de la familia extensa, porque a veces este acogimiento lejos de favorecer la reintegración del menor con sus padres, lo perjudica⁵⁵³.

Una vez que la Administración pública decida el acogimiento familiar en familia extensa o ajena, debe señalar la modalidad que mejor proteja y satisfaga el interés del menor: de urgencia, temporal o permanente. Antes de la reforma del

⁵⁵¹ En sentido similar, *vid.* GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora, «El acogimiento familiar», *op. cit.*, p. 63. De igual manera lo establecen algunas Comunidades Autónomas, cuya legislación revela su opción por esta modalidad de acogimiento. A modo de ejemplo: El Decreto 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia de **Cantabria**, establece en el art. 48, la preferencia en la selección de los acogedores a los parientes o acogedores de hecho; Decreto 40/2006, de 21 de abril, por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad de **Islas Baleares** (art. 7.3); Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo de **Castilla y León** [art. 11.b)]. Incluso, en el caso de **Asturias**, tras afirmarse la preferencia por familiares o acogedores de hecho (art. 3.1.c) del Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores, parece colegirse el carácter residual del acogimiento en familia ajena respecto de la familia extensa o de conocidos del menor [el art. 3.2 señala el que «*en ausencia de parientes, acogedores de hecho o personas vinculadas al menor que se consideren adecuadas para el acogimiento familiar del mismo, se seleccionará a la pareja o persona más idónea (...)*»] aun supeditado, claro está, a la «*voluntad efectiva de colaborar en el acogimiento y de aceptar el asesoramiento técnico de la Consejería de Asuntos Sociales*» como requisito de su constitución [art. 2.1.i)]. Por su parte, el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción de **Cataluña**, después de ofrecer una amplia definición de la familia extensa, en el art. 54 (existencia de una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad entre el menor y la persona acogedora o los miembros de la familia acogedora) señala que la ésta tendrá preferencia en el acogimiento respecto de la familia (art. 56).

⁵⁵² Cfr. «Los hijos menores de edad en la Ley 1/2000», *op. cit.*, p. 231.

⁵⁵³ *Vid.* SAP Alicante 14 de mayo de 2003 que se sustituye el acogimiento en familia extensa por acogimiento en una entidad pública en interés del menor.

Código Civil por Ley 26/2015, de 28 de julio; las modalidades recogidas en el artículo 173 bis. eran: 1. Acogimiento familiar simple, de carácter transitorio⁵⁵⁴, bien porque de la situación del menor se preveía la reinserción en su propia familia (primera opción a valorar), o bien en tanto se adoptaba una medida de protección que revista un carácter más estable⁵⁵⁵. 2. Acogimiento familiar permanente, que se configuraba cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia lo aconsejaban, y además así lo informaban los servicios de atención al menor⁵⁵⁶. En este caso, la entidad pública podía solicitar del juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades. Y 3. El acogimiento familiar preadoptivo, que se formalizaba cuando la entidad pública elevaba al juez la propuesta de adopción informada por los servicios de atención al menor, o cuando se consideraba que, con anterioridad a elevar dicha propuesta, fuere necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia. Este periodo debía ser lo más breve posible⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ La regulación de la duración de este acogimiento, aún vigente en el ámbito autonómico, varía según las Comunidades Autónomas. Esta heterogeneidad se presenta con la finalidad de flexibilizar y atender a las situaciones concretas en las que se encuentra el menor. La Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las **Islas Baleares**, señala en el art. 83.3.a) que la duración máxima del acogimiento familiar simple será de dos años, prorrogables por resolución motivada. Por su parte, el Decreto 37/2006, de 25 de mayo, por el que se regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo de **Castilla y León**, en el art. 9.2 establece una clasificación de acogimientos, entre otros factores, por su duración, pudiendo ser de corta duración (cuando esta no supere los tres meses), de duración media (cuando esta exceda los tres meses y no supere los dieciocho) y de larga duración (cuando esta sobrepase los dieciocho meses). En comunidades como Madrid o Cataluña, existe una mayor flexibilidad porque se autoriza la prórroga del acogimiento simple cuando resulte de interés para el menor. Así, el art. 19 de la Orden 175/1991, de 18 de marzo, en materia de promoción del acogimiento de menores y la adopción de la Consejería de integración social de la Comunidad de **Madrid**, establece que «*la Comisión de Tutela del Menor revisará el acuerdo de acogimiento al menos semestralmente, y acordará su ratificación, modificación o extinción (...)*»; y el art. 53.2 del Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción de **Cataluña**, específica que «*si, transcurrido el tiempo de duración del acogimiento, resulta aconsejable mantener al menor separado de su hogar o entorno familiar, los equipos podrán proponer la prórroga de la medida (...)*».

⁵⁵⁵ Las medidas pueden ser de diversa índole. Al respecto, entre otras, *vid.* SAP Álava de 7 de julio de 1994 y el AAP Álava de 30 de junio de 1994.

⁵⁵⁶ Por ejemplo, que con anterioridad a la constitución del acogimiento haya existido una relación de convivencia continuada con la familia acogedora y no se prevea una pronta reinserción del menor en la propia familia.

⁵⁵⁷ En opinión de VINCENT LÓPEZ, nada obsta para que el acogimiento preadoptivo también se formalice después de haber elevado la propuesta de adopción al juez (cfr. «Notas sobre el acogimiento preadoptivo en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor», *Revista General de Derecho*, Núm. 652-653, 1999, p. 87).

Con la reforma de julio de 2015, se modifican estas modalidades. Ahora se distinguen, según la duración del acogimiento, en: acogimiento de urgencia, acogimiento temporal y acogimiento permanente. Quedan suprimidos el acogimiento familiar provisional (que ya no será necesario ante la simplificación del acogimiento familiar) y el preadoptivo, que se configura como lo que, en realidad, ha supuesto siempre: una fase del proceso de adopción⁵⁵⁸.

El acogimiento familiar de urgencia, se aplica a menores (principalmente menores de seis años) sobre los que hay que intervenir de forma inmediata, a fin de evitar su ingreso en centros de protección y en tanto se decide la medida de protección familiar idónea. El objetivo es proteger al niño situándolo en un contexto seguro, y su duración no debe superar los seis meses [artículo 173 bis.2.a)].

Por su parte, el acogimiento familiar temporal se iniciará cuando, existiendo una situación de crisis en la familia del menor (de cualquier edad), se prevea su reinserción a corto plazo en la misma, o bien, transitoriamente, mientras se acuerde una medida de carácter más estable. Su duración máxima será de 2 años, salvo que el interés superior del menor aconseje una prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva [artículo 173 bis.2.b)].

El acogimiento familiar permanente, por último, se promoverá cuando, no existiendo previsión de reinserción adecuada del menor en su familia biológica, las características y deseos personales del propio menor o las específicas circunstancias de su situación aconsejen su integración estable y duradera en otra familia, sin creación de vínculos de filiación entre ellos. Esta medida va dirigida a menores con edad superior a los siete años y puede durar hasta la mayoría de edad del menor. En estos casos, la entidad pública puede solicitar al juez que se atribuya a los acogedores las facultades de tutela que permitan un mejor desempeño de su función [artículo 173 bis.2.c)].

Luego de las valoraciones y elecciones realizadas por la Administración, se procede a la constitución del acogimiento. Al respecto, con anterioridad a la Ley 26/2015, de 28 de julio, éste se realizaba a través de dos vías: por convenio entre la

⁵⁵⁸ La justificación de la redefinición de las modalidades se encuentra recogida en el apartado III del Preámbulo de la ley.

entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, y los interesados –acogedores, padres no privados de la patria potestad o tutores y menor mayor de 12 años–; o por resolución judicial, cuando dichos padres, o el tutor, se negaban a prestar su consentimiento⁵⁵⁹. Ahora, el Código Civil, solo recoge el acogimiento convencional que exige únicamente el *consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años*. Con este acogimiento, «se pretende significar la relevancia que alcanzan los consentimientos prestados por las partes intervinientes en la relación jurídica cuasifamiliar que imperativamente deben hacerse constar en el documento de formalización (...)»⁵⁶⁰.

Finalmente, el acogimiento familiar del menor cesará por decisión judicial; por resolución de la Administración pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores o del propio menor si tuviere suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, los progenitores o tutor; por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor; y por la mayoría de edad del menor (cfr. artículo 173.4 del Código Civil).

2. Argumentos para la existencia de un acogimiento independiente de la declaración de desamparo y guarda legal. Regularización de la guarda de hecho

Visto el régimen general del acogimiento como ejercicio de la guarda de la Administración pública (cfr. artículos 172 ter.1 del Código Civil y 19 de la Ley de

⁵⁵⁹ Sin perjuicio de que hallándose el menor necesitado de asistencia, la entidad pública decida constituir un acogimiento familiar provisional o mantener al menor en un centro de primera acogida, hasta que se produzca resolución judicial, para lo cual no requiere el consentimiento de los padres o del tutor. En estos casos, el juez decidía unilateralmente, siempre en interés del menor y en relación con el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas de 1989 (las decisiones que puedan tomar las autoridades administrativas competentes respecto de la separación de los menores de sus padres quedarán a reserva de revisión judicial). Para EGEA FERNÁNDEZ, el juez debe valorar si la medida propuesta, o en su caso ya adoptada, redonda efectivamente en interés del menor. Puede confirmar o dejar sin efecto tal medida, cuando se lo hayan solicitado o incluso de oficio. También, este autor, señala como otros posibles supuestos de constitución judicial de un acogimiento, los que derivarían de los artículos 103 apartado 1 y 158 CC, en los cuales la legitimación para promoverla resultaría más amplia que la que deriva del artículo 1828 LEC (cfr. «La tutela de menors a la Llei catalana 11/198, de 13 de juny, de protecció de menors. L' acolliment», *Revista Jurídica de Catalunya*, Núm. 2, 1987, p. 330).

⁵⁶⁰ HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *El acogimiento convencional de menores*, op. cit., p. 68.

Protección Jurídica del Menor), surge la duda si éste puede ser un medio efectivo para regularizar la guarda de hecho.

Un análisis literal de las normas obliga a rechazar esta posibilidad, generando un verdadero contrasentido. La tutela administrativa y la guarda de hecho siendo figuras protectoras discurren por cauces diferentes: la primera necesita de la constatación del desamparo para poner en marcha el acogimiento⁵⁶¹; y la segunda, que efectivamente brinda auxilio, y excluye el desamparo, no puede acceder al acogimiento⁵⁶². Esta es una de las grandes críticas que se le hace al sistema, donde de manera global las diferentes instituciones destinadas a la protección del menor no logran el objetivo, e incluso se convierten en un óbice para que otras situaciones con carácter tuitivo se regularicen; generando inseguridad en un ámbito que merece gran atención⁵⁶³.

En mi opinión, a pesar de la aparente prohibición de los artículos 172 ter. del Código Civil y 19.1 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, es posible la constitución del acogimiento en las situaciones de guarda de hecho. De las normas que gobiernan aquella institución, se colige la existencia de un acogimiento independiente de la declaración de desamparo y de la guarda legal, donde «la voluntad de las partes, así como de los acuerdos celebrados entre padres-tutores y

⁵⁶¹ Para VALLADARES RASCÓN, no es necesario que se verifique el desamparo para que se proceda o bien al acogimiento legal o a la adopción. En este sentido dice «el control de la entidad pública, bien a través de la propuesta para la adopción (que se exige casi siempre, salvo supuestos no sospechosos de tráfico de niños), bien a través del consentimiento que debe prestar para el acogimiento, se requiere con carácter general. Pero en ningún sitio se dice que el menor no desamparado no puede ser adoptado o no puede ser acogido» («La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», *op. cit.*, p. 2042).

⁵⁶² En esta línea, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ expresa que «al hilo de las últimas (y bienintencionadas) reformas (...) el examen de las circunstancias del menor a que atiende cada una de las figuras legalmente establecidas para protegerle, revela la existencia de dos modelos bien diferenciados, con enfoques diversos y hasta cierto punto inconexos, que provocan solapamientos, interferencias, desajustes y disfunciones entre unas y otras de tales figuras, y en consecuencia serios problemas de interpretación y aplicación del conjunto de instituciones protectoras de menores en nuestro Derecho Civil». Ante esta situación, el autor advierte que, «se puede hablar de instituciones protectoras, pero no de la existencia de un verdadero sistema global de protección» [cfr. «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *op. cit.*, pp. 1461-1462]. Para un mayor análisis, *vid.* AFONSO RODRÍGUEZ, Elvira, «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», *op. cit.*, pp. 319-320 y MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta, *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*, *op. cit.*, p. 268.

⁵⁶³ A esta controvertida realidad alude PILLADO MONTERO, Antonio, «Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción», *op. cit.*, p. 448.

acogedores son determinantes, tanto para seleccionar, como para determinar las facultades atribuidas a los acogedores, que coexisten con aquéllas que son propias de los titulares de la patria potestad o tutela (...)»⁵⁶⁴; aunque siempre demanda de la intervención de la Administración pública, a los efectos de proporcionar su consentimiento, para poder formalizarlo.

Una de las razones a favor de un acogimiento autónomo se halla en la propia estructura del Código Civil. El Libro I, Título VII, Capítulo V, sección primera, dedica seis preceptos (172, 172 bis., 172 ter., 173, 173 bis. y 174) a la guarda y acogimiento de menores. El artículo 172 disciplina la declaración de desamparo y la asunción de la tutela administrativa; el artículo 172 bis. regula la guarda voluntaria solicitada por los progenitores y tutores; y el artículo 172 ter. ordena el ejercicio de la guarda mediante el acogimiento. Por su parte, el artículo 173, para la formalización de un acogimiento, exige el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de edad; y el artículo 173 bis. indica sus clases, modalidades y causas de extinción. Finalmente, el artículo 174 adopta los mecanismos de control y vigilancia del acogimiento.

Los tres primeros artículos sistematizan el supuesto genérico del acogimiento: que nazca de una declaración de desamparo o de una guarda legal. Sin embargo, el hecho de separar de modo categórico los requisitos para su constitución (consentimientos) y extinción (cfr. artículo 173 y 173 bis. del Código Civil); induce a pensar en la posibilidad de constituir un acogimiento donde no hay ni tutela ni guarda previas. RUIZ-RICO RUIZ, a propósito de la delegación de la facultad paterna, advierte que este razonamiento refuerza «la idea de que, quizás en la mayoría de las ocasiones, se constituyen relaciones de acogimiento como consecuencia de una búsqueda por los padres (o tutores) de un candidato apropiado para el cuidado de su hijo durante un periodo de tiempo más o menos largo, con exclusión de toda intervención del ente público, la cual se limitaría a asentir a la elección si el guardador elegido por los padres no resulta en su opinión excesivamente inadecuado

⁵⁶⁴ Cfr. HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *El acogimiento convencional de menores*, op. cit., p. 88.

al menor; por esta vía, pues, el principio de “autonomía familiar” estaría garantizado en buena medida (...)»⁵⁶⁵.

Otro argumento a favor de un acogimiento independiente, lo describe perfectamente PANTOJA GARCÍA, opinión que comparto. Según este autor, el hecho de recoger el término «acogimiento» en el art 172.3 (ahora 172 ter.) del Código Civil, tuvo su razón en la intención de introducir la guarda familiar como posibilidad adicional a la guarda residencial regulada en la anterior redacción. Sin embargo, esta bienintencionada labor fue más allá de lo que se pretendía porque en lugar de añadir la guarda familiar como tal, terminó por cambiar el concepto de guarda por el de acogimiento, situación que a todas luces induce a pensar que se puede estar hablando del acogimiento del artículo 173, pero no es así. Este acogimiento es una figura propia y autónoma, porque «ni los modos de su constitución, ni los requisitos exigidos en cuanto a consentimientos, ni el modo de cesar, elementos todos que determinan el ejercicio de la guarda, se dan en esta figura. De tal modo que, parece que la Ley Orgánica 1/1996, ha creado dos tipos de acogimiento. El (...) **acogimiento familiar**, que no es sino una modalidad de la **guarda** ejercida por la persona o personas que *determine* la entidad pública, o bien **acogimiento residencial**, también modalidad de la **guarda** cuando se ejerce por el director del centro donde está internado el menor y *todos ellos del artículo 172.3* del Código Civil, **bien distinto del acogimiento familiar regulado en los artículos 173 y 173 bis**, que presenta las características de una institución con naturaleza propia y

⁵⁶⁵ Cfr. *Acogimiento y delegación de la patria potestad, op. cit.*, p. 165. Análogamente, VARGAS CABRERA, refiriéndose al acogimiento y la adopción, considera que el legislador «al regular específicamente ambas figuras en los arts. 173 y siguientes, lo hace dándoles sustantividad propia, desconectándoles de la definición legal de desamparo del art. 172». Para este autor, a diferencia de la ley italiana de 1983, que reclama la privación del ambiente familiar y el abandono como presupuestos del acogimiento, «el art. 173 nada exige al respecto y la figura puede cubrir las dos finalidades a que se refiere el derecho comparado. Y si la adopción en los arts. 175 y siguientes es claro que no exige el previo desamparo o inadecuación del ambiente familiar, parece que tampoco lo exige el acogimiento, que puede ser el paso previo para ella. En cualquier caso su autonomía respecto del desamparo se colige de la propia Exposición de Motivos (se refiere a la Ley 21/1987), que habla de dotar a la figura de sustantividad propia, y más claramente de la rúbrica de la Sección I del antes mencionado Capítulo V, del Título VII, (“De la guarda y acogimiento de menores”), regulándose finalmente el instituto en el art. 173 al margen del art. 172 que define el desamparo y sus consecuencias jurídicas (*La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional. Ley 21/87 de 11 de noviembre, op. cit.*, p. 133).

diferenciada de la guarda (...)»⁵⁶⁶. Del mismo modo, añado yo, del propio encabezado de la sección primera («De la guarda y acogimiento de menores»), se infiere que ambas figuras son diferentes.

Un fundamento adicional para admitir un acogimiento soberano es que la mayor parte de la doctrina se muestra a su favor⁵⁶⁷. Como ejemplo tenemos a PÉREZ

⁵⁶⁶ *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica, op. cit., p. 56.*

⁵⁶⁷ Aunque también existen autores con argumentos en contra. Para IGLESIAS REDONDO, no es posible la existencia de un acogimiento autónomo. Apoya esta tesis en tres razones: una razón de exégesis de los reformados artículos 172.3 y 173.2 CC y del derogado artículo 1829 LEC; de los que se colige que la iniciativa para la formalización de los acogimientos familiares corresponde, con carácter exclusivo, a la respectiva entidad pública (salvo aquellos supuestos de constitución judicial en los que se reconoce dicha iniciativa al Ministerio Fiscal), y solo respecto a los menores sometidos a su tutela o guarda. La segunda razón se asienta en los párrafos tercero y cuarto de la Disposición Adicional primera de la Ley de 1987 de los que deduce con igual nitidez que únicamente las entidades públicas competentes en materia de protección de menores, así como las entidades privadas habilitadas al efecto, participan en funciones de mediación en los acogimientos, debiéndose declarar ilícita la intervención de cualquier otra persona, esto es, padres o tutores del menor. Finalmente, la tercera razón, es que semejante tesis solo podría ser admitida en situaciones caracterizadas por «circunstancias graves» que impidiesen a los titulares de la patria potestad o de la tutela atender convenientemente al menor, supuesto ante el cual, la nueva ley, siguiendo lo anterior, solo permite y prevé la posibilidad de solicitar de la respectiva entidad pública la constitución de la guarda asistencial y nunca la homologación en virtud de la prestación de su consentimiento a un acogimiento familiar de hecho, que, en definitiva, es una guarda de hecho. Este autor concluye diciendo: «parece que la controvertida expresión de “tenga o no la tutela o guarda”, contenida en el párrafo primero del art. 173.2 CC, no tiene más alcance que el de significar la obligatoriedad de la concurrencia del consentimiento de la respectiva entidad pública al acogimiento familiar, tanto se trae causa de una tutela *ex lege* como si procede de una guarda asistencial, únicos supuestos que habilitan su constitución; lo que prueba el carácter innecesario de la expresión» (*La guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores, op. cit., p. 357*). Análogamente, Para RODRÍGUEZ SOL, el acogimiento requiere siempre del consentimiento de la entidad pública (cfr. «La protección y acogimiento de menores en el Derecho español», *op. cit., p. 1111*). De igual forma, DE PALMA DEL TESO, parece defender esta postura para quien, el guardador tiene la obligación de dar a conocer esta situación a la Administración, la cual asumirá la tutela y, en su caso, dispondrá el acogimiento del menor a favor del guardador si así lo exige el interés del menor (cfr. *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados, op. cit., p. 219*). Por su parte, MÉNDEZ PÉREZ, niega la existencia de un acogimiento autónomo, porque entiende que esta teoría se desplaza a otro ámbito legal que es el acogimiento de hecho y que su control y efectos deberán establecerse a tenor de lo dispuesto en los artículos 303 y siguientes del Código civil, para la guarda de hecho (cfr. *El acogimiento de menores. Comentarios. Procedimientos. Formularios. Textos Legales*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 146-147). GARCÍA Y GARCÍA, asevera que para la constitución del acogimiento se requiere del previo desamparo culposo o forzoso (cfr. «Notas para una construcción jurídica del acogimiento de menores en el Derecho español», *op. cit., p. 6*). En el mismo género, *vid.* TOSCANO GIL, Francisco, «Acogimiento de menores y Administraciones públicas competentes en Andalucía», *Actualidad Administrativa*, t. 1, Madrid, 2006, p. 23; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de Familia, op. cit., p. 615*; FERRER VANRELL, María, «El acogimiento familiar en la Ley 21/87 como modo de ejercer la potestad de guarda», *op. cit., p. 194*; EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «El acogimiento simple», *op. cit., p. 91*; PASCUAL ESTEBAN, José, «La tutela y la guarda de menores por las entidades públicas. El acogimiento. La adopción»,

ÁLVAREZ, para quien «la asunción por la entidad pública de la tutela *ex* artículo 172.1 o la guarda *ex* artículo 172.2 constituyen el presupuesto inicial ordinario del acogimiento que contempla la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Más adviértase que antes de la formalización del acogimiento también es posible que no medie intervención administrativa alguna; y ello, porque puede suceder que el acogimiento familiar no vaya precedido ni de la tutela *ex* artículo 172.1, ni de la guarda *ex* artículo 172.2 Cc». Agrega que «según ha quedado dicho puede suceder, por ejemplo, que un familiar del menor le proporcione la adecuada asistencia material y moral excluyendo, en consecuencia la tutela *ex* artículo 172.1 Cc. En estos casos no existe intervención administrativa previa a un acogimiento que podrá formalizarse como medida provisional hasta la constitución de la tutela ordinaria, la adopción, o la reinserción del menor»⁵⁶⁸.

En el mismo orden se encuentra, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, según la cual «parece claro que el acogimiento puede ser la solución natural a la situación de desamparo de menores, lo que no evita que el acogimiento esté regulado en la Ley 1987 con unas miras más amplias que las de su sola aplicación a los menores desamparados. En la propia ley, observamos estos objetivos amplios ya que el acogimiento se presenta como un medio de integración familiar que tiene por objeto propiciar la participación provisional del menor en su ámbito familiar idóneo. Pero no es presupuesto imprescindible para la constitución del acogimiento que primero se haya decretado la tutela del artículo 172-1º del Código Civil ni, desde luego, la guarda del artículo 172-2º del mismo texto legal»⁵⁶⁹.

Revista de Derecho Notarial, Núm. 140, 1988 y FELIÚ REY, Manuel, *Comentarios a la Ley de adopción*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 55.

⁵⁶⁸

La nueva adopción, *op. cit.*, p. 133.

⁵⁶⁹

«El acogimiento familiar», *op. cit.*, p. 66. En términos similares, PILLADO MONTERO, preguntándose acerca de si solo puede darse en acogimiento los menores que están bajo la guarda de una Administración pública, expresa que «si esto es así, significa que los padres o tutores no pueden utilizar esta institución directamente, lo que resulta fuerte. Muchas veces sería de gran utilidad que los padres y tutores pudiesen, por la vía del acogimiento, buscar personas de su confianza que diesen al menor una vida familiar y un futuro que ellos, por la causa que sea, normalmente por el infortunio, no pueden darle» («Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción», *op. cit.*, p. 448). RUIZ-RICO RUIZ al examinar las formas en las que puede nacer el acogimiento, aparte de la tutela *ex lege* y de la guarda administrativa, considera que cabe solicitar tal mecanismo en los supuestos donde el menor se encuentre todavía sujeto a patria potestad paterna o a una de las tutelas ordinarias reguladas por el Código («La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», *op. cit.*, p. 137). Para FLUITERS CASADO «merece una reflexión especial la posibilidad que plantea el art. 173.2 Cc relativa a la intervención de la entidad pública en la constitución del

Por otro lado, la existencia de un acogimiento autónomo facilita la actuación eficaz frente a situaciones de riesgo, y es manifestación de la posibilidad de delegación de la facultad parental o tutelar (cfr. artículos 154 y 268 del Código Civil y 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Los padres pueden buscar personas de su confianza que diesen al menor una vida familiar, evitando tener que acudir previamente a la tutela o guarda a favor de la entidad pública⁵⁷⁰. En estos supuestos, el *favor filii* exige que no se siga el procedimiento normal de selección que lleva a cabo la Administración; aunque será oída en todos los procedimientos, no seleccionará⁵⁷¹, pero aprobará⁵⁷².

acogimiento familiar convencional *cuando no tiene ni la tutela ni la guarda* sobre el menor que va a ser acogido, ya que, siquiera tácitamente, y con independencia de la posible existencia de una guarda legal atribuida por el juez a un tercero en procedimiento matrimonial, (art. 103), contempla la posibilidad de que los padres o tutores deleguen en la práctica parte de las facultades inherentes a la patria potestad en favor de un tercero» («Acogimiento y adopción», *op. cit.*, pp. 279-336). Análogamente, *vid.* REBOLLEDO VARELA, Miguel, «Procedimientos Judiciales de acogimiento y adopción: La exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *op. cit.*, pp. 68-69; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *op. cit.*, p. 1485; GONZÁLEZ PILLADO, Esther Y GRANDE SEARA, Pablo, *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, *op. cit.*, p. 57; DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, «Tutela, curatela y guarda de menores», *op. cit.*, p. 93; SOLER PRESAS, Ana, CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y SIEIRA MUCIENTES, Sara, «El acogimiento familiar», *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coord.), Dykinson, Madrid, 2007, p. 172; MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta, *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de menores Español*, *op. cit.*, p. 264; MAYOR DEL HOYO, María Victoria, «Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y *nasciturus*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 734, 2012, pp. 3214 y 3216; entre otros.

⁵⁷⁰ Para PANTOJA GARCÍA, «una de las singularidades respecto al acogimiento familiar del artículo 172.3 (como ejercicio de la guarda) radica en que el **acogimiento** del artículo 173 sólo se requiere el *consentimiento* de la Entidad Pública tenga o *no* la tutela o la *guarda*, por lo que cabe el acuerdo entre padres y acogedores, mientras que, en el del artículo 172.3 el acogimiento como modo de ejercer la guarda, se ejercerá por la persona que *determine* la entidad pública y **siempre** que se haya asumido la guarda» (*Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica*, *op. cit.*, p. 59).

⁵⁷¹ Según EGEA FERNÁNDEZ, «en interés del menor, se prescinde del procedimiento ordinario de selección de acogedores; los acogedores son seleccionados de entre los familiares que (...) estén dispuestos a asumir el acogimiento» («El acogimiento simple», *op. cit.*, p. 97). Por su parte, VARGAS CABRERA solo admite que los padres puedan buscar a los posibles acogedores, pero será siempre la Entidad pública la que preste el consentimiento (cfr. «El desamparo de menores y consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/1987», *op. cit.*, p. 674).

⁵⁷² La aprobación de la Administración es uno de los requisitos para admitir el acogimiento, de lo contrario quedará en una mera delegación del ejercicio de las facultades parentales o tutelares de corta duración. De este modo, la STS de 14 de marzo de 2001 declara que la entrega voluntaria por parte de su madre, a favor de los guardadores de hecho, no es

Según LLEBARÍA SAMPER, «si los padres, concededores de una imposibilidad urgente, deciden entregar en acogimiento a su hijo en favor de unos parientes cercanos plenamente capaces, no deben ponerse trabas innecesarias para su formalización –al menos en línea de admisibilidad–, siempre que concurren todas las partes y, especialmente, la entidad pública. En otro caso, se llegaría al mismo fin por un camino más tortuoso y, posiblemente, menos indicado para la protección inmediata de la persona del menor: solicitud de guarda “ex” 172.2, resolución de la misma, selección de acogedores y posterior formalización del acogimiento. ¿Qué se quiebra la filosofía de la Reforma?; pregunto: ¿dónde realmente se encuentra: en el

suficiente para cumplimentar los mecanismos previstos por el art. 173.2 para la constitución del acogimiento, en el que se precisa la intervención de la entidad pública, de las personas que reciban al menor y de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, siendo necesario que dichos consentimientos se presten por escrito. Según PÉREZ ÁLVAREZ «las entidades públicas ostentan una función de mediadoras en la formalización de todo acogimiento con independencia de que carezcan de competencia para intervenir en las situaciones que le hubieren precedido». Así pues, a los efectos legales solo podrá configurarse como propio acogimiento aquel que hubiera sido consentido por la entidad pública competente. En otro caso, existirá simple «convivencia» que podrá ser relevante pero a otros efectos (cfr. *La nueva adopción, op. cit.*, pp. 134-135). Para VATTIER LAGARRIGUE, la exigencia del consentimiento de la Administración no es una simple aprobación o ratificación de un acuerdo privado dirigido a constituir un acogimiento; sino que, «además, dada la responsabilidad de la Entidad pública, en el ámbito de protección de menores en su territorio, deberá analizar en qué situación se encuentra ese menor, deberá apreciar la idoneidad de las personas propuestas como acogedoras por los padres o tutor del menor, pudiendo aceptar o rechazar a esas personas, por lo que siempre será la Entidad pública la que verdaderamente constituya el acogimiento; asumiendo la titularidad de la guarda del menor cuando lo considere conveniente para el superior interés del menor, y delegando su ejercicio en las personas propuestas como acogedoras, o seleccionando otras o determinando un acogimiento residencial, en su caso». En opinión del autor «o bien la Entidad pública no ostenta la tutela ni la guarda *ab initio*, pero dado que su consentimiento es necesario para la constitución de un acogimiento válido y legal, una vez que tiene conocimiento, y analiza la situación concreta en la que se encuentra un menor podrá asumir su tutela, o proponer a los padres o tutor que le encomienden su guarda, o bien, muy excepcionalmente, consentir el acogimiento propuesto sin necesidad de asumir la guarda del menor, y adoptar así la medida de protección que se considere más idónea para el menor. Punto de vista que puede verse confirmado por el artículo 173 apartado 4º en el que se enumeran las causas de cesación del acogimiento. En todas ellas se da por supuesto que la Entidad pública ostenta la titularidad de la guarda o de la tutela del menor, o simplemente, tiene conocimiento de la existencia de dicho acogimiento» («Contribución al estudio del acogimiento», *op. cit.*, p. 144). Para PILLADO MONTERO y GRANDE SEARA, «no parece haber inconveniente en que puedan ser los propios padres o tutores los que busquen al posible acogedor de sus hijos o pupilos, y someterlo después al consentimiento de la Entidad pública» (*Aspectos procesales civiles de la protección del menor, op. cit.*, p. 57). Por su parte, REBOLLEDO VARELA, si bien asume el importante papel de mediación de la Administración en la constitución del acogimiento familiar, refiere que es posible constituir tal acogimiento sin su intervención porque los padres o tutores tienen expedita la vía judicial *ex* la Disposición Adicional 1ª.3º de la LO 1/1996, siempre que exista una previa negativa de la Administración (cfr. «Procedimientos Judiciales de acogimiento y adopción: La exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *op. cit.*, pp. 69,75 y 76).

respeto litero-formal de derivar el acogimiento del art. 172.3, o en la protección del interés del menor de la manera más ágil y efectiva posible, salvaguardado al exigir en todo caso el consentimiento de la entidad?»⁵⁷³.

Finalmente, y en lo que atañe a nuestro estudio, a través del acogimiento *strictu sensu* se encuentra un cauce jurídico a la guarda de hecho. Si existe un mecanismo que otorga protección al menor y busca su regularización, no tiene sentido impedirlo. Recordemos que la tutela de la Administración siempre es subsidiaria (cfr. artículo 239 del Código Civil)⁵⁷⁴.

Para GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «la Entidad Pública tendrá las manos atadas en aquellos supuestos en los que un particular le presente un acogimiento de hecho efectuado varios años antes; en interés del menor, la Entidad Pública no podrá negarse a conceder un acogimiento administrativo para aquellos niños que, desde su nacimiento, estén acogidos de hecho, por aquellas personas que lo soliciten. La autoridad administrativa podrá investigar la procedencia de ese menor, efectuar todas las actuaciones que considere necesarias, pero en base al principio rector de esta ley, la protección del interés del menor, y teniendo en cuenta la vinculación que ese niño tendrá ya con su familia de acogida, dudo mucho que la Entidad Pública pueda negarse a conceder ese acogimiento»⁵⁷⁵.

Según SOLER PRESAS, CARRETERO GONZÁLEZ y SIEIRA MUCIENTES, mayoritariamente se admite con naturalidad la posibilidad de constituir un acogimiento «administrativo» sin una previa declaración de desamparo ni asunción de guarda administrativa, cuando el menor estuviera de hecho cuidado por algún miembro de su familia extensa y los progenitores, simplemente, no se opusieran. La razón de este acogimiento era que, pese a no darse una situación de desamparo tal y como la define el artículo 172 del Código Civil, el menor se encuentra en una situación irregular y, más aún, sus guardadores de hecho que, para reforzar su

⁵⁷³ Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (*Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*), *op. cit.*, p. 24.

⁵⁷⁴ Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Capítulo 43. Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)», *op. cit.*, p. 454. Mientras la familia pueda organizarse y funcione bien, no tiene sentido la intervención pública. Sin embargo, cada vez más el Derecho público incursiona en el Derecho de Familia, sobre todo en las relaciones paterno-filiales (*vid.* MENÉNDEZ MATO, Juan, «La progresiva desnaturalización de las relaciones paterno-filiales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 734, 2012, pp. 3323-3350).

⁵⁷⁵ «El acogimiento familiar», *op. cit.*, p. 109

posición y, sobre todo, para acceder a las ayudas públicas (vivienda, educación, etc.) precisan de un reconocimiento formal como acogedores. Si no pueden persuadir a los padres para formalizar la delegación de la guarda, muchas entidades públicas obvian este presupuesto y constituyen, directamente, un acogimiento familiar⁵⁷⁶.

Ahora bien, aunque aparentemente todos los argumentos expuestos van en contra del tenor literal del artículo 20.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor [«*El acogimiento familiar se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento (...)*»]⁵⁷⁷, sigo creyendo en la posibilidad de la constitución de un acogimiento autónomo como la mejor alternativa para la satisfacción del interés del menor. Las normas anteriores, aunque no sin discusión, avalaban esta postura. En un primer momento, con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, existían muchas vacilaciones respecto a la constitución de un acogimiento autónomo⁵⁷⁸. En ese entonces, el artículo 173.2 decía: el acogimiento

⁵⁷⁶ Cfr. «El acogimiento familiar», *op. cit.*, p. 172. Para GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA, «el expediente de constitución del acogimiento puede incoarse de oficio por la propia Administración o a instancia de la persona interesada (art. 173.2)». Según estos autores, «puede darse el caso de que el guardador de hecho comparezca ante la Entidad pública para solicitar el acogimiento y con ello legalizar la situación actual, o el pariente del menor desamparado que presenta un escrito solicitando el acogimiento» (*Aspectos procesales civiles de la protección del menor, op. cit.*, p. 57). DE ROMÁN PÉREZ asevera que «la Administración también puede intervenir en la regularización de la situación de los menores sometidos a la guarda de hecho. Por un lado, cuando estos reciben la atención necesaria por sus guardadores, puede la Entidad competente formalizar un acogimiento familiar a su favor, de acuerdo con el art. 173,2 del C.c. Y, por otro, puede constatar el desamparo de los menores sometidos a guarda de hecho, en cuyo caso procede declarar tal situación, asumiendo la Administración su tutela, tal y como lo preceptúa el art. 172,1 del Código civil (...)» («Tutela, curatela y guarda de menores», *op. cit.*, p. 93). MORENO-TORRES SÁNCHEZ refiriéndose a la falta de uniformidad en cuanto a la vinculación del desamparo con el acogimiento, considera que esta opción puede ser válida para regularizar la situación del menor en situación de guarda de hecho (cfr. *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de menores Español, op. cit.*, p. 264).

⁵⁷⁷ El artículo 173 bis. del Código Civil (antes 173.2), por razones de técnica jurídica y mejora de ubicación, ya no regula la formalización del acogimiento, sino que lo traslada al artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (apartado II del Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio).

⁵⁷⁸ El legislador suponía una actuación ilícita de los acogedores de hecho. No obstante, critico esta presunción, porque cuando los acogedores inician los trámites de acogimiento lo hacen porque son conscientes de que la relación que mantienen con el menor es auténtica, de verdadera protección; aunque en muchas ocasiones, debido al intervencionismo de la Administración pública, prefieren no iniciar los trámites del acogimiento pues temen que la entidad les quite la guarda del menor, situación que trae consigo un perjuicio psicológico para la persona que más necesita de protección: el menor (cfr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora, «El acogimiento familiar», *op. cit.*, pp. 69-70).

«se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela (...)»; nada indicaba de la guarda. Aun así no quedaba duda de poder formalizar un acogimiento en los casos en que la entidad no fuera tutora⁵⁷⁹. Seguidamente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, aclaró el panorama. Esta norma agregó el término «guarda» a la disposición y así quedó zanjado el asunto; se estableció la posibilidad de constituir acogimientos autónomos, diferentes de los que puedan resultar de la tutela o guarda.

El legislador Canario hace eco de lo propuesto y en el artículo 22.2 del Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores, dice: «En el supuesto de menores no sujetos a tutela o guarda de la Dirección General de Protección del Menor y la Familia, que se encuentran bajo guarda de hecho de miembros de su familia extensa, se podrá formalizar su

⁵⁷⁹ Según LLEBARÍA SAMPER, la Reforma de la Ley de 1987, en el art. 173.2, «siembra confusión al ofrecer, de forma no excesivamente clara un posible cuarto cauce para la formalización del acogimiento. Radica ello en el inciso introducido en el Senado, gracias al Informe favorable de la Ponencia en aceptación de la enmienda núm. 82 del Grupo Socialista, y en virtud del cual es exigible el consentimiento de la entidad pública en la formalización del acogimiento, “tenga o no la tutela” del menor. La incorporación de este inciso conlleva trascendentales consecuencias, merecedoras de haber exigido un pronunciamiento positivo en todo caso indubitado». Para este autor, el contenido del art. 173 puede interpretarse en dos sentidos: uno cerrado y uno abierto. En el cerrado, se admite que dicho artículo contiene el régimen de la medida de acogimiento de menores, por tanto el artículo 173 trae causa y origen en el artículo 172. Por ello, asimismo, se entiende que la Administración competente, para entregar a un menor en acogimiento debe tenerlo bajo su guarda, porque no se puede entregar algo que no se tiene. De la misma manera que si el legislador hubiese querido admitir más supuestos, simplemente hubiese bastado que aluda a la guarda, dando opción a que ésta puede ser ejercida por los padres o tutores, sin embargo no lo ha hecho así. Por otro lado, en el sentido abierto un criterio sistemático, lógico, prelegislativo, gramatical y doctrinal inclinan la balanza a admitir que el acogimiento del art. 173 es una figura autónoma, porque si se admite que es una modalidad del ejercicio de la guarda pública que la presupone, el inciso “tenga o no la tutela del menor” sería superfluo e innecesario. El autor, se inclina por una interpretación abierta más por «razones de utilidad práctica y de protección del interés del menor (...)» (cfr. *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, op. cit.*, pp. 238-242). Análogamente, según VARGAS CABRERA, la locución «tenga o no la tutela» es meramente indicativa (cfr. *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional. Ley 21/87 de 11 de noviembre, op. cit.*, p. 133). Del mismo modo, para LACRUZ Y SANCHO, aunque los menores desamparados sean los principales destinatarios del acogimiento, éste no parece reservado para ellos (cfr. *El nuevo régimen de la Familia, IV. Acogimiento y adopción*, Civitas, Madrid, 1989). En la misma dirección, PÉREZ ÁLVAREZ considera que «La expresión “tenga o no la tutela” que se emplea en el artículo 173.2 con referencia a la entidad pública no figuraba en la versión originaria del proyecto y procede de la Ponencia que lo informó en el Senado». Además, la referida expresión ha supuesto, atribuir competencia a las entidades públicas en orden a la constitución de todo acogimiento, con independencia que medie o no desamparo o la guarda ex artículo 172.2 CC (cfr. *La nueva adopción, op. cit.*, pp. 134-135).

acogimiento familiar siempre que el interés del menor lo requiera, previa la oportuna solicitud de sus guardadores en los términos indicados en el apartado anterior, debiendo acompañar, además de los documentos mencionados, la certificación literal de nacimiento del menor cuyo acogimiento se solicita, o fotocopia del libro de familia de los padres del menor». En otras Comunidades Autónomas no se ha previsto esta situación, pero lo tienen prohibido por su Consejo Consultivo (Castilla y León)⁵⁸⁰.

En mi opinión, se debe valorar la importante labor que desarrollan los parientes cercanos (guardadores de hecho) y la necesidad de otorgar medidas jurídicas que satisfagan el mayor interés del menor. Al parecer, estas circunstancias han hecho eco en la reforma del sistema de protección jurídica del menor del año 2015. Del vigente artículo 303 del Código Civil se entiende que no procede la declaración de desamparo si existe efectiva asistencia de parte del guardador de hecho; y además que se permite la constitución judicial de un acogimiento temporal a favor de los guardadores. Asimismo creo, que puede proceder un acogimiento administrativo si la solicitud proviene de la familia extensa y no hay oposición de los progenitores. Sin embargo, cuando esa situación se prolonga, no tiene sentido formalizar un acogimiento ya que si los progenitores no ejercen correctamente y no hay visos de que esa situación cambie, lo que necesita el menor es una figura estable y que le represente adecuadamente, esto es, que se nombre a los guardadores tutores o adoptantes.

En otro extremo, un tema que surge con carácter obligatorio de la explicación anterior es porqué elegir un acogimiento familiar y no la tutela, dado que se tienen expeditas ambas alternativas. Para NÚÑEZ MUÑIZ, entre ambas figuras jurídicas no existen muchas diferencias, salvo la existencia del vínculo familiar en la tutela; aunque esto también es relativo, porque el juez, de manera excepcional, puede

⁵⁸⁰

En genero similar, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que en el Dictamen Núm. 84/1999, de 14 de diciembre, del Expediente relativo a la consulta sobre si es posible constituir acogimiento sobre menores, no habiendo sido declarados en situación de desamparo, y por tanto sin ejercer la tutela automática sobre los mismos, ni tampoco haber solicitado sus padres o tutores que se ejerza la guarda, determinó que no era posible aceptar este acogimiento porque siempre la declaración de la situación de desamparo es presupuesto del acogimiento. Resulta difícil determinar cuándo es posible un acogimiento en el que la entidad pública no ostente la tutela, o la guarda, del menor. Si automáticamente a la declaración de desamparo se produce la asunción de la tutela por la entidad, es obvio que el acogimiento se realiza siempre con el consentimiento del órgano tutelante.

prescindir de lo establecido en el Código Civil y nombrar a otra persona como tutor (cfr. artículo 234 *in fine* del Código Civil). Para esta autora, para decidir entre una tutela o un acogimiento, la Administración tendrá en cuenta la existencia de familiares: si los hay se prefiere la tutela y si no, se formaliza el acogimiento⁵⁸¹.

Si bien no contradigo lo argumentado, creo que en muchas circunstancias no se opta por la tutela, porque no se busca el cese de la patria potestad. Un acogimiento es perfectamente compatible con esta institución, en cambio para que un menor no emancipado esté sujeto a tutela no debe estar bajo la patria potestad (cfr. artículo

⁵⁸¹ El razonamiento de la autora es el siguiente: la Ley de Protección Jurídica del Menor «distingue tres tipos de acogimiento, uno de los cuales es el permanente, para el desempeño del cual la entidad pública puede pedir al Juez que le atribuya al guardador o guardadores algunas de las facultades de la tutela, con lo que en realidad se está desempeñando una verdadera tutela, pues no se ven las diferencias entre ambas figuras tras la reforma introducida por esta ley, dado que se añade un último párrafo al artículo 234 del Código civil recomendando la integración, por beneficiosa para el menor, en la vida familiar del tutor, y por otro lado en el acogimiento permanente se atribuyen al guardador facultades de la tutela, con lo que se está produciendo un especie de confusión de figuras; por ello parece que la única diferencia que destaca entre ambas es la referente a las personas que pueden desempeñar uno y otro cargo, pero incluso ésta es relativa. El Código civil, en el artículo 234, llama a determinados parientes a la tutela, esto es cónyuge, padres, personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad, y por último, el descendiente, ascendiente o hermano que el Juez designe. En cualquier caso, parece que debe existir una relación entre el tutor y el tutelado, relación que no es necesaria cuando se trata de un acogimiento familiar, pues puede acoger cualquier persona aunque nunca haya tenido relación con el acogido». Asimismo añade que, la elección de un acogimiento o de una tutela será la existencia o no de familiares que puedan hacerse cargo del menor. «Si un menor o incapaz está al cuidado de un guardador de hecho y no tiene los parientes mencionados anteriormente para desempeñar la tutela, al extinguirse la guarda de hecho quedaría en situación de desamparo, asumiendo la entidad pública la tutela del mismo, como uno de los principios que deben guiar las actuaciones de los poderes públicos en materia de menores. No obstante, para procurarle un ambiente familiar, parecería más adecuado dejarle acogido familiarmente con el guardador, tal vez en régimen de acogimiento permanente, como más beneficioso para el guardado. O también pudiera ocurrir que teniendo parientes de los anteriormente mencionados se considere más beneficioso para el guardado dejarle con el que de hecho venía encargándose de su cuidado, en cuyo caso no se constituiría la tutela, sino que el Juez podría transformar la anterior guarda de hecho en acogimiento permanente, que en definitiva equivale a la tutela, sólo que va a desempeñarla cualquier persona dispuesta a acoger al menor o incapaz (...). Esta solución está abonada por el artículo 216 del Código civil al que le añade esta ley un segundo párrafo que dispone: “las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez de oficio o a instancia de cualquier interesado, en los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapacitados, en cuanto lo requiera el interés de éstos”. Por su parte, el artículo 158.2 y 3, en sede de patria potestad, dispone: “el Juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará (...) 2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de guarda. 3. En general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicio”. Por tanto, según este precepto, el Juez podrá decidir no constituir la tutela y mantener al menor en la familia del guardador si considera que el cambio puede serle perjudicial y dejarlo en acogimiento familiar con el que de hecho se había encargado de su cuidado» («La guarda de hecho», *op. cit.*, p. 432).

222.1 del Código Civil). Además, el acogimiento es el instrumento jurídico más rápido para regularizar la situación anómala de desasistencia del menor, habida cuenta de que la tutela requiere necesariamente su constitución judicial. Por otro lado, puede plantearse la posibilidad de establecer un acogimiento de un contenido tan amplio que no tenga nada que envidiar a la tutela⁵⁸². Asimismo, a través de aquél se puede gozar de ayudas públicas, eventualidad vetada en la tutela.

E. Guarda de hecho y adopción

El acogimiento autónomo no está libre de críticas. Alguna parte de la doctrina se opone a su constitución por temor a que dé lugar a una adopción fraudulenta; sin embargo, en mi opinión, es difícil que se presente esta circunstancia, porque antes de llegar a la etapa adoptiva la Administración tiene control de la situación del menor (previamente ha participado en la constitución de su acogimiento).

La adopción, hace mucho que deja de ser considerada como un negocio jurídico del Derecho de Familia, para configurarse en un acto de autoridad perteneciente al Derecho público⁵⁸³. Se trata de un negocio jurídico mediante el cual una persona se integra plenamente en el vínculo familiar de otra persona o personas, con los mismos efectos que produce la filiación biológica, rompiéndose los vínculos jurídicos que éste tenía con la familia anterior. En consecuencia, es de sentido común que deba estar sometida a todos los controles administrativos y judiciales.

Atendiendo a ese propósito, su constitución depende de una resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad (cfr. artículo 176.1 del Código Civil). Asimismo, el carácter público se ve reforzado por la intervención previa de la Administración en la selección de los adoptantes y la presentación de la propuesta de adopción (solicitud que la entidad pública dirige al órgano judicial

⁵⁸² Cfr. HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *El acogimiento convencional de menores*, op. cit., pp. 90-91.

⁵⁸³ Este cambio de perspectiva se dio con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, que la convierte en un acto de autoridad y, además, otorga mayor poder a la entidad pública para que garantice eficazmente el interés del menor adoptando. Antes, la adopción era un negocio jurídico unilateral y personalísimo del adoptante o adoptantes, solemne e irrevocable que se constituía en tres fases: judicial, notarial y registral, siendo necesaria la concurrencia de los tres actos para que la adopción alcanzase plena efectividad [cfr. POUS DE LA FLOR, María Paz, «La adopción», *Curso sobre la protección jurídica del menor*, TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes (Coord.), Colex, Madrid, 2001, p. 73].

competente para que se pronuncie al respecto), *ex* artículo 176.2 del Código Civil⁵⁸⁴. La entidad pública decidirá qué menor, de los que tiene bajo su tutela o guarda, debe salir en adopción por ser el que menos posibilidades tiene de reinsertarse en su familia biológica; valorará la idoneidad del adoptante o adoptantes⁵⁸⁵; los seleccionará y los propondrá al juez. No obstante, hay supuestos que no exigen dicha propuesta, y por ende se habilita a los interesados (adoptantes) a instar el procedimiento de adopción directamente ante la autoridad judicial. Con lo cual un guardador de hecho puede llegar a ser adoptante.

Según el artículo 176.2, segundo párrafo, del Código Civil, no se requiere propuesta previa de adopción de la Administración cuando en el adoptando concurren cualquiera de las siguientes circunstancias: 1. Huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2. Hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad conyugal. 3. Lleve más de una año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo. 4. Mayor de edad o emancipado.

⁵⁸⁴ La razón de ser de la propuesta previa deriva de la necesidad de desjudicializar la fase de selección (dado que los entes públicos están mejor preparados para este cometido) y establecer un control para evitar el tráfico de niños. Respecto al contenido de la propuesta, ésta debe incluir lo indicado por el artículo 35 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: «2. En la propuesta de adopción formulada por la Entidad Pública se expresarán especialmente: a) Las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante o adoptantes asignados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la elección de aquél o aquéllos. b) En su caso y cuando hayan de prestar su asentimiento o ser oídos, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante o de la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o el de los progenitores, tutor, familia acogedora o guardadores del adoptando. c) Si unos y otros han formulado su asentimiento ante la Entidad Pública o en documento público (...). 4. Con la propuesta u ofrecimiento para la adopción se presentarán los documentos a que se refieren los apartados anteriores, la declaración previa de idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad emitida por la Entidad Pública, si procediere, y cuantos informes o documentos se juzguen oportunos».

⁵⁸⁵ El requisito de idoneidad fue introducido por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Según la norma, dicho requerimiento «habrá de ser apreciado por la entidad pública, si es ésta la que formula la propuesta, o directamente por el Juez, en otro caso. Este requisito, si bien no estaba expresamente establecido en nuestro derecho positivo, su exigencia aparece explícitamente en la Convención de los Derechos del Niño y en el Convenio de la Haya sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional y se tenía en cuenta en la práctica en los procedimientos de selección de familias adoptantes». La valoración de la idoneidad de los adoptantes normalmente se realiza antes de presentar la propuesta al juez, y consiste en analizar la capacidad que tienen aquellos para asumir los deberes que conlleva las funciones parentales, establecidas en el artículo 154 del Código Civil, tales como: velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarle, procurarle una formación integral, educarle, representarlo y administrar sus bienes. La valoración se hace *ad casum*, porque hay supuestos donde los adoptantes son idóneos para un niño, pero no para otro.

De todos estos supuestos, el tercero ha dado lugar a cuestionamientos. Esta circunstancia abarca dos realidades. La primera referida a la guarda con fines de adopción, y la segunda correspondiente a la tutela.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modifica el numeral tercero del artículo 176.2 del Código Civil. Sustituye la locución «*acogimiento preadoptivo*» por la expresión «*guarda con fines de adopción*», como respuesta a las reformas realizadas en las modalidades de acogimiento familiar (el acogimiento preadoptivo pasa a ser una etapa más del proceso de adopción)⁵⁸⁶. Esta guarda, dice el apartado III del Preámbulo, es una figura que se regula «*ex novo*» y permite que «*con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, pueda 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*». De este modo, el artículo 176 bis prevé que: «*1. La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas*

⁵⁸⁶ Antes de 1987 se hacía referencia a «llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante (...)». En ese entonces, VARGAS CABRERA, entendía que esta expresión aludía al acogimiento regulado en el artículo 173 debiendo excluirse las guardas o confiamentos acordados por los Tribunales Tutelares de Menores en el ejercicio de sus antiguas atribuciones de protección de menores (cfr. «El desamparo de menores y consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/1987, *op. cit.*, p. 684 y *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional. Ley 21/87 de 11 de noviembre, op. cit.*, p. 216). Por su parte, GARCÍA CANTERO se planteó si se incluía también el acogimiento realizado por más de un año solicitado por los padres o tutores al amparo del anterior artículo 172.2, es decir, cuando justificasen no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves (cfr. «Notas sobre el acogimiento familiar», *op. cit.*, p. 316). Posteriormente en 1987, y antes de la reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia de 2015, el Código Civil, en el artículo 173 bis, regulaba las modalidades del acogimiento familiar en simple, permanente y preadoptivo. Respecto a este último, la doctrina consideraba que se subdividía en dos tipos: el que se formalizaba por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para ello; y el acogimiento que se formalizaba con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, cuando se consideraba necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia.

para su adopción. A tal efecto, la Entidad Pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela». En consecuencia, en este supuesto, la guarda de hecho no tiene acogida, porque la norma alude a menores declarados en desamparo y, por ende, bajo tutela de la Administración pública.

La situación cambia en la tutela⁵⁸⁷. La norma permite solicitar la adopción, sin propuesta previa de la entidad pública, al adoptante que lleve más de un año ejerciendo la tutela a favor del adoptando⁵⁸⁸; escenario propicio para un fraude de ley que probablemente no se sancione porque se da primacía al principio del interés superior del menor.

El contexto sería la siguiente: unos padres, o guardadores legales, entregan a su menor hijo a un tercero –sea o no familiar– que tendría la guarda de hecho de aquél, con la finalidad de propiciar una adopción. La Administración no declara el desamparo del menor porque, objetivamente, no existe; y el tercero, solicita la privación de la patria potestad, por incumplimiento de los deberes de los padres, y la constitución de la tutela al no haber parientes (cfr. artículo 303 *in fine* del Código Civil). Luego, espera el transcurso de un año para solicitar la adopción al órgano judicial, la cual se constituye en atención al superior interés del menor.

⁵⁸⁷ En estos casos se debe esperar a la aprobación de la cuenta general, de lo contrario se prohíbe la adopción del pupilo (art. 175.3.3 CC). Cuando varios tutores soliciten la adopción, será el juez el que determine quién es el más adecuado para salvaguardar el interés del adoptando. Y en caso haya un tutor para la persona y otro para bienes, se preferirá al primero. Para OSSORIO SERRANO, «(...) si la excepción relativa a la innecesaridad de la propuesta previa se fundamenta en que con anterioridad ha existido una relación de índole personal entre adoptante y adoptado, dicha relación, por la propia dinámica de la función a cumplir por ambos, habrá sido mucho más constatable y verdadera en caso del tutor de la persona que en el de los bienes del tutelado aunque (...) siempre a salvo el superior criterio judicial» («Notas acerca de la propuesta previa de la adopción», *Actualidad Civil*, Núm. 2, 1990, p. 227).

⁵⁸⁸ Según PÉREZ OREIRO, el término tutor al que alude el artículo, no abarca ni al guardador legal ni al guardador de hecho [cfr. «Capítulo IV. La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, CARRANCHO HERRERO, María Teresa (Coord.), Universidad de Burgos, 1999, p. 182].

VALLADARES RASCÓN se muestra crítica ante esta posibilidad, aunque no descarta que el interés del adoptando es el que debe prevalecer. Para esta autora, «con este precepto (se refiere al artículo 176.2.3.^a) se abre un cauce al tráfico de niños (...). Sin embargo, es preciso tener en cuenta que lo que debe predominar, tanto en la tutela como en la adopción, es el interés de éste (vid. arts. 176.1 y 225, 234, 235, 239 y 246 Cc). Y no creo, que fuera beneficioso para el mismo que, a una edad en la que lo más probable es que no sea adoptado por otras personas, el Juez le separe de quienes considera ya sus padres y le someta a la acción protectora de la entidad pública. Incluso aunque existieran todavía posibilidades de adopción, no parece que se traduzca en beneficio del menor la separación de las personas con las que convive y mantiene relaciones de afecto, para proceder a su entrega a desconocidos. Por supuesto que el Juez podrá apreciar que dichas personas no reúnen los requisitos necesarios para cuidar adecuadamente del menor, en cuyo caso, sin necesidad de acudir al fraude de ley, podrá acordar lo que estime más conveniente en beneficio de éste. Pero, en caso contrario, el beneficio del menor debe predominar sobre el posible fraude»⁵⁸⁹.

Partiendo de la supremacía de este principio, la Audiencia Provincial de Murcia, en su auto de 31 de marzo de 2004, en el caso de adopción de un menor de 14 años que desde los pocos días de nacido ha vivido con los apelantes, señala en su Fundamento de Derecho primero: *«El auto apelado rechaza a limine la pretensión de adopción deducida por los apelante estimando que no concurre el supuesto previsto en el artículo 176.3 en que éstos se basan, conforme al cual no se requiere propuesta –de la entidad pública– cuando en el adoptando concorra, entre otras, la circunstancia de llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela durante el mismo tiempo, y es lo cierto que en el supuesto sometido a la consideración de esta alzada no existe acogimiento, ni ha sido constituida legalmente la tutela, así como que ha de evitarse y proscribirse cualquier actuación fraudulenta tendente a eludir el cumplimiento de las exigencias legales establecidas en el ámbito la protección de menores, más ha de tenerse en cuenta que la resolución de la cuestión que se suscita ha de estar guiada*

⁵⁸⁹

«La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», *op. cit.*, pp. 2061-2062.

por el principio de supremacía del beneficio e interés del menor, que ha de regir la actuación de los poderes públicos, en conjunción con las circunstancias muy concretas concurrentes en el caso a (sic) analizado, en que con el escrito inicial se aportan documentos de los que se infiere la permanencia del adoptando, que tiene 14 años de edad, desde los pocos días de su nacimiento con los apelantes, así como que éstos durante tan prolongado lapso temporal han venido atendiendo sus necesidades, poniéndose de manifiesto una situación excepcional de guarda de hecho con trascendencia pública, guarda de hecho se equipara a la tutela a los efectos del artículo 220 del Código Civil a tenor de su artículo 306, habiendo expresado su completo acuerdo el menor, exteriorizando su necesidad de consolidar su situación, en cuyo contexto analizado bajo el prisma de la protección del interés del menor no procede privar de eficacia prima facie a dicha guarda excepcional a los efectos que se interesan, máxime cuando no se han acordado medidas de control y vigilancia autorizadas por el artículo 303 del mismo Cuerpo Legal, por lo que ha de revocarse el auto apelado al efecto de que se practiquen las diligencias tendentes a corroborar las circunstancias alegadas en el escrito inicial, con los informes que se estimen pertinentes e incluso, en su caso, intervención de la entidad pública, resolviendo lo procedente en atención a su resultado».

En conclusión, se debe tener sumo cuidado al analizar estas situaciones, porque pueden encubrir un tráfico de menores. Sin embargo, a pesar de ello, si la relación con el niño es tan estrecha, parece que siempre se da prioridad al interés del menor.

III. ALGUNOS SUPUESTOS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN DERECHO COMPARADO Y EL TRATAMIENTO DE LAS SITUACIONES DE HECHO

En este apartado se examinará de modo general la intervención de la Administración y la autoridad judicial en la protección del menor en países como Francia e Italia; con el objetivo identificar su actuación frente a las situaciones fácticas objeto de esta investigación.

A. Francia: actuación administrativa y judicial en la protección de menores

En el ordenamiento francés siempre ha existido una profunda preocupación por la salvaguardia jurídica de los menores de edad⁵⁹⁰. Su sistema está estructurado en dos modelos de protección: el familiar y el institucional (administrativo y judicial⁵⁹¹). Si el niño se desarrolla en un ámbito familiar idóneo, no se pondrá en marcha la ayuda institucional, la cual solo opera (a través de una serie de medidas de prevención y protección) cuando el interés de aquél lo exija. En efecto, este interés se

⁵⁹⁰

Las leyes más importantes en el tema de protección a la infancia son, entre otras: la ley del 24 de julio de 1889 que instituyó el decaimiento de la potestad paterna como primer intento contra la autoridad soberana del padre de familia. El interés de este acontecimiento legislativo reside sobre todo en el hecho de que se trata por primera vez de instaurar un control judicial sobre la autoridad de los padres; la Ley del 19 de abril de 1898 sobre la represión de la violencia, y los ataques cometidos contra los niños prevé por su parte, por primera vez, medidas de acogimiento de niños; el Decreto Ley del 30 de octubre de 1935 contempla el acogimiento de menores que no tienen trabajo, ni domicilio, o que obtienen sus recursos de los oficios prohibidos. Instituye la vigilancia y el seguimiento educativo de los menores; los artículos 375-382 del Code Civil, modificados por la ordenanza del 1 de septiembre de 1945 organizaron: la corrección paterna; la ordenanza del 2 de febrero de 1945 sobre los menores delincuentes; la ordenanza del 23 de diciembre de 1958, modificando los artículos 375 y subsiguientes del Code Civil, define claramente las condiciones de la protección judicial de la infancia: los menores de 21 años cuya salud, seguridad, moralidad y educación están comprometidas puedan ser objeto de medidas de asistencia educativa. El artículo 375-1 del Code Civil le confiaba al juez de menores el ejercicio de esta misión; la Ley del 4 de junio de 1970 sobre la autoridad paterna que reemplaza en lo sucesivo la potestad de los padres, la asistencia educativa es objeto de un título concreto que comprende los artículos 375, 375-8 del Código Civil; la Ley de 6 de junio de 1984 sobre la infancia; la Ley de 6 de febrero de 1986 que reforma algunos aspectos relativos a la ayuda social; la Ley de 10 de julio de 1989 sobre la prevención de los malos tratos a los menores; la Ley de 5 de julio de 1996 sobre la adopción y el Código de la Acción Social y la Familia-CASF, aprobado en diciembre de 2000, que sustituye al Código de la Familia y la Ayuda Social que se creó por Decreto Núm. 56-149 de 24 de enero de 1956. Dicho Código pretende recoger todo el conjunto de prestaciones de la ayuda social. El planteamiento actual en la protección de los menores es que es imprescindible considerar su origen, sus vínculos familiares y su medio cultural, por lo que la actuación debe contemplar estos aspectos. En esta misma línea, se trata de que los niños permanezcan con sus padres, y si no es posible, al menos mantener los lazos entre los menores y sus familias; para ello, se pretende promocionar al máximo el medio familiar, con una voluntad primordialmente educativa. Se trata de implicar al máximo a los padres en la atención de los hijos para que puedan ejercer sus derechos y responsabilidades parentales, animándoles a participar en las decisiones a tomar acerca de sus hijos. Con este fin se crean centros a pequeña escala y se descentralizan los servicios. En líneas generales se plantea una gradación de las medidas que van desde la atención en el medio familiar al internamiento en centros en última instancia. Por otra parte, las circunstancias de los menores asistidos deben ser reevaluadas con regularidad y revisadas al menos una vez al año. Con fecha 7 de marzo del 2000 se crea la figura del Defensor de los Niños, como autoridad independiente, para defender y promover los derechos del menor. Finalmente, está la Ley del 5 de marzo de 2007 que reforma la protección de la infancia y la Ley del 5 de marzo de 2007 relativa a la prevención de la delincuencia.

⁵⁹¹

Confiado al Ministerio de Justicia a través del juez de menores y el fiscal.

configura como el «criterio evaluador de la función de la patria potestad (autoridad paterna francesa) y de otros medios jurídicos de protección»⁵⁹².

1. Actuación administrativa frente a una información preocupante sobre un menor

En Francia, la Ley Núm. 83-663 del 22 de julio de 1983, completando la Ley Núm. 83-8 de 7 de enero de 1983 relativa al reparto de competencias entre los municipios, los departamentos, las regiones y el Estado⁵⁹³: trasladó a los consejos generales los servicios de la asistencia social a la infancia, las acciones de protección materno-infantil, y el servicio departamental de acción social.

Al servicio de asistencia social a la infancia se le encarga la protección administrativa de los menores de la que es garante el presidente del Consejo general. Según el artículo L. 112-3 del Code de l'Action Sociale et des Familles, la protección de menores tiene por objeto: prevenir las dificultades que puedan encontrar los padres en el ejercicio de sus responsabilidades educativas; acompañar a las familias y asegurar, si llega el caso, el acogimiento total o parcial del menor. Para lograr esta finalidad, cuenta con un conjunto de intervenciones a favor de los menores y sus progenitores.

La misión del servicio de la asistencia social es: 1. Aportar un apoyo material, educativo y psicológico tanto de los menores y de su familia o de todo poseedor de la autoridad paterna, enfrentados a dificultades que pueden poner en peligro la salud, la seguridad, la moralidad de los menores o de comprometer gravemente su educación o su desarrollo físico, afectivo, intelectual y social; 2. Organizar, en los lugares donde se manifiestan riesgos de inadaptación social, acciones colectivas que pretenden prevenir la marginación y facilitar la inserción o la promoción social de los jóvenes y de las familias; 3. Llevar con urgencia acciones de protección a favor de los menores mencionados en numeral 1; 4. Satisfacer el conjunto de necesidades de los menores confiados al servicio y velar por su orientación, en colaboración con su

⁵⁹² HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, «Hacia la “contractualización” de la protección de menores en el nuevo modelo jurídico francés. El contrato de responsabilidad parental», *Derecho y familia en el siglo XXI. El Derecho de Familia ante los grandes retos del siglo XXI, El Ejido, 19-22 de febrero de 2008. Congreso Mundial de Derecho de Familia y menores*, HERRERA CAMPOS, Ramón y BARRIENTOS RUIZ, Miguel Ángel (Coords.), Universidad de Almería, 2001, p. 885.

⁵⁹³ Publicada en el Journal Officiel du 23 juillet 1983.

familia o su representante legal; 5. Llevar acciones de prevención de las situaciones de peligro con respecto a los menores y, sin perjuicio de las competencias de la autoridad judicial, organizar la recopilación y la transmisión de informaciones preocupantes; 6. Velar por que los lazos de afecto creados por el niño con otras personas sean mantenidos, incluso desarrollados, en su interés superior. Para el cumplimiento de estas funciones, y sin perjuicio de sus responsabilidades respecto a los niños que le son confiados, el servicio de la asistencia social a la infancia puede acudir a organismos públicos o privados habilitados o a personas físicas (cfr. artículo L. 221-1 del Code de l'Action Sociale et des Familles)⁵⁹⁴.

El presidente cada Consejo departamental, a través de una sección especializada⁵⁹⁵, es el encargado de la recopilación de la información preocupante (cfr. artículo L. 226-3 del Code de l'Action Sociale et des Familles), la cual se corresponde con todo elemento susceptible de dejar ver que un menor se encuentra en situación de peligro o de riesgo de peligro y pueda necesitar ayuda. Su conocimiento puede emanar de la población, los actores públicos o privados, las asociaciones o de los profesionales del Consejo general⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ Asimismo, por decisión del presidente del Consejo general, quedan a cargo del servicio de la ayuda social: 1. Los menores que no pueden quedar provisionalmente en su medio acostumbrado de vida y cuya situación requiere una acogida a tiempo completa o parcial, modulable según sus necesidades, en particular de estabilidad afectiva, así como los menores que encuentran dificultades particulares que necesitan una acogida especializada y familiar; 2. Los pupilos del Estado encargados a los servicios sociales; 3. Los menores confiados al servicio en aplicación del numeral 3 del artículo 375-3 del Código Civil, los artículos 375-5, o del numeral 4 del artículo 10 y 15 de la Ordenanza Núm. 45-174 del 2 de febrero de 1945 relativa a la infancia delincuente; 4. Las mujeres embarazadas y las madres aisladas con sus niños de menos de tres años que necesitan un apoyo material y psicológico, particularmente porque están sin domicilio .

⁵⁹⁵ Esta sección, para evitar la pérdida de la información preocupante, transmite los datos a dos observatorios: al Observatorio nacional de la infancia en Peligro y al Observatorio departamental de la protección a la infancia. Este último comprende particularmente a representantes de los servicios del Consejo departamental, de la autoridad judicial en el departamento y otros servicios del Estado, así como los representantes de todo servicio y establecimiento que participa o aporta su concurso a la protección de menores, y también representantes de las asociaciones a la protección de infancia y de la familia. Su misión es: 1. Recoger, examinar y analizar los datos relativos a la infancia en peligro en el departamento, que luego son enviados al Observatorio nacional de la infancia en peligro; 2. Ser informado sobre toda evaluación de los servicios y los establecimientos que intervienen en la protección de menores; 3. Seguir la puesta en ejecución del esquema departamental; 4. Formular propuestas y opinión sobre la puesta en ejecución de la política de protección de menores en el departamento.

⁵⁹⁶ El problema en esta materia es que la noción de peligro, de riesgo de peligro, y de maltrato, no es siempre fácil de identificar. A menudo no es objetivable por un solo hecho u observaciones aisladas, sino que se traduce por la concomitancia de varios hechos. En consecuencia, es importante compartir con otros profesionales las informaciones y las

Cuando se recoge una información se cualifica en preocupante o no. Si es preocupante, se autoriza a uno o dos profesionales para realizar una evaluación de la situación con urgencia según los casos. La valoración consiste en un análisis multiprofesional de los elementos acopiados, que podrá acabar en una gradación de decisiones: cierre sin continuación; intervención simple del servicio social; medidas administrativas de protección; la toma de posesión de la autoridad judicial.

Si la administración decide intervenir puede adoptar las siguientes acciones:

1. La ayuda a domicilio: la demanda de su adopción es hecha por los padres o el profesional con acuerdo de los padres. Es practicada por un educador (o una asistente social) del Consejo general que interviene cerca del niño y de sus padres. Su objetivo es orientar a las familias en sus responsabilidades educativas y mejorar los lazos entre padres e hijos⁵⁹⁷.
2. La ayuda de un técnico de la intervención social y familiar: su papel es preventivo, educativo, de acompañamiento y de apoyo.
3. Las ayudas financieras⁵⁹⁸: pueden ser excepcionales o mensuales⁵⁹⁹, y su objetivo es evitar que las dificultades económicas deterioren la situación familiar.
4. Ordenar la acogida provisional del menor⁶⁰⁰: su propósito es la protección del niño y buscar el restablecimiento de las competencias familiares. Salvo en los casos donde un niño es confiado al servicio por decisión judicial, ninguna medida de ésta índole puede ser superior a un año; aunque se permite su renovación por el mismo término.

Si la actuación administrativa no es posible (por fracaso de las medidas adoptadas, la negativa de la familia a la intervención, o por imposibilidad de evaluación) y el menor peligra en el sentido del artículo 375 del Code Civil, el presidente del Consejo departamental avisa sin demora al fiscal, el cual, sólo cuando adquiera la certeza que nada es posible, puede solicitar del juez de menores una

observaciones para intercambiarlas y analizarlas [cfr. AA.VV., *Protection de l'enfance et aide sociale à l'enfance (ASE)*, Comité éditorial pédagogique de l'UVMaF, <http://campus.cerimes.fr/media/campus/deploiement/campusmaieutique/UE-sante-societe-humanite/liste-1.html> (consulta: 18 de mayo de 2015)].

⁵⁹⁷ Esta ayuda también se concede a las mujeres embarazadas con dificultades médicas o sociales y financieras, cuando su salud o la del niño lo exige; a los menores emancipados y a los mayores de edad de menos de veintiún años con dificultades sociales

⁵⁹⁸ Los socorros y los subsidios mensuales de ayuda a domicilio son intrasmisibles. No obstante, a petición del beneficiario, pueden ser pagados a toda persona temporalmente encargada del niño.

⁵⁹⁹ El subsidio mensual está destinado a proveer a las necesidades de primera necesidad.

⁶⁰⁰ Sin embargo, siempre que sea posible el menor debe ser mantenido en su entorno familiar.

medida judicial⁶⁰¹, lo que no significa su inmediata adopción porque la autoridad judicial está obligada a investigar nuevamente si la intervención no es de competencia del Consejo general o de otro servicio de prevención (educación nacional, salud, etc.)⁶⁰².

2. Actuación judicial: asistencia educativa, delegación de facultades paternas y tutela

a. Asistencia educativa

El juez puede ordenar una medida de asistencia educativa *ex* artículo 375 del Code Civil a instancia de los padres, o de uno de ellos, de la persona o del servicio al que el niño ha sido confiado o del tutor, del propio menor o del Ministerio Público cuando la salud, la seguridad o la moralidad de un menor no emancipado peligran⁶⁰³, o si las condiciones de su educación o de su desarrollo físico, afectivo, intelectual y social son gravemente comprometidas.

La asistencia educativa consiste, como su nombre lo indica, en aportar una ayuda a los padres con el fin de terminar el peligro al que exponen al niño no ejerciendo, o ejecutando mal, su autoridad. Las diferentes medidas que el juez puede ordenar deben tender hacia la restauración de la autoridad paterna; debe trabajar con los progenitores y siempre esforzarse por defender la adhesión de la familia⁶⁰⁴. En fin, debe privilegiar el mantenimiento del niño en su núcleo biológico y, si hay que

⁶⁰¹ La actuación judicial es subsidiaria.

⁶⁰² No es raro que familias o individuos u organismos que no conocen bien las posibilidades de intervención del ASE directamente se dirijan al tribunal, sin saber si la institución judicial es el servicio competente para responder a la demanda formulada. El juez debe entonces explicar que no tiene por misión poner en ejecución un apoyo social a las familias. Si son los padres quienes hicieron la solicitud al tribunal, y si están de acuerdo en ponerse en contacto con el ASE, paralelamente informada sobre su requerimiento de apoyo por el juez, el magistrado puede considerar que hay desistimiento de la demanda de intervención y clasificar el expediente sin decisión. En cambio, si la decisión de devolución hacia el ASE parece justificada después de una demanda del fiscal, un juicio de sobreseimiento motivado, después de audición de los interesados, es jurídicamente indispensable para que los recursos eventuales puedan ser ejercidos (cfr. HUYETTE, Michel, DESLOGES, Philippe y otros, *Guide de la protection judiciaire de l'enfant*, Dunod, Paris, p. 87).

⁶⁰³ La noción de peligro ha sido fuertemente criticada por la doctrina francesa porque es imprecisa e insuficiente. Al respecto, *vid.* HUYETTE, Michel, DESLOGES, Philippe y otros, *Guide de la protection judiciaire de l'enfant, op. cit.*, pp. 78-83.

⁶⁰⁴ Cfr. art. 375-1 CCF.

retirarlo de éste, de preferencia se debe seleccionar al otro padre, a un miembro de la familia, o a un tercero digno de confianza⁶⁰⁵.

Esta medida judicial no tiene como objetivo privar a los padres de sus derechos sobre sus niños, sino controlar el modo de ejercerlos. Los progenitores conservan su autoridad paterna sobre el menor, y ejercen todos los atributos que no son incompatibles con aquélla. Por otro lado, son limitadas en el tiempo; deben acabarse tan pronto como cesa el peligro que corre el niño y, si son confiadas a un servicio o una institución, son limitadas a dos años, renovables. Sin embargo, parece que la naturaleza temporal de esta medida ha sido olvidada: muchas veces los niños colocados por una decisión de asistencia educativa jamás pueden regresar a su casa y quedan, sin embargo, con la ilusión de una posible vida familiar⁶⁰⁶.

Con la reforma de la asistencia educativa por la Ley del 5 de marzo de 2007, se abandona la idea de una asistencia educativa clásica (retorno del menor a su hogar) cuando los padres estén en la imposibilidad de ejercer prolongadamente toda o parte de su autoridad. En consecuencia, al lado de dicha asistencia, el legislador facilita en lo sucesivo el encargo de los menores a los servicios de la asistencia social a la infancia dejando a un lado a los padres⁶⁰⁷.

El artículo 375-7 del Code Civil precisa que los padres beneficiados con una asistencia educativa «*continúan ejerciendo todos los atributos de la autoridad paterna que no son irreconciliables con esta medida*». En efecto, cuando sea necesario confiar al niño a una persona o a un establecimiento, los padres conservan solo un derecho de visita y de alojamiento que puede ser suspendido si el interés del niño le exige⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ Cfr. art. 375-3 CCF. *Vid.* Cass. 1re civile du 30 octobre 2006.

⁶⁰⁶ *Vid.* BERGER, Maurice, *L'échec de la protection de l'enfance*, Dunod, Paris, 2003.

⁶⁰⁷ Cfr. art. 375-3 CCF. Según HERAS HERNÁNDEZ parece que en este tema del acogimiento «el legislador no hubiera escatimado esfuerzos ni imaginación para establecer un sistema alternativo de acogimientos “a la carta”, es decir, personalizados, individualizados y dispuestos a hacer frente a cualquier eventualidad en la que pudiera verse envuelto el menor, siempre bajo el principio del necesario e imprescindible mantenimiento de los vínculos afectivos familiares en la medida en que ello fuera posible y conciliable con el beneficio del menor, potenciándose los derechos de visita en lugares neutrales o designados judicialmente a tales efectos, o en presencia de terceros que garanticen la seguridad del menor» («Hacia la “contractualización” de la protección de menores en el nuevo modelo jurídico francés. El contrato de responsabilidad parental», *op. cit.*, p. 888). Se ha pensado en todo, pero de una manera confusa.

⁶⁰⁸ Además, de acuerdo al interés del menor, el juez puede decidir que el derecho de visita puede ser ejercido solo en presencia de un tercero, designado por el establecimiento o servicio al

Por su parte, el artículo 375, apartado 4, prevé que «*cuando los padres presentan dificultades relacionales y educativas graves, severas y crónicas, evaluadas como tales en el estado actual de los conocimientos, afectando duraderamente sus competencias en el ejercicio de su responsabilidad paterna, una medida de acogida ejercida por un servicio o una institución puede ser ordenada para una duración superior, con el fin de permitirle al niño gozar de una continuidad relacional, afectiva y geográfica en su lugar de vida*». Asimismo, el juez puede excepcionalmente, en todos los casos donde el interés del niño lo justifica, facultar a los terceros a realizar actos que en principio requieren consentimiento de los padres en caso de negativa injustificada o de negligencia de éstos, siempre que se pruebe la necesidad de la acción (cfr. artículo 375-7, apartado 2, del Code Civil).

La asistencia educativa muchas veces se confunde con la delegación impuesta de la facultad paterna del artículo 377, apartado 2, del Code Civil cuando se refiere a los padres señalados en el artículo 375, apartado 4. Estos sujetos, que a menudo sufren de trastornos psiquiátricos que afectan largamente sus competencias paternas, están en la imposibilidad ejercer todo o parte de su autoridad. Bajo la apariencia de una asistencia educativa, la medida impuesta y administrada por el juez de menores en realidad consiste en privar el ejercicio de esa autoridad para atribuírsela a los que se ocupan del niño al que conviene proteger. Por tanto, no se trata de una medida de ayuda y de restauración de la función paterna, sino de una delegación que no quiere decir su nombre. Los niños son confiados, generalmente hasta su mayoría de edad, a los servicios sociales, los cuales pueden efectuar todos los actos ordinarios y, bajo el control del juez de menores, los actos extraordinarios. Los padres perdieron todo poder de decisión; conservan solo un derecho de visita y de alojamiento, que puede ser suspendido.

b. La delegación de la autoridad paterna

En Francia, al igual que en España e Italia, la autoridad paterna tiene carácter funcional: se ejercita siempre en provecho del menor⁶⁰⁹. En efecto, su titularidad de

que el niño ha sido confiado; así como, el anonimato del lugar de acogida y la prohibición de salida del territorio del niño (cfr. art. 375-7 CCF).

⁶⁰⁹ Art. 371.1 CCF: «*L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son*

ningún modo es susceptible de delegación porque reviste un carácter de orden público⁶¹⁰. La doctrina francesa se había situado hace ya tiempo en esa línea. Para JOSSEMAND, dicha autoridad constituye una de las bases de la familia y es parte integrante del estado de las personas, por lo que no puede ser ampliada ni reducida por voluntad de los interesados y, sobre todo no puede ser objeto de una abdicación por parte del padre⁶¹¹.

Sin embargo, el ejercicio de la autoridad paterna, vía judicial⁶¹², puede encomendarse a otra persona. A este fenómeno se le denomina delegación, que consiste en una técnica jurídica donde un sujeto confía a otro el ejercicio de unos poderes en su lugar.

La Ley de 24 de julio de 1889⁶¹³, primer texto que organizó la protección de los niños maltratados y abandonados, trató de forma inédita la delegación del poder paterno. Ésta tenía el potencial de proteger al niño con o sin el consentimiento de sus padres. Se otorgaban, en todo o en parte, los derechos paternos a la asistencia pública y al establecimiento que tenía la guarda del menor.

La delegación de la autoridad paterna, que organizan los artículos 377, 377-1, 377-2 y 377-3 del Code Civil, difiere considerablemente de la institución creada por norma reseñada. La Ley Núm. 70-459 del 4 de junio de 1970⁶¹⁴, sobre la autoridad paterna, introdujo la delegación en el Code Civil, reservándole la sección III, en el capítulo relativo a la autoridad de los padres. Este lugar –entre la sección II que organiza la asistencia educativa y la sección IV relativa a la retirada de autoridad

éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.

⁶¹⁰ Art. 376 CCF: «Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous».

⁶¹¹ Cfr. *Cours de droit civil positif français: conforme aux programmes officiels des facultés de droit*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932, p. 537.

⁶¹² El art. 376-1 CCF prescribe que el juez de los asuntos familiares puede, cuando es llamado a pronunciarse sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad o sobre la educación de un menor o cuando decide confiarlo a un tercero, tomar en consideración los pactos que el padre y la madre pudieron libremente concluir entre ellos. En consecuencia, estos convenios solo tienen valor si son confirmados por la autoridad judicial en atención al interés del niño (la voluntad de los padres no le vincula). En su evaluación puede tener en cuenta el hecho de que los padres no respetaron el trato cuando no tenía valor. Por ejemplo, para exonerar la obligación de alimentos, el juez se apoya en el convenio no homologado por el cual el padre le delegó su autoridad a la madre comprometiéndose en pagar una pensión alimenticia mensual en provecho de los niños, pacto que jamás respetó. *Vid.* CA Bordeaux du 20 septembre 1995.

⁶¹³ Publicada en el Journal Officiel du 25 juillet 1889.

⁶¹⁴ Publicada en el Journal Officiel du 5 juin 1970.

paterna— revelaba su naturaleza intermedia: el respeto de la voluntad de los padres. Posteriormente, las nuevas disposiciones vinculadas a la adopción —introducidas en el Code Civil (cfr. artículo 350) y en el Code de l'Action Sociale et des Familles (cfr. artículo L. 224-8)— organizaron una puesta en ejecución indirecta de la delegación de la autoridad paterna.

De este panorama se infiere que el Code Civil instaura dos tipos de delegación: una directa y otra indirecta.

La delegación directa comprende dos casos: de una parte, la voluntaria, solicitada por los padres delegantes quienes ejercen un derecho propio; y de otra, la impuesta, a petición de un tercero (cfr. artículo 377, apartado 2, del Code Civil).

Por su lado, la delegación indirecta, no contiene ninguna referencia a la voluntad paterna. Reposa solo en la consideración tomada de **situaciones de hecho**: la indiferencia manifiesta de los padres y la toma del cuidado del menor⁶¹⁵. Es consecuencia de la declaración judicial *ex* artículo 350 del Code Civil: «(...) *lorsqu'il déclare l'enfant abandonné, le tribunal délègue par la même décision les droits d'autorité parentale sur l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance, à l'établissement ou au particulier qui recueilli l'enfant ou à qui ce dernier a été confié*»; y del artículo L. 224-8 del Code de l'Action Sociale et des Familles: la orden del Presidente del Consejo General que pronuncia la admisión de un niño en calidad de pupilo del Estado, puede ser objeto de un recurso de anulación ante el juez de primera instancia por una persona que pide hacerse cargo del menor. Si esta solicitud se juzga conforme con interés del menor, la autoridad judicial anula la orden y puede delegarle los derechos de la autoridad paterna al solicitante (cfr. artículo L. 224-8, V).

1) La delegación directa

Esta delegación corresponde a las dos hipótesis organizadas por el artículo 377 del Code Civil. Se trata de un lado, de la delegación voluntaria fundada sobre el acuerdo entre uno o los dos padres delegantes y un tercero delegado (apartado 1) y, por otro, de la delegación impuesta a los padres por iniciativa del tercero que acogió al menor (apartado 2). Estos supuestos presentan unas notas comunes: se aplica a

⁶¹⁵ Esta delegación, así como la delegación impuesta, se presenta como medida de protección del niño.

todo menor de edad sometido a la autoridad paterna, y siempre se debe llamar a los padres a la instancia⁶¹⁶.

a' A petición de los padres

Los progenitores pueden presentar dos tipos de solicitud de delegación: la delegación *strictu sensu*, que traslada al delegado el ejercicio de la autoridad paterna (cfr. artículo 377 del Code Civil, apartado 1), o la delegación compartida, que les permite conservar parte de ese ejercicio (cfr. artículo 377-1 del Code Civil).

Esta demanda debe respetar dos condiciones. De una parte, hace falta una solicitud expresa de los padres que ejercen la autoridad paterna; y por otra, justificar su pedido de delegación por circunstancias particulares que la hacen necesaria. La apreciación de este carácter al ser una cuestión de hecho depende de la valoración judicial. En consecuencia, se puede rechazar el requerimiento considerando que no existe motivo suficiente para aceptar la delegación⁶¹⁷.

Respecto a la elección del delegado, el artículo 377 del Code Civil se refiere a cuatro tipos de delegado: miembro de la familia, uno próximo digno de confianza, un establecimiento dedicado al acogimiento de menores y al servicio departamental de asistencia social de la infancia.

Cuando el futuro delegado es una persona física, la norma señala que padre y madre pueden escoger a un «miembro de la familia» o a «uno próximo digno de confianza». Esta última expresión es imprecisa. A menudo se piensa que se trata de un pariente, pero no es el caso porque a éstos ya se les refiere expresamente. Hay que ver si en el uso de la locución existe la posibilidad de escoger como delegado a una persona ajena a la familia. No obstante, no puede ser cualquier extraño sino que hace falta que entre el delegante y delegado exista un vínculo de hecho, resultado de relaciones continuas, de un intercambio afectivo o de una proximidad geográfica.

En la parquedad de las normas, los adjetivos utilizados para definir al delegado toman un cierto relieve y merecen atención. Se trata del adjetivo «digno de confianza» aplicado sobre el próximo y el adjetivo numérico «uno» aplicado sobre el delegado. De una parte, si padre y madre escogen en lugar de un miembro de la

⁶¹⁶ Esta última característica no solo implica que los padres deben ser oídos, sino que también tienen la posibilidad de oponerse a la solicitud del tercero y hacer valer sus derechos.

⁶¹⁷ *Vid.* TGI Versailles, JAF, du 6 avril 2004. Este tribunal consideró que la separación de los padres no era razón suficiente para delegar su autoridad.

familia, uno próximo, éste debe «ser digno de confianza». Esta cualidad es una cuestión de hecho, que puede ser probada por cualquier medio y se deja a la consideración del juez. El delegado escogido goza a partir de este momento de una presunción favorable. Por otra parte, la ley se refiere solo a un tercero, no obstante esta unidad no impide que se autorice el nombramiento solicitado para varios delegados (generalmente esposos). Una revisión de la práctica jurisprudencial revela que la delegación es a menudo pedida y concedida a una pareja, abuelos por ejemplo⁶¹⁸.

b' A instancia de un tercero

El artículo 377, apartado 2, del Code Civil organiza el caso de delegación impuesta a los padres. Ésta se deja a iniciativa del «*individuo, el establecimiento o el servicio departamental de la asistencia social a la infancia que acogió al menor*». En esta hipótesis, el solicitante es un tercero, pero no uno cualquiera: el legislador admite la posibilidad de hacerse delegar la autoridad paterna a una persona física o jurídica, que previamente acogió al niño y que lo tiene a cargo al momento de solicitar la delegación. Pero esta delegación solo es posible por el comportamiento de los padres: indiferencia manifiesta o imposibilidad de ejercer toda o parte de su autoridad.

La Ley Núm. 2002-305 de 4 de marzo de 2002⁶¹⁹, relativa a la autoridad paterna, abandonó, cuando se trata de la delegación impuesta, toda referencia a la voluntad de los padres. La redacción anterior del artículo imponía –para la delegación forzosa como para la delegación convencional– la entrega del niño por sus padres al delegado, gesto inicial que fundamentaba la voluntad en la delegación. El legislador reemplazó la entrega por el acogimiento en atención a la evolución jurisprudencial. La norma vigente se refiere expresamente al demandante que «*acogió al niño*»; toda referencia a la voluntad tácita de los padres es excluida en lo sucesivo. En efecto, la solicitud de delegación de las facultades paternas la puede presentar el que ha sido elegido por los padres, o quien tiene al menor por una instancia anterior o por iniciativa propia. El acogimiento del niño es suficiente para conferirle el interés y la calidad necesaria que se requiere.

⁶¹⁸ Vid. CA Lyon du 1 mars 1994.

⁶¹⁹ Publicada en el Journal Officiel du 5 mars 2002.

La justificación del requerimiento es el comportamiento de los padres. El precepto limita la delegación impuesta al «*caso de indiferencia manifiesta o si los padres están en la imposibilidad de ejercer en todo o parte la autoridad paterna*». El demandante debe demostrar que el niño al que acogió se encuentra en una de estas dos situaciones.

La condición de indiferencia no es nueva, ya se habían referido a ella otros textos antes de la reforma. Sin embargo, el antiguo artículo 377 imponía una duración mínima de un año de indiferencia antes de poder presentar la demanda. Actualmente, el legislador mantiene el mismo criterio pero renuncia a la duración; además, exige que la indiferencia presente un carácter de gravedad (que sea manifiesta)⁶²⁰, y que exista al momento de la presentación de la solicitud de delegación.

A veces la indiferencia se revela desde el nacimiento del niño⁶²¹; en otro momento es más reciente y el juez insiste siempre en una ausencia de toda relación. Esta situación negativa tiene a menudo como punto de partida la muerte de uno de los padres; a partir de entonces, el niño es confiado a un miembro de la familia⁶²². Cuando hay relaciones eventuales, las autoridades judiciales las analizan minuciosamente para apreciar la importancia del interés de los padres. La simple negativa a la delegación no constituye un signo de interés suficiente⁶²³.

Este tipo de delegación está para sancionar una indiferencia voluntaria. Si bien esta característica no figura en el texto ha sido impuesta por la jurisprudencia.

⁶²⁰ Un solo criterio funda hoy dos acciones disímiles. El art. 350 CCF, a partir de la misma exigencia de indiferencia manifiesta, autoriza una declaración judicial de abandono que hace al menor adoptable (cfr. art. 347 CCF). Esta condición de los artículos 350 y 377, apartado 2, es objeto de una apreciación judicial idéntica. No obstante, la duración de la indiferencia permanece como requisito para la aplicación del art. 350 mientras que desapareció para la delegación: parece que cada vez que la cuestión de la adopción no es adecuada para el niño abandonado, se debe preferir la delegación de autoridad paterna porque se puede aplicar más rápido.

⁶²¹ *Vid.* CA Pau du 7 juin 1994.

⁶²² *Vid.* CA Agen du 29 novembre 2007. En un caso, la autoridad parental es delegada a la abuela paterna que cuida de hecho al niño desde la muerte de su padre mientras que su madre, en dos años, no mantuvo ninguna relación con él (*vid.* CA Paris du 12 octobre 1990 y CA Bourges du 19 octobre 1993). Lo mismo, a propósito de un padre que trabaja en España, vive en Portugal y no se desplazó a Francia para ver a su hija, confiada por su mujer a los abuelos maternos antes de fallecer (*vid.* CA Rouen 27 octobre 2005).

⁶²³ De este modo, el Tribunal de Apelación de Rennes toma en cuenta las visitas que dos hermanas, Aline y Estelle, recibieron de sus padres, es decir cinco en dos años; el tercer año que precede la presentación de la demanda solo hubo un contacto (una llamada telefónica de la madre a Estelle) (*vid.* CA Rennes du 3 novembre 1997).

En consecuencia, no hay indiferencia cuando el guardador de hecho pone obstáculos a las relaciones del niño con sus padres haciendo de éstas imposibles⁶²⁴. La exigencia de voluntariedad permite tener en cuenta dificultades personales de los padres, enfermedad psiquiátrica o discapacidades. Por tanto, la prueba de que una madre presenta una discapacidad que le impide demostrar afecto a su hija; y, sin embargo, desea mantener los contactos y ejercer su derecho de visita, fundamenta la desestimación de la demanda porque su indiferencia no es voluntaria⁶²⁵.

Por otro lado, la imposibilidad de ejercer en todo o parte la autoridad paterna como causa para solicitar la delegación, es una fórmula imprecisa y flexible. Esta circunstancia se refiere a todo obstáculo, de hecho o de derecho, que impide a los titulares de la autoridad paterna desarrollarla como deberían. Las dificultades fácticas son las más numerosas. Pueden impedir un ejercicio normal de la autoridad paterna la enfermedad, el encarcelamiento, dificultades materiales, etc. También se contemplan obstáculos jurídicos, tales como lo dispuesto en artículo 373 del Code Civil⁶²⁶.

Esta condición es completamente original, porque permite aceptar la delegación para un comportamiento que es inimputable, en discrepancia con la indiferencia que solo puede ser voluntaria. Del mismo modo, el artículo 377, apartado 2, del Code Civil no exige una imposibilidad total de ejercer la autoridad paterna; basta una dificultad parcial para justificar la delegación. Por ejemplo, la imposibilidad de hacer frente a las necesidades alimentarias del niño (cfr. art. 371-2 del Code Civil), a la cual se añade la negativa constante de la madre de autorizar una ayuda, constituye una «imposibilidad de ejercer la autoridad paterna» suficiente para admitir la delegación⁶²⁷. La imposibilidad puede resultar, incluso, de la pobreza de los padres o de su estado mental⁶²⁸. En consecuencia, el tercero demandante no

⁶²⁴ Vid. CA Paris du 5 juillet 1968.

⁶²⁵ Vid. CA Amiens du 13 mars 2008.

⁶²⁶ Art. 373 CCF: «*Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause*».

⁶²⁷ Vid. CA Chambéry du 27 janvier 2004.

⁶²⁸ Para apartar esta aplicación objetiva, habría hecho falta que el Tribunal Supremo impusiera, en silencio de la ley, un enfoque subjetivo como lo había hecho para la indiferencia, exigiendo que la imposibilidad sea voluntaria (cfr. NEIRINCK, Claire, *Droits de l'enfant et pauvreté*, Dalloz, Paris, 2010, p. 131).

tendría que probar el carácter voluntario del comportamiento inadecuado, ni las circunstancias de cómo fueron acogidos los menores⁶²⁹.

La imposibilidad de ejercer la autoridad paterna presenta una cierta analogía con la situación comprendida en el artículo 373 del Code Civil, que despoja del ejercicio de la autoridad paterna al padre que no puede manifestar su voluntad «*debido a su incapacidad, a su ausencia o a otra causa*». Esta privación automática y provisional de la norma, puede ser confirmada y perpetuada por una demanda de delegación de la autoridad paterna. A más, en aplicación del artículo 390 del Code Civil, una tutela puede ser abierta en este caso⁶³⁰. En consecuencia, la delegación impuesta puede constituir una alternativa a la tutela⁶³¹.

2) La delegación indirecta

Esta delegación es consecuencia de una decisión judicial obtenida en el marco de una declaración de abandono (cfr. artículo 350, apartado 5, del Code Civil), o de un recurso de anulación de la orden del Presidente de Consejo General que admite a un niño como pupilo del Estado (cfr. artículo L. 224-8 del Code de l'Action Sociale et des Familles).

a' La declaración judicial de abandono

Una decisión judicial principal que comprueba el desinterés manifiesto de los padres, tiene como consecuencia indirecta la delegación de la autoridad paterna en provecho del tercero que tiene a cargo al niño. Responde a la sola necesidad de conferirle al delegado los derechos que le permitan suplir el descuido de los padres.

La declaración judicial de abandono es un procedimiento organizado por el artículo 350, apartado 5, del Code Civil, que figura en el lugar de las disposiciones relativas a la adopción. Tiene como finalidad hacer al niño directamente adoptable,

⁶²⁹ Una manifestación de la falta de prueba lo expone el Tribunal de Apelación de Basse Terre que concedió a una pareja –que había acogido y reconocido falsamente a unas gemelas supuestamente nacidas bajo X haciendo emitir por el médico un certificado falso– la delegación que solicitaban [vid. CONTIS, Maïalen, «Une atteinte à la filiation: quand la réalité juridique rejoint la fiction», *La Revue d'Action Juridique & Sociale. Journal du Droit des Jeunes*, Núm. 229, 2003, pp. 13-18, <http://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2003-9-page-13.htm> (consulta: 6 de febrero de 2016)].

⁶³⁰ Art. 390 CCF: «*La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale (...)*».

⁶³¹ No obstante, la sola apertura de la tutela cierra la posibilidad de una delegación (vid. CA Pau du 20 mai 1996).

sin pasar por el consentimiento de sus padres (cfr. artículo 347 del Code Civil). Pero, a la espera de la adopción eventual, hay que ocuparse del menor.

Aquella norma se refiere a un «niño». Ninguna condición de edad limita su aplicación. El menor al que alude este texto debe, como en el caso del artículo 377 del Code Civil, ser menor y sometido a la autoridad paterna. Sin embargo, se puede observar que la adopción plena se dirige solo a los menores de menos de 15 años (cfr. artículo 345 del Code Civil)⁶³².

Luego, el texto precisa que el niño debe «*ser acogido*». La expresión es absolutamente idéntica a la contenida al artículo 377, apartado 2, del Code Civil; se trata de la misma noción. Por su parte, la jurisprudencia precisó que los niños acogidos, *ex* artículo 350 del Code Civil, eran aquéllos entre los que un tercero tiene a cargo de hecho o de derecho. En efecto, el supuesto del niño acogido por una decisión de asistencia educativa no es excluido del beneficio de la norma⁶³³.

Seguidamente, la norma comentada apunta expresamente: «*acogido por un individuo, un establecimiento o un servicio de la asistencia social a la infancia*». Sobre este punto, la enumeración es estrictamente idéntica a la del apartado 2 del artículo 377. El demandante debe tener al niño a su cargo y es esta responsabilidad la que le confiere la calidad para actuar⁶³⁴.

Cuando el solicitante es un «establecimiento», el artículo 350 del Code Civil no contiene ninguna exigencia de habilitación. Sin embargo, debido a la finalidad de la declaración de abandono, se considera que si esta persona jurídica no tiene la calidad de organismo autorizado para la adopción no tiene interés, ni calidad, para actuar bajo este fundamento. Una demanda de delegación directa de la autoridad paterna sería más oportuna. Diferente es el caso de los servicios de la asistencia social a la infancia que son los principales usuarios esta norma. La revisión obligatoria anual de la situación de todo niño que les es confiado, debe dar lugar a la elaboración de un informe (cfr. artículo L. 223-5 Code de l'Action Sociales et des Familles). Del mismo modo, la Ley Núm. 2007-293 de 5 de marzo de 2007, relativa

⁶³² Además, la adopción de los mayores de edad, salvo se trate del hijo del cónyuge, no se presenta con asiduidad.

⁶³³ *Vid.* Cass. 1re civile ou 18 décembre 1978.

⁶³⁴ *Vid.* Cass. 1re civile ou 4 janvier 1978.

a la protección de menores⁶³⁵, impone al servicio de la Aide Sociale à l'Enfance-ASE, transmitir este informe anual a la autoridad judicial cuando el niño le ha sido confiado a título de la asistencia educativa. De esta forma, la situación de indiferencia puede ser detectada rápidamente.

Distinta es la hipótesis del demandante particular. La jurisprudencia excluye del beneficio del artículo 350 del Code Civil a los miembros de la familia. Cuando éstos recogen al niño y presentan una demanda de declaración judicial de abandono, los jueces aplican el apartado 4 del artículo 350, en virtud del cual «*el abandono no es declarado si, (...), un miembro de la familia pidió asumir la carga del niño*»⁶³⁶. En cambio, la delegación de la autoridad paterna sí puede ser concedida en este caso⁶³⁷.

El artículo 350 describe con precisión, en sus apartados 2 y 3, los aspectos de la indiferencia: «*Sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs. La simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles ou l'intention exprimée mais non suivie d'effets de reprendre l'enfant n'est pas une marque d'intérêt suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon*». Los términos empleados son disímiles, pero la doctrina es unánime en considerar que esta indiferencia y la del artículo 377 del Code Civil aluden a lo mismo.

La duración de dichos comportamientos constituye una condición esencial para la declaración judicial de abandono; debe durar por lo menos un año antes de la presentación de la demanda y existir en ese momento. Sobre este punto una discrepancia queda con la delegación impuesta del artículo 377, apartado 2, la cual no exige un tiempo determinado. Esto parece justificado, porque delegar la autoridad paterna y asegurar el cuidado de un menor es una cosa; y hacerlo adoptable – finalidad del artículo 350 del Code Civil– es otra, infinitamente más grave porque el destino familiar del niño puede ser modificado. Es normal que el legislador se

⁶³⁵ Publicada en el Journal Officiel du 6 mars 2007

⁶³⁶ Vid. Cass. Ire civile ou 24 mars de 1987. No obstante esta restricción no es absoluta (vid. CA Paris du 8 octobre 1985).

⁶³⁷ La jurisprudencia ofrece numerosos ejemplos de delegación otorgada a los abuelos que recogieron a su nieto; pero la solicitud debe ser expresa; de lo contrario no se concede a pesar de existir una demanda de declaración de abandono (vid. CA Montpellier du 1 octobre 1989).

muestre más exigente en este caso e imponga una indiferencia más significativa y duradera.

Podemos preguntarnos, sin embargo, si el demandante puede escoger libremente entre la delegación de la autoridad paterna del artículo 377 y la declaración judicial de abandono. Aunque el artículo 350 del Code Civil indica que: «(...) la demanda de declaración judicial de abandono debe ser obligatoriamente transmitida por el individuo, el establecimiento o el servicio de la asistencia social a la infancia que recogió al niño al vencimiento del plazo de un año (...)», esta disposición es solo un consejo legal privado de sanción en caso de incumplimiento. Así, la misma situación de hecho –la acogida de un niño de quien los padres se desinteresan desde hace un año por lo menos– autoriza al demandante a ejercer una elección. Sin embargo, existe una preeminencia consagrada a la declaración judicial de abandono sobre la delegación, porque le otorga al menor la posibilidad de insertarse en un ambiente familiar de modo definitivo⁶³⁸.

La indiferencia en la declaración de abandono parece que debe ser voluntaria. En el silencio del texto, los tribunales siempre privilegiaron esta nota⁶³⁹.

Finalmente, el artículo 350 prevé expresamente, en su apartado 4, que el juez tenga en cuenta el interés cuando haya una intervención familiar en supuestos de abandono. Aparte de esta intervención parece que el precepto no impone tenerlo en cuenta. La redacción actual del apartado 1 del artículo 350 –«el niño (...) del que los padres manifiestamente se desinteresaron (...) es declarado en abandono por el tribunal»– sugiere optar por la declaración de abandono solo con la indiferencia manifiesta⁶⁴⁰. Sin embargo, la autoridad judicial siempre tiende, ante el silencio del texto, a privilegiar el interés del niño⁶⁴¹. Esta posición es conforme, de una parte, con el espíritu que mueve todos los procedimientos de protección de menores; y, de otra, con artículo 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989⁶⁴².

⁶³⁸ Cfr. LÉOTOING, Marion, «L'adoption des enfants délaissés fait débat», *Travail Social Actualité*, Núm. 2, 2009, p. 11.

⁶³⁹ *Vid.* Cass. 1re civile du 23 octobre 1973 y Cass. 1re civile du 8 décembre 1998.

⁶⁴⁰ Para una mayor comprensión del asunto, *vid.* BONFILS, Philippe y GOUTTENOIRE, Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, Paris, 2009.

⁶⁴¹ *Vid.* CA Nancy du 15 décembre 1997.

⁶⁴² Art. 3 CDN: «Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo»

b' Recurso organizado por el artículo L. 224-8 del Code de l'Action Sociale et des Familles

La Ley Núm. 84-422 de 6 de junio de 1984⁶⁴³, relativa a los derechos de las familias en relación con los servicios encargados de la protección de la familia y de la infancia y al nuevo estatuto de los pupilos del Estado, creó un nuevo caso de delegación de la autoridad paterna. Este texto, que corresponde hoy al artículo L. 224-8 del Code de l'Action Sociale et des Familles, autoriza «a los padres del niño, en ausencia de una declaración judicial de abandono o de una retirada total de la autoridad paterna», a discutir la orden de admisión del niño en calidad de pupilo del Estado adoptada por el Presidente del Consejo General.

Aunque se trate de un recurso anulación de una decisión administrativa, éste no se presenta en esa sede, sino que su competencia es exclusiva del juez de primera instancia. Este carácter civil es justificado por dos razones. Primera: la admisión de un niño como pupilo del Estado tiene como consecuencia hacerlo adoptable. En efecto, la competencia del juez permite reunir el proceso de adopción en una jurisdicción única. Segunda: no se ataca la legalidad del acto, sino solo a la oportunidad.

Con este medio se intenta demostrar que otra situación, diferente a la condición de pupilo del Estado, se corresponde mejor con el interés del niño.

Tienen autoridad para ejercerlo: los padres del menor, donde no haya un declaración judicial de abandono o una retirada total de su autoridad; los miembros de la familia del niño; el padre biológico; los miembros de la familia del padre o la madre biológica; o toda persona que haya asegurado su guarda de hecho o de derecho. Esta categoría de demandantes revela el pragmatismo que domina el asunto. Toda persona puede actuar, a condición de probar por cualquier medio que entre ella y el niño existe un vínculo, sea de hecho o de derecho, de afecto; y de querer asumir la carga del niño.

El menor debe cumplir las condiciones requeridas para ser considerado como pupilo del Estado (cfr. artículo L. 224-4 del Code de l'Action Sociale et des Familles) y estar colocado con vistas a su adopción: con filiación desconocida o no establecida; sin familia y recogido por el servicio de la asistencia social a la

⁶⁴³ Publicada en el Journal Officiel du 7 juin 1984.

infancia⁶⁴⁴; filiación establecida pero entregado por los padres al servicio de la asistencia social consintiendo su adopción; con padres privados de la autoridad paterna y confiados al servicio de la asistencia social (cfr. artículo 380 de Code Civil); declarado en abandono y confiado a la asistencia social. En todos estos casos, la condición de pupilo del Estado introduce al menor en la categoría de adoptable.

La posibilidad de un recurso gravita en la idea de que la adopción seguramente no es la situación más conveniente, desde que entre las personas cercanas al niño hay alguien que desea ocuparse de él. El juzgado de primera instancia anula la orden solo si «considera la demanda conforme con el interés del menor». Para apreciarlo, debe investigar y sopesar las ventajas proporcionadas al niño por el estatuto de pupilo del Estado, y las que resultan del ofrecimiento del familiar. Si decide confiar al niño al solicitante puede: entregarlo para la apertura de una tutela, o «delegar los derechos de la autoridad paterna» (alternativa a la primera); siempre en atención al beneficio del menor. En caso de rechazo al recurso (cuando no se ofrecen las garantías suficientes), el tribunal puede, no obstante, tener en cuenta el vínculo afectivo y conceder un derecho de visita.

3) Efectos de la delegación

El Code Civil es poco elocuente acerca de las consecuencias de la delegación. La norma es imprecisa. Las disposiciones legales que la organizan no toman en consideración el modo de ejercicio de la autoridad paterna, total o parcial, ni la situación del niño (encargado por sus padres o abandono). No valora tampoco el origen de la delegación, directa o indirecta. Estos diferentes aspectos conducen a afirmar que la delegación tiene consecuencias variables.

La norma civil precisa únicamente, de manera completamente explícita, en los artículos 377 y 377-1, que la delegación puede ser total o parcial, siempre modulable.

Para determinar los derechos del delegado en una delegación total, hay que ir al contenido de la autoridad paterna. Ésta institución está conformada por prerrogativas excepcionales –consentir el matrimonio del menor (cfr. artículo 148 del Code Civil), derecho a pedir su emancipación (cfr. artículo 413-2 del Code Civil) y

⁶⁴⁴ En efecto, la protección al niño es «un deber de las familias y de la colectividad pública» (cfr. art. 394 CCF).

el derecho a consentir su adopción (cfr. artículo 348 y 347, 1º del Code Civil)– a las cuales se añade «*un conjunto de derechos y de deberes que tienen como finalidad el interés del niño*» y sirven para «*protegerlo en su seguridad, su salud y su moralidad, para asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona*» (cfr. artículo 371-1 del Code Civil). Teniendo en cuenta que la única reserva es el consentimiento a la adopción (cfr. artículo 377-3 del Code Civil), el delegado beneficiario de una delegación total es investido de todas las demás prerrogativas.

La delegación le corresponde a los padres –en caso de delegación convencional– o al juez –en caso de delegación impuesta–, quienes en el proceso deben especificar los derechos que se delegan. A falta de precisión, hay que suponer que la delegación es total, donde el poder de decisión sobre la persona del niño es totalmente confiado al delegado. Éste decide, por ejemplo, que cuidados darle, sobre sus relaciones, sus actividades, su educación escolar y también religiosa.

El artículo 1200 del Code de Procédure Civile, que invita al juez de la asistencia educativa, y a los que participan en la realización de esta medida, a tener en cuenta las convicciones religiosas y filosóficas del menor y de su familia, no es aplicable a la delegación de la autoridad paterna. El delegado es totalmente libre de elegir de acuerdo el interés del niño. La extensión y la fuerza de sus derechos son justificadas, porque la afectación a los derechos de los padres es más significativa que en una asistencia educativa. En ésta, el tercero al que se confía al niño, debe respetar el ejercicio de la autoridad paterna conservado por los padres (cfr. artículo 375-7 del Code Civil). Lo mismo sucede cuando el menor es confiado por el juez en caso de separación de hecho o divorcio de los padres (cfr. artículos 373-3 y 373-4 del Code Civil): la autoridad paterna es ejercida por los padres, los terceros solo pueden desarrollar «*los actos ordinarios relativos a su vigilancia y a su educación*». No tienen ningún poder jurídico de decisión sobre el menor⁶⁴⁵. Por otro lado, la delegación impuesta a petición de un tercero es menos respetuosa de la voluntad de los padres (cfr. artículo 401 del Code Civil), lo que es justificado por el desinterés manifiesto de éstos.

⁶⁴⁵ Vid. CA Bordeaux du 25 juin 1997.

Si los derechos conferidos al delegado por una delegación total son delimitados fácilmente, no sucede lo mismo con la delegación parcial. En la medida en que la Ley del 4 de marzo de 2002 se negó a detallar la autoridad paterna, y suprimió los atributos que la componían –derechos de guarda, de vigilancia y educativos–, es difícil conocer con precisión la extensión de una delegación parcial, excepto si se realiza en un procedimiento donde se enumeran las decisiones confiadas al delegado y las que conservan los padres. Generalmente la jurisprudencia acepta que se trata de una delegación parcial cuando se ha concedido un derecho de visita a los padres. Sin embargo, esto es jurídicamente discutible; porque el derecho de visita es totalmente separado del ejercicio de la autoridad paterna: puede ser concedido al padre que es titular (cfr. artículo 375-7 del Code Civil) como a un tercero que no tiene ningún derecho sobre el niño (cfr. artículo 371-4 del Code Civil).

El juez, en el proceso, puede determinar que la delegación tenga un alcance disímil para cada niño de la misma familia, lo que les deja a los padres un poder diferente sobre cada uno. En efecto, siempre con arreglo al interés del menor, la autoridad judicial puede realizar una división de la delegación –total o parcial– modulándola según la situación particular de los hijos⁶⁴⁶.

Este carácter modulable se afirma hasta cuando se trata de delegaciones indirectas, pronunciadas como consecuencia de una declaración judicial de abandono o de la anulación de la orden de admisión del menor como pupilo del Estado. Sin embargo, esta posición no tiene justificación. Ni el artículo 350 del Code Civil, ni el artículo L. 224-8 del Code de l'Action Sociale et des Familles sugieren la delegación parcial. Estos casos especiales son posteriores a la organización de la delegación de Derecho común. Obedecen a otra lógica –asegurar el futuro del menor– frente a la indiferencia de los padres. Parece poco coherente admitir una delegación parcial de la autoridad paterna, en la cual los padres conservarían ciertas prerrogativas de las que, previsiblemente, no harán ningún uso. El estatuto de pupilo del Estado consiste en una tutela particular en la cual el pupilo depende totalmente de la Administración

⁶⁴⁶ Por ejemplo, puede pronunciar una delegación total para la hija mayor que se niega a mantener contacto con sus padres, y una delegación parcial para la hija menor que conserva mejores relaciones y no desea una ruptura total con su familia (*vid.* CA Rennes du 3 novembre 1997).

pública, y no tiene ninguna relación educativa o afectiva con sus padres. El tribunal que anula la orden de admisión como pupilo del Estado, tiene la elección de confiar al menor al solicitante de la anulación, con la condición de requerir la apertura de una tutela o de delegarle la autoridad paterna. En ambas hipótesis los padres son totalmente apartados. Más ilógico es admitir una delegación parcial, cuando existe una declaración de abandono que vuelve adoptable al menor. No se debe permitir que los padres conserven el ejercicio parcial de su autoridad, cuando se verificó que la indiferencia era voluntaria y permanente.

En otro extremo, se entiende que la delegación se refiere solo al ejercicio de la autoridad paterna y no a su titularidad (cfr. apartados 1 y 2 del artículo 377 y 377-1 del Code Civil). Esta posición está conforme no solo con las normas, sino que con los principios que la gobiernan. El artículo 376 del Code Civil recuerda que la autoridad paterna es de orden público: sus titulares no pueden desistir de su titularidad. En consecuencia, la delegación directa no tiene incidencia sobre la administración legal. El poder de representar al niño y de administrar sus bienes no le corresponde al delegado. La institución marca así su diferencia con la privación de la autoridad paterna.

No obstante, no se puede ignorar que, desde la ley del 4 de marzo de 2002, la delegación organizada sobre el fundamento del apartado 2 del artículo 377 no está fundada más sobre la voluntad tácita de los padres, sino sobre su comportamiento comprobado por el juez. Las hipótesis de delegación impuesta parecen muy próximas a la delegación indirecta.

La lógica de los hechos y el silencio de los textos, imponen suponer que la delegación emitida en aplicación de los artículos 377, apartado 2, y 350 del Code Civil y artículo L. 224-8 del Code de l'Action Sociale et des Familles, son de otro alcance y aceptan la administración legal en provecho del delegado.

A pesar de una doctrina unánime que asimila todos los casos de delegación; los supuestos de delegación indirecta no aluden al ejercicio de la autoridad paterna. Evocan, al contrario, la delegación del derecho mismo. De esta forma, el artículo 350, apartado 5, precisa que «*el tribunal delega por la misma decisión los derechos de autoridad de los padres*». En términos similares, el apartado 2 del artículo L. 224-

8 del Code de l'Action Sociale et des Familles establece: «*el tribunal le otorga los derechos de la autoridad paterna*».

La letra de los textos permite afirmar que solo la delegación directa sugiere la transmisión del ejercicio del derecho; y que la delegación indirecta se refiere al derecho mismo. En consecuencia, el delegado es designado como titular de la autoridad paterna y ejerce la administración legal. Esta interpretación se hace teniendo en cuenta el interés del menor. De una parte, sería totalmente ilógico e ilusorio confiarle la representación del niño a un padre judicialmente privado, debido a su comportamiento, de la autoridad paterna; y por otra, el artículo L. 224-8 del Code de l'Action Sociale et des Familles, al referirse a la delegación o la apertura de una tutela, demuestra que el menor está en una situación donde no tiene más un representante legal.

Es más delicado afirmar, contra la letra del texto, que la delegación impuesta, también conlleva el derecho de la administración legal. Sin embargo, la situación de abandono del niño es idéntica a las evocadas arriba. Si se entiende que esta delegación supone solo el ejercicio de la autoridad paterna desembocamos en un callejón sin salida⁶⁴⁷.

4) **Relación entre la delegación de la autoridad paterna y la adopción**

La delegación de la autoridad paterna no se parece al vínculo de filiación. Los padres conservan expresamente el derecho a consentir la adopción del menor (cfr. artículo 377-3 del Code Civil). En principio, la delegación no debe servir de trampolín para llegar a la adopción y el consentimiento dado por los progenitores no puede ser asimilado a una voluntad deliberada de abandono⁶⁴⁸.

Si esta posición es indiscutible en derecho interno francés, parece menos evidente cuando se trata de una técnica de derecho internacional. Algunos

⁶⁴⁷ Por ejemplo, la imposibilidad de ejercer la autoridad paterna, permite proveer el encargo de niños cuyos padres padecen una enfermedad mental. Si la delegación únicamente se refiere en el ejercicio de la autoridad paterna, estos menores serían privados de representante legal y no tendrían acceso al mundo del Derecho; tal situación es, jurídicamente, inaceptable (cfr. BRUGGEMAN, Maryline, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002, p. 432).

⁶⁴⁸ Se prohíbe recurrir a la declaración de abandono para alcanzar la adopción (*vid.* CA Aix-en-Provence du 5 mars 1997). Además, la puesta en ejecución del artículo 350, apartado 4, por un miembro de la familia jamás puede transformarse en un proyecto de la adopción.

ordenamientos lo tienen claro porque su derecho interno prohíbe la adopción; pero en otros casos no sucede lo mismo.

Los niños originarios de países musulmanes no pueden ser adoptados, al prohibir el Derecho musulmán esta institución⁶⁴⁹. Pueden ser confiados, en cambio, a un tercero a título de kafala, encargo material y educativo de un niño. En derecho francés el kafala es asimilado, desde hace tiempo, a la delegación de la autoridad paterna⁶⁵⁰. Lo mismo ocurre en cuanto a «la adopción-protección» pronunciada por una jurisdicción maliense. Ésta es ineficaz sobre la filiación de origen y equivale a la delegación de la autoridad paterna⁶⁵¹.

Sin embargo, la delegación es percibida como un paso previo a la adopción cuando el delegado se encuentra investido de la autoridad paterna y tiene la impresión –falsa– de ser asimilado a un padre. Con el tiempo, puede desear hacer al niño que le es confiado un hijo y crear un lazo de filiación. Esta relación entre delegación y adopción es admitida en el caso muy particular del niño polinesio, «el niño fa “a” amu»⁶⁵². La costumbre ancestral de entregar al menor, realizada con la perspectiva de crear o de reforzar lazos entre los que «dan» «al niño fa “a” amu» y los que lo reciben, se ha considerado como creadora de grupo de niños recién nacidos adoptables por los ciudadanos franceses. El artículo 348-5 del Code Civil, que

⁶⁴⁹ «Prohibición que encuentra sus orígenes en el Corán (versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII) y que responde a la idea de que el vínculo jurídico de la filiación solo puede tener orígenes biológicos (v. en este sentido, el art. 142 Código de Familia marroquí y el art. 46 Código de Familia argelino), considerándose, en consecuencia nula la adopción (v. en este sentido, el art. 149 Código de Familia marroquí)» [DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico («kafala»)», *Diario La Ley*, Núm. 7393, Sección Doctrina, 2010, Año XXXI, <http://diariolaley.laley.es/>, (consulta: 8 de febrero de 2016)].

⁶⁵⁰ *Vid.* CA Dijon du 26 juillet 1994 y CA Agen du 6 mars 1997; CA Dijon du 16 décembre 2004 y Cass. Ire civile du 8 mars 2005. Para un mayor conocimiento del tema, *vid.* SCHULZ, Marianne y DOUBLEIN, Corinne, *Droit et pratique de l'adoption*, Berger-Levrault, Paris, 2013, pp. 224-231.

⁶⁵¹ *Vid.* CA Montpellier du 20 février 2007.

⁶⁵² *Vid.* LEBLIC, Isabelle, «Adoções tradicionais kanak e ma'ohi versus adoções internacionais. Duas atitudes diante da mundialização», *Scripta Nova*, Núm. 395, 2012, <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-395/sn-395-7.htm> (consulta: 8 de febrero de 2016). La expresión «fa “a” amu» significa «para comer». «L'enfant fa'a'amu est l'enfant adopté, en Polynésie, par une famille d'adoption ou famille fa'a'amu. La mère biologique, ou les parents biologiques, sont appelés Fanau. Ces qualificatifs désignent officiellement l'adoption, qui n'est ni tue, ni occultée. Par contre, ce qui concerne l'aspect mercantile reste un arrangement entre les deux familles, qui trouvent accord, en règle générale, avant la naissance de l'enfant. L'enfant abandonné est confié par jugement à la famille adoptante ; pendant deux années, la famille d'origine peut revenir sur sa décision, et ce n'est qu'au terme de ce laps de temps que l'adoption plénière devient possible» (Mission de l'Adoption Internationale, Ministère des Affaires Étrangères).

impone la entrega previa al servicio de la asistencia social a la infancia, o al organismo autorizado para la adopción de todo niño menor de dos años para el cual los padres consienten en la adopción, es aplicable en los territorios de ultramar. Sin embargo, el Code de l'Action Social et des Familles no es adaptable en virtud de la autonomía reconocida a esas áreas: no existe allí ninguna estructura análoga al servicio de la asistencia social a la infancia de Francia. Resulta de eso que la nulidad del consentimiento a la adopción para un niño recién nacido, dado directamente por la familia de origen a la futura familia adoptiva, es privada de efecto.

También una práctica similar se instaura por quien crea una delegación voluntaria (*ex* artículo 377, apartado 1, del Code Civil) en favor del futuro adoptante como primera etapa de la adopción. La delegación es vivida por sus protagonistas como la «adopción diferida». Pero la distorsión que existe entre la situación de derecho, que resulta del proceso de delegación, y la situación de hecho buscada, vuelve a esta práctica condenable y peligrosa.

Este procedimiento en primer lugar es nocivo para el niño, tratado como adoptable cuando no lo es. Sus padres no pueden consentir directamente su adopción a favor del delegado antes de su segundo año (cfr. artículo 348-5 del Code Civil). En segundo lugar, es desfavorable para los padres biológicos que son a menudo engañados creyendo que con la entrega del niño crean una relación amistosa, mientras que la otra parte a menudo busca después la adopción. En respuesta a sus dudas a dar posteriormente el consentimiento a la adopción, los delegados/adoptantes no vacilan en pedir o una declaración judicial de abandono, o en defender el carácter abusivo de su negativa (cfr. artículo 348-6 del Code Civil). Indirectamente la delegación pesa sobre su consentimiento para la adopción. De otro lado, es perjudicial para el delegado, que está convencido que el procedimiento de delegación corresponde a uno de adopción. Sin embargo, la delegación interesa solo a los derechos de la autoridad paterna y los padres siempre pueden pedir la restitución de sus derechos.

Finalmente, la delegación total a favor de los parientes puede incitar al delegado a presentar una demanda de adopción, cuando los padres del niño se desentienden de él. Se trata, la mayoría de las veces, de la adopción intrafamiliar. Los tribunales generalmente no admiten esto. A menudo consideran que la

delegación es suficiente y conforme con interés del niño⁶⁵³. Otra cosa es que la adopción concierne a niños hechos mayores que consienten su adopción por los abuelos, antiguos delegados que los criaron desde su nacimiento⁶⁵⁴.

c. La tutela de menores

El menor de 18 años está, en principio, bajo la autoridad de sus padres, designados como sus representantes legales. Estos le representan en todos los actos de la vida civil, salvo en los casos donde la ley o los usos le autorizan a actuar solo (cfr. artículo 389-3, apartado 1, del Code Civil). Gestionan sus bienes bajo el régimen de la administración legal pura y simple. Cuando el niño se queda sin padres, ya sea porque ambos han fallecido o han sido privados del ejercicio de la autoridad paterna, la tutela se abre automáticamente (cfr. artículo 390 del Code Civil)⁶⁵⁵.

Los órganos de esta institución son: el juez, el consejo de familia, el tutor y el protutor.

La misión confiada al juez consiste en vigilar al tutor y a los miembros del consejo de familia a los que designó. Preside sus reuniones, convoca a las partes, les pide todos los detalles necesarios y tiene voto dirimente en caso empate.

El consejo de familia representa el órgano esencial de la tutela. Su papel es reafirmado por la ley del 5 de marzo de 2007, abordado en primer lugar en los textos (cfr. artículo 398 del Code Civil). Le corresponde el nombramiento órganos individuales, que son el tutor y el protutor. Comprende por lo menos a cuatro miembros designados por el juez (cfr. artículo 399, apartado 1, del Code Civil). Se cuenta al tutor y al protutor. Para componer el consejo, son escogidos padres y parientes de éstos tanto en la línea paterna como en la materna, pero el juez también puede elegir a toda persona que manifieste un interés por el menor (cfr. artículo 399, apartado 3, del Code Civil).

⁶⁵³ Por ejemplo, la adopción simple es negada a la abuela materna (delegada), porque, aunque el afecto de los interesados es seguro y los padres se han desinteresado del niño, el espíritu de la adopción es crear un vínculo de parentesco entre dos personas que no tienen ningún lazo de sangre (*vid.* CA Toulouse du 18 décembre 2007).

⁶⁵⁴ *Vid.* CA Aix-en-Provence du 3 mars 2005.

⁶⁵⁵ Para un mayor análisis del asunto, *vid.*: DELRIEU, Sabrina y ZALEWSKI, Vivien, *Droit des mineurs et des majeurs protégés*, Ellipses, Paris, 2010; BONFILS, Philippe y GOUTTENOIRE, Adeline, *Droit des mineurs*, *op. cit.* y MASSIP, Jacques, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois-Lextenso, Paris, 2009.

Para funcionar, es presidido por el juez de tutelas y las deliberaciones son adoptadas por mayoría simple de los votos expresados. Es llamado a reunirse en varios casos: a petición del juez, por dos de sus miembros (por lo menos), por el tutor o del protutor. El menor puede convocarlo si tiene más de dieciséis años, incluso menos si es capaz de discernimiento, salvo decisión contraria especialmente motivada por el juez. Una convocatoria debe ser dirigida por lo menos con ocho días de anticipación a la celebración de la reunión (cfr. artículo 1234-1 del Code de Procédure Civil). El consejo puede deliberar solo si están presentes al menos la mitad de sus miembros (cfr. artículo 1234-3 del Code de Procédure Civil). Previamente a la reunión, el juez procede a la audición del menor capaz de discernimiento (cfr. artículo 1236 del Code de Procédure Civil).

Las decisiones tomadas deben ser motivadas y son ejecutorias. Pueden ser objeto de una acción en nulidad, presentada ante el juzgado de primera instancia, cuando han sido producidas con dolo o fraude, o cuando no se cumple con las formalidades sustanciales (cfr. artículo 402 del Code Civil). Pueden actuar el tutor, el protutor, los demás miembros del consejo de familia y el fiscal en los dos años siguientes a la deliberación. El menor también puede interponer la acción en el mismo plazo a partir de su mayoría de edad o emancipación.

Respecto al tutor, existen dos maneras de designarlo: la tutela testamentaria (que tiene preferencia) y tutela dativa. Si conservó el ejercicio de la autoridad paterna, el último que muere de los padres puede designar al tutor, pariente o no, del menor (cfr. artículo 403 del Code Civil). Para hacerlo, debe redactar un testamento o hacer una declaración especial delante de notario. Esta elección se impone al consejo de familia (salvo ineptitud o incapacidad). A falta de tutela testamentaria, el tutor es designado por el consejo de familia (cfr. artículo 404 del Code Civil). En esta tutela dativa, se nombra a la persona considerada más apta para cumplir la función de tutor (no necesariamente debe ser familiar del menor). Si llega el caso, el consejo puede designar a varios tutores, por ejemplo uno para la persona y otro para los bienes, incluso varios en materia de gestión. El tutor es designado para la duración de la tutela y se trata de un cargo gratuito y personal que no puede transmitirse a los herederos. Es el encargado de ocuparse de la persona del menor y de representarle en todos los actos de la vida civil.

Según SALVAGE-GEREST, la reforma de 2007 debía haber sido la ocasión de extender claramente el campo de la tutela «testamentaria». En efecto, debería ser posible para un padre que sabía que corría peligro (particularmente por razón de enfermedad o privación del ejercicio de la autoridad paterna) escoger a quién desempeñe eventualmente la función de tutor de su hijo, en aplicación de los artículos 373 y 390, apartado 1, del Code Civil. No obstante, literalmente, la ley no lo permite ya que la elección del tutor es reservada para el padre que conservó, al día de su defunción, día de la apertura de la tutela, el ejercicio de la autoridad paterna (cfr. artículo 403 del Code Civil)⁶⁵⁶.

Por otro lado, el protutor es nombrado por el consejo de familia (cfr. artículo 409 del Code Civile) con el fin de vigilar el ejercicio de la misión tutelar (cfr. artículo 410 del Code Civile). Debe informar el juez de toda falta que verifique. Por eso es consultado ante todo acto importante que realice el tutor. Es el encargado de representar al menor cuando sus intereses están en oposición con los de aquél.

Finalmente, un supuesto de especial interés para este tema de investigación es que, si bien el legislador ha previsto los casos de apertura de la tutela de pleno derecho, el juez de menores también puede intervenir colocando al menor bajo esta institución si considera necesario organizar una medida de protección. La autoridad judicial puede decidir abrir una tutela (de oficio, o a instancia de los padres o allegados, o del Ministerio Público) si aprecia circunstancias que ponen en peligro a la persona o bienes del niño. Asimismo, un tercero puede solicitar al juez de los asuntos familiares la apertura de una tutela, a menos que éste ya lo hubiera previsto expresamente como una obligación (cfr. artículo 373-4 del Code Civil). Recordemos que excepcionalmente, y si el interés del niño lo exige, éste puede ser confiado a un tercero por el juez de los asuntos familiares (cfr. artículo 373-3 del Code Civil).

B. Protección jurídica del menor en Italia

En el ordenamiento jurídico italiano no existe una norma que contenga de modo claro los derechos del menor ni los principios que rigen la actuación de los entes estatales en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Sin

⁶⁵⁶ Cfr. «Minorité. Généralités sur les cas d'ouverture des différents régimes de protection», *JurisClasseur. Notarial Répertoire*, fasc. 1, 2015, <http://www.lexisnexis.fr> (consulta: 1 de febrero de 2016).

embargo, se debe reconocer que la Ley de 4 de mayo de 1983⁶⁵⁷, en el artículo 1.3, recoge un régimen de prevención y ayuda estatal para familias necesitadas, aunque de modo muy escueto. En realidad, son las normas especiales de naturaleza asistencial las que desarrollan las medidas de apoyo en caso de dificultad⁶⁵⁸.

Cuando la prevención y asistencia estatal no cumple con el objetivo de proporcionar al menor las mejores condiciones en su ámbito familiar, se disponen medidas de separación como el acogimiento o la adopción (*ultima ratio*⁶⁵⁹).

⁶⁵⁷ Publicada en la Gazzetta Ufficiale 17 maggio 1983, n. 133.

⁶⁵⁸ De este modo, se debe tener en cuenta el Decreto del presidente della repubblica 24 luglio 1977, n. 616, que transfirió parte de las funciones asistenciales del Estado a los entes locales (entre ellas se encuentran las operaciones favor de los menores sujetos a medidas judiciales, de competencia civil o administrativa –cfr. art. 23–): art. 17 «*Sono trasferite alle regioni le funzioni amministrative dello Stato e degli enti di cui all'art. 1 nelle materie "polizia locale urbana e rurale", "beneficenza pubblica", "assistenza sanitaria ed ospedaliera", "istruzione artigiana e professionale", "assistenza scolastica", "musei e biblioteche di enti locali", come attinenti ai servizi sociali della popolazione di ciascuna regione*». Esta transferencia de funciones a los entes locales se completó con el Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, cuyo objeto fue el *Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*. Por otro parte, la Legge 28 agosto 1997, n. 285, que contiene las *Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza*, instituye, bajo la Presidencia del Consejo de Ministros, un fondo nacional para la infancia y la adolescencia, «*finalizzato alla realizzazione di interventi a livello nazionale, regionale e locale per favorire la promozione dei diritti, la qualità della vita, lo sviluppo, la realizzazione individuale e la socializzazione dell'infanzia e dell'adolescenza, privilegiando l'ambiente ad esse più confacente ovvero la famiglia naturale, adottiva o affidataria, in attuazione dei principi della Convenzione sui diritti del fanciullo resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176, e degli articoli 1 e 5 della legge 5 febbraio 1992, n. 104*». Para acceder a este fondo, los gobiernos locales incluidos en las zonas de intervención, con la participación de las autoridades educativas, centros de justicia juvenil y centros de salud locales, aprobarán planes territoriales de actuación de una duración de hasta tres años, articulados en proyectos inmediatamente ejecutivos, así como su plan económico y la previsión de su cobertura financiera. Del mismo modo, las autoridades locales aseguran la participación de las organizaciones sin ánimo de lucro de utilidad social en la definición de los planes de intervención. Estos son transmitidos a las regiones, que prevén la aprobación y promulgación de la resolución pertinente de la financiación de las participaciones del fondo, dentro de los límites de disponibilidad asignado a cada área geográfica (Sobre los requisitos de acceso al fondo nacional, *vid.* CASCIANO, Gian Franco, «Diritto alla propria famiglia e affidamento familiare: i rischi di una involuzione», *Minori Giustizia*, 1999, Núm. 1, p. 64 y GIOVANNI, Manera, «L’Affidamento familiare: disciplina attuale e prospettive di riforma», *Diritto della famiglia e delle persone*, 1996, Núm. 1, p. 235). Posteriormente, la Legge 8 novembre 2000, n. 328, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, está orientada a asegurar las personas y familias un sistema integrado de intervenciones y servicios sociales, promoviendo medidas para garantizar la calidad de vida, la igualdad de oportunidades, la no discriminación y los derechos de los ciudadanos, prevenir, eliminar o reducir las condiciones de discapacidad, necesidad y la angustia individual y familiar, que surge de ingresos inadecuados, dificultad social y las condiciones de no autonomía (cfr. artículo 1.1); todo subordinado al presupuesto de los entes locales.

⁶⁵⁹ Según DOGLIOTTI, se debe acudir a la adopción una vez agotados todos los intentos para que el menor se reintegre a su familia de origen. Refiere que «Dopo i primi anni di generale consenso ed entusiasmo per l'adozione, che si riteneva avrebbe eliminato

1. *Affidamento familiare*

La Ley de 4 de mayo de 1983, en el artículo 1.1, recoge el principio de integración y reintegración familiar bajo la forma de un derecho⁶⁶⁰; el cual no significa que el menor deba crecer y ser educado por y solo la familia de origen, sino que tiene derecho a ella (sea biológica u otra en su defecto) y a vivir en la posición de hijo con relativa estabilidad⁶⁶¹.

Asimismo, disciplina el acogimiento del menor⁶⁶² (quedando derogadas las normas anteriores⁶⁶³, salvo el artículo 403 del Codice Civile⁶⁶⁴) como aquel

l'istituzionalizzazione e risolto ogni problema dei minori, subentrò talora una posizione di cautela, talora una vera e propria sfiducia nei confronti dell'istituto: adozione vista addirittura come strumento classista che toglie i fanciulli da famiglie disagiate (che, con una politica programmata di intervento dei servizi sociali, avrebbero potuto superare le loro difficoltà) per darli a famiglie facoltose, pronte ad accoglierli. En tali affermazioni vi era molto di polemico ed esagerato, ma è indubbio che talora le adozioni siano state disposte da qualche tribunale monoreli con troppa facilità; di qui l'affermazione del diritto del fanciullo ad essere educato nella propria famiglia, come impegno dell'amministrazione ad approntare tutti gli strumenti necessari perchè il diritto possa esercitarsi in concreto, ma anche della magistratura ad interpretarne le norme della l. n. 184 (e di qualsiasi altra eventuale disciplina relativa al minore) nel senso di favorire fin dove possibile la permanenza del fanciullo stesso nella sua famiglia (...)) («Affidamento e adozione», *Tratatto di diritto civile e commerciale*, CICU, Antonio y MESSINEO, Francesco (a cura), t. 3, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1990, p. 34).

⁶⁶⁰ Art. 1 de la Ley de 1983: «*Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia*». En el ordenamiento italiano, no es común que una ley contenga derechos, pero la importancia de la materia lo impone [cfr. DOGLIOTTI, Massimo, «Affidamento e adozione», *op. cit.*, p. 33]. Para profundizar acerca de este derecho, *vid.* BESSONE, Mario, MONTUSCHI, Luigi y otros, «Rapporti etico-sociali: art. 29-34», *Commentario della costituzione*, BRANCA, Giuseppe (a cura), Zanichelli, Bologna, 1976, p. 128; MAZZA GALANTI, Francesco, «I diritti dei minori e la Costituzione», *Diritto di famiglia e delle persone*, vol. 7, 1978, p. 680; BUSNELLI, Francesco Donato, «Osservazioni sul progetto unificato di riforma dell'adozione», *Diritto di famiglia e delle persone*, vol. 11, 1982, p. 1405; MANERA, Giovanni, *L'adozione e l'affidamento familiare. Commento alla Legge 4 maggio 1983, N. 184*, Jovene, Napoli, 1983, p. 4 y LEDDA, Gianfranca, THOMAS, Roberto y BRUNO, Maurizio, *Le adozioni*, Buffetti, Roma, 1989, p. 6.

⁶⁶¹ *Vid.* ROSSI CARLEO, Liliana, «L'affidamento e le adozioni», *Trattato di Diritto Privato*, 4, RESCIGNO, Pietro (Dir.), UTET, Torino, 1986, p. 244.

⁶⁶² En Italia, los acogimientos se pueden clasificar en tres tipos: administrativo, privado y judicial. El acogimiento administrativo es dispuesto por el servicio social. Por su parte, el privado se deduce del art. 9.4 de la Ley de 1983: «*Chiunque, non essendo parente entro il quarto grado, accoglie stabilmente nella propria abitazione un minore, qualora l'accoglienza si protragga per un periodo superiore a sei mesi, deve, trascorso tale periodo, darne segnalazione al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni. L'omissione della segnalazione può comportare l'inidoneità ad ottenere affidamenti familiari o adottivi e l'incapacità all'ufficio tutelare*». Finalmente, acogimiento judicial aparece en varias normas del ordenamiento civil italiano. El Tribunal de Menores, declarando la privación de la patria potestad (cfr. art. 330 CCI) o adoptando las medidas más oportunas en caso de comportamiento perjudicial de los progenitores (cfr. art. 333 CCI), puede prescribir el abandono de la residencia familiar y tal vez disponer el acogimiento a terceros, y asimismo puede proveer «en caso de urgente necesidad» que se excluya a los padres de la potestad en interés de los hijos y también en esta situación frecuentemente, dispondrá el acogimiento. Por otro lado, en las investigaciones sobre el estado de abandono, el Tribunal de Menores puede

instrumento de protección del menor que actúa **frente a la privación temporal de un ambiente familiar idóneo.**

Para decidir sobre el tipo de acogimiento se establece un estricto orden de preferencia. En primer lugar, una familia con hijos menores; seguida, por una sin hijos menores; luego por una sola persona; después por una comunidad de tipo familiar; y, por último, el acogimiento en instituciones (cfr. artículo 2, numeral 1 y 2 de la Ley de 1983).

El servicio local es el encargado de disponer el acogimiento del menor⁶⁶⁵; previo consentimiento de los padres titulares de la patria potestad, o del tutor, que

emitir «todas las medidas oportunas para la protección del menor», incluyendo la suspensión de la potestad y el nombramiento de un tutor (cfr. art. 10 de la ley de 1983). Es práctica frecuente que el juez disponga el acogimiento provisorio del menor a una pareja idónea para la adopción, así que tal acogimiento podrá transformarse eventualmente en acogimiento preadoptivo. También el juez tutelar, deliberando (cfr. art. 371 CCI) «sobre el lugar donde el menor debe ser llevado», elige la persona bajo la cual el niño debe vivir y ser educado. El juez de la separación (y el de la nulidad del matrimonio) puede, por graves motivos, dar en acogimiento al menor a terceros o a un instituto de educación *ex art.* 2 de la ley de 1983. Por último, en el ámbito de la competencia administrativa, el Tribunal de Menores frente a un menor irregular por conducta o carácter puede disponer su alejamiento de la casa paterna y en tal caso indicar el lugar en el cual debe vivir y la persona o el ente que se vaya a encargar de su mantenimiento y educación. Sobre este punto *vid.* Cass. 20 ottobre 1982.

⁶⁶³ En principio este tipo de acogimiento se encontraba previsto en el artículo 404 del Código Civil Italiano y atribuía al instituto de asistencia pública el poder dar en acogimiento al menor institucionalizado a una persona de confianza, reclamando por este lado una ley especial en materia asistencial. En consecuencia, numerosas normas eran las que regulaban, de modo parcial y fragmentario, este acogimiento. El Decreto legislativo de 4 de agosto de 1918, n. 1395, subordinaba el ejercicio del cuidador a una autorización especial y también preveía que «todo niño acogido por un cuidador sea previsto de certificado médico». El Real Decreto de 24 de diciembre de 1934, n. 2316, texto único de la Ley sobre la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia, disponía una vigilancia sobre los niños «colocados (...) bajo nodrizas y cuidadores»; y el Reglamento del Texto Único (Real Decreto de 15 de abril de 1926, n. 718) proveía la colocación «en familia» de los menores de doce años de edad «materialmente o moralmente abandonados»; para los niños ilegítimos o expuestos al abandono (Real Decreto Ley 8 de mayo de 1927, n. 798), a las provincias les correspondía una serie de intervenciones, incluyendo el colocamiento externo; el artículo 403 del Código Civil, que reproduce con alguna variante el contenido del artículo 21 del Texto Único indicado, dispone en caso de urgencia que el menor, moralmente o materialmente abandonado o que sea encontrado en lugares insalubres o peligrosos o que está al cuidado de una persona que por negligencia, inmoralidad, ignorancia o por otras circunstancias no pueda proveerle educación, sea colocado en un lugar seguro por parte de la autoridad pública. Para mayor amplitud, *vid.* CANNONE, Andrea, *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Cacucci, Bari, 2000, pp. 17-47.

⁶⁶⁴ Para DOGLIOTTI la medida urgente de colocar a un menor en un lugar seguro debe ser informada rápidamente a la autoridad judicial, quien dispondrá, si se reúnen los requisitos, el acogimiento previsto en la Ley de 1983 («Affidamento e adozione», *op. cit.*, p. 44).

⁶⁶⁵ En la doctrina italiana se considera que esta expresión es un tanto ambigua, y es la primera vez que aparece en un texto legislativo. De lo que no hay duda es que se trata de una actividad pública, porque esta función tan amplia y penetrante no se corresponde bien con la actividad privada. Para DOGLIOTTI, el legislador ha hecho bien en adoptar un término

mantienen su representación legal. Esta anuencia no requiere una forma particular, pero teniendo en cuenta que los acogedores deben ser escuchados e informados y atendiendo al principio general de transparencia que debe regular las relaciones entre la administración y el ciudadano, parece oportuno que el consenso se manifieste por escrito. Su falta (por negativa o imposibilidad) será sustituida por el Tribunal de Menores que aplicará la normativa del Codice Civile (cfr. artículo 330 y siguientes)⁶⁶⁶. De este modo, se entiende que se pueden pactar delegaciones donde solo haga falta la intervención del servicio local como intermediario y el decreto del juez para ejecutarlo.

Este instituto se caracteriza por su temporalidad. Cuando se adopta la medida, debe indicarse el tiempo de duración y que el acogedor se compromete a apoyar la reinserción del menor en su familia de origen. El artículo 4.4, establece un término máximo de veinticuatro meses; plazo que puede ser prorrogado siempre y cuando su suspensión sea perjudicial para el menor⁶⁶⁷. En realidad, creo que este límite es aparente porque en todo caso el acogimiento podría prorrogarse cuantas veces se estime conveniente; no obstante algunos autores consideran que para no caer en una

omnicomprensivo porque existe una división compleja en cuanto a la materia asistencial que es difícil determinar *a priori* («Affidamento e adozione», *op. cit.*, pp. 53-54»). Sobre la competencia del servicio local y la disposición del acogimiento, *vid.* MANERA, Giovanni, *L'adozione e l'affidamento familiare: commento alle legge 4 maggio 1983, n. 184, op. cit.*, p. 29 y MORO, Alfredo Carlo, «Il significato della l. n. 184 del 1983 nell'attuale contesto socio-familiare», AA.VV., *Affidamento e adozione. Le famiglie nel territorio. Atti del 3° seminario di studio promosso dall'Ufficio Famiglia dell'Azione Cattolica*, Ave, Roma, 1983, p. 67.

⁶⁶⁶ Lo dispuesto en éste artículo se considera una elección correcta de parte del legislador, porque si se provee en contra de la voluntad de los progenitores, incidiendo sobre la patria potestad y las relaciones con el menor, es indispensable la garantía de una intervención directa de la autoridad judicial. La situación está en que no se determina en qué consiste esta intervención. Para DOGLIOTTI, la evaluación del Tribunal debe ser más general: nuevamente un control de legitimidad. Un examen sobre la razón de la falta de consentimiento de los progenitores: idoneidad de los acogedores, regulación de parte del servicio, etc. No obstante, si el Tribunal entendiend infundada la negativa retornaría el caso al servicio local para que provea: el juez elimina el obstáculo y se hace efectivo lo dispuesto por el servicio. Naturalmente, por otro lado, el Tribunal de Menores podría convencerse que la situación de abandono o de idoneidad del ambiente familiar no es temporal y en este caso adoptaría las medidas más convenientes («Affidamento e adozione», *op. cit.*, p. 62).

⁶⁶⁷ Artículo modificado por la Ley de 28 de marzo de 2001, n. 149. Antes del 2001, no se había previsto una duración del acogimiento. Por esta razón la doctrina estudiaba constantemente este asunto, llegando a concluir que el límite máximo dependía del caso concreto. Por ejemplo, para CIRAOLO el acogimiento es una figura que dura, lo que perdure la temporal inidoneidad de la familia de origen (cfr. *Il minore in affidamento. Situazioni Soggettive e tecniche di tutela*, Giuffrè, Milano, 1993, 23-28).

situación de indeterminación temporal, lo más beneficioso es que la prórroga deba ser de una duración máxima de veinticuatro meses⁶⁶⁸.

En este régimen de protección, es obligatorio escuchar al menor que ha cumplido los doce años, y, si es oportuno, al de edad inferior⁶⁶⁹. Esta disposición es correcta, porque no se puede adoptar una medida en su interés sin haberle oído; y, además, es muy difícil que los acogedores cumplan con su labor en contra la voluntad del menor.

En cuanto a los deberes y poderes en el acogimiento; los acogedores tienen la obligación de acoger y mantener al menor en su hogar: convivir con él e insertarlo en su familia, proveer todo cuanto puedan y procurar una adecuada asistencia moral⁶⁷⁰. Deben educarlo e instruirlo: el deber de educación se cumple cuando se pone al individuo en la condición de poder disfrutar en la medida más amplia de todas sus facultades, actitudes e inclinaciones, para afrontar en las mejores condiciones las exigencias de la vida futura a través de la formación de su personalidad; y con la instrucción se busca formarle en una serie de nociones, de experiencias según un cierto método que lo puedan insertar en la vida profesional y productiva.

Respecto a sus facultades, la ley señala que tienen un poder análogo a la patria potestad en relación con la escuela y la sanidad. En consecuencia, ostentan la potestad de elección del colegio y todo lo relacionado con éste, así como con la autoridad sanitaria. Lo que no significa la exclusión de los progenitores en las relaciones con estas instituciones.

El artículo 4.3 de la norma establece el contenido del acogimiento⁶⁷¹: motivación (indicar las razones de la idoneidad de la familia); duración de la medida (que en ningún caso puede ser mayor a veinticuatro meses salvo prórroga); modo de

⁶⁶⁸ Vid. FINOCCHIARO, Alfio y FINOCCHIARO, Mario, *Adozione e affidamento dei minori. Commento alla nuova disciplina (l. 28 marzo, n. 149 e d.l. 24 aprile 2001, n. 150)*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 37-38.

⁶⁶⁹ La norma solo exige escuchar al menor, pero no su consentimiento como en el caso de la adopción (o acogimiento preadoptivo).

⁶⁷⁰ Para FINOCCHIARO la condición económica y social de la familia de origen debe tenerse en cuenta para establecer una adecuada asistencia al menor, de lo contrario su no observancia puede suponer un futuro trauma para el niño. Así explica que para la elección del acogedor no solo se debe tener en cuenta la idoneidad en abstracto, sino escoger una familia lo más cercana y similar a la familia de origen de la cual proviene el menor y en la cual este debe reintegrarse [vid. *Adozione e affidamento dei minori: commento alla nuova disciplina (l. 28 marzo 2001, n. 149 e d.l. 24 aprile 2001, n. 150)*, op. cit., p. 45].

⁶⁷¹ Al respecto, vid. VERDE, Filippo, *Adozione ed affidamento familiare. Rapporti patrimoniali tra coniugi*, CEDAM, Padova, 1994, pp. 16-20.

ejercer los poderes reconocidos al acogedor (recogidos en el artículo 5, pero determinados y especificados según el caso concreto) y cómo se mantendrán las relaciones con los padres y familiares de origen. Por su parte, el servicio social local asumirá la responsabilidad del programa de asistencia y la vigilancia del acogimiento; con la obligación mantener comunicado al juez tutelar o Tribunal de Menores y presentar un informe semestral especificando la evolución del programa de asistencia, la prolongación y la evolución de las condiciones del núcleo familiar.

Cumplido el procedimiento el servicio social solicita al juez tutelar del lugar donde se encuentra el menor, la emisión de un decreto con carácter ejecutivo⁶⁷². Este se incluye en la categoría de los actos de control⁶⁷³, y no se limita a comprobar el cumplimiento de los requisitos procedimentales (prestación del consentimiento de los progenitores, la audición del menor, la motivación de la medida del servicio local, la indicación de la duración, etc.); sino todos los presupuestos de la ley (en particular, a la idoneidad del ambiente familiar). La autoridad judicial tutelar puede indagar al respecto para cerciorarse que el abandono o la dificultad son temporales.

El servicio social, tras el pedido del juez o según las necesidades del caso, llevará una labor de apoyo psicológico del menor y facilitará la relación con la familia de origen y su regreso a ella⁶⁷⁴. El Estado, por su parte, intervendrá con medios de sostén y ayudas económicas solo si es posible.

⁶⁷² Esta disposición es muy discutida y criticada. En el contexto en que surgió la Ley 184 había una disputa sobre el rol de la magistratura y los servicios sociales. Respecto a la reforma del acogimiento había opiniones opuestas en cuanto a la función del juez de menores: de un lado, debía existir un juez, diferente de todos los demás, dedicado en exclusiva a la actividad netamente asistencial; y de otro, un juez que intervenga solo cuando haya conflicto entre las partes o cuando lo establezca el legislador. Parece que la posición adoptada por la Ley de 1983 es la segunda: el acogimiento es dispuesto por el servicio local y el juez, posteriormente, es llamado para ejecutar la medida o para dirimir eventuales conflictos. Esto significa, que lo dispuesto por el servicio social es un acto perfecto que será eficaz con el decreto de la autoridad judicial. No obstante, una constatación así de simple ha sido contradicha por buena parte de la doctrina que parece imponer su postura a la clara dicción del dato normativo: la medida del servicio social sería una propuesta al juez tutelar, el cual dispone el acogimiento, o en el mejor de los casos, se trataría de un acto complejo, en el cual la manifestación de la voluntad del juez tutelar primaría sobre la del servicio local.

⁶⁷³ Cfr. PERLINGIERI, Pietro, PROCIDA, Antonino y DI LAURO, Mirabelli, *La nuova legge sull'adozione. Commentario alla legge 4 maggio 1983, n. 184*, BIANCA, Cesare Massimo, BUSNELLI, Francesco Donato, FRANCHI, Giuseppe y SCHIPANI, Sandro (a cura), Cedam, Padova, 1985, p. 32.

⁶⁷⁴ Respecto a estos términos, con anterioridad a la reforma de 2001 era deber del acogedor mantener las relaciones del menor con sus progenitores y favorecer la reintegración en la familia de origen. Actualmente, lo que, en su momento, fue una obligación para el acogedor se ha convertido en una prerrogativa del Servicio Social. Esta elección ha suscitado

El «affidamento» familiar cesa cuando ya no exista dificultad temporal en la familia de origen (cfr. artículo 4.5 de la Ley de 1983). No obstante, puede revocarse cuando su continuación pueda causar un grave perjuicio al menor (como por ejemplo que no se haya podido establecer buenas relaciones entre el acogedor y el menor). En estos casos, el juez tutelar, escuchado el servicio social y el menor que haya cumplido doce años (y el de edad inferior considerada su capacidad de juicio), le pedirá al Tribunal de Menores competente, si fuera necesario, la adopción de nuevas medidas en interés del menor (cfr. artículo 4.6 de la Ley de 1983).

Del régimen estudiado se concluye que el acogimiento familiar italiano, a diferencia del español, requiere la intervención de la autoridad judicial. Del mismo modo, admite un acogimiento privado a favor de los familiares hasta el cuarto grado *ex* artículo 9.4 de la Ley de 1983 (supuesto más claro de guarda de hecho⁶⁷⁵). Así como que no precisa una declaración previa de abandono, pero tampoco la excluye.

2. Abandono y adopción en el ordenamiento italiano

En Italia, el régimen de la adopción de menores también está previsto en la Ley de 4 de mayo de 1983 (cfr. artículo 6 y siguientes).

Un menor puede ser adoptado solo si se ha declarado previamente su estado de adoptabilidad. Esta declaración, según el artículo 8.1, la decreta el Tribunal de Menores cuando constata la situación de abandono del niño, por falta de asistencia moral y material de parte de los progenitores o parientes obligados a proveerla⁶⁷⁶. Por esta razón, *ex* numeral 2 del artículo citado, el abandono subsiste aunque el menor viva en instituciones de asistencia pública o privada, en una comunidad de tipo familiar, o esté en acogimiento.

perplejidad porque tanto los servicios sociales, como la autoridad judicial, no pueden tener un conocimiento real y profundo de la personalidad del menor y, además, porque es irrealizable la creación de cursos para la educación y preparación psicológica de los menores en acogimiento familiar. Al respecto, *vid.* FINOCHIARO, Alfio y FINOCHIARO, Mario, *Adozione e affidamento dei minori: commento alla nuova disciplina (l. 28 marzo 2001, n. 149 e d.l. 24 aprile 2001, n. 150)*, *op. cit.*, pp. 49-51.

⁶⁷⁵ En este sentido, *vid.* RUIZ-RICO RUIZ, José, *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁷⁶ En la versión original de la Ley de 1983, la formulación del artículo 8 se refería, de modo genérico, al «menor en estado de abandono». Con la reforma del 2001 se ha querido precisar que esta realidad debe ser «constatada».

El legislador italiano no ha delimitado de forma precisa la noción de abandono⁶⁷⁷. Ha optado por dejar al intérprete la valoración de las diversas realidades personales, sociales y ambientales de caso concreto⁶⁷⁸. Tampoco, la Ley de 28 de marzo de 2001, n. 149⁶⁷⁹, que modifica la Ley de 1983, especifica las situaciones de abandono⁶⁸⁰. En consecuencia, su verificación se realiza mediante una apreciación casuística, dirigida a comprobar los efectos de los comportamientos de los padres sobre la personalidad de los hijos, sin hacer referencia a una figura del menor en abstracto, ni a todos los menores de la misma edad o del mismo ambiente social, sino prestando atención solo a él en particular, con su historia, sus características físicas, psicológicas, su edad y su grado de desarrollo.

⁶⁷⁷ La palabra «abandono» no aparece por primera vez con la Ley de 4 de mayo de 1983. Ya en la Ley de 17 de julio de 1890, n. 6972, sobre las instituciones públicas de asistencia y beneficencia, se hablaba de menores abandonados, y también en otras leyes dirigidas a la atención a los menores, en particular: la Ley de 18 de julio de 1904, n. 390 y los artículos 55 y 56 del Real Decreto de 1 de enero de 1905, n. 12, distinguen por primera vez entre menores materialmente y moralmente abandonados. El término vuelve a mencionarse en la Ley de 10 de diciembre de 1925, n. 2277, sobre la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia; y también en el Texto Único en esta materia, el Real Decreto de 24 de diciembre de 1934, n. 2316. Finalmente el Real Decreto Legislativo de 8 de mayo de 1927, n. 798, que regula las funciones de la provincia en la asistencia a los menores, se refiere a los «*hijos ilegítimos abandonados o expuestos al abandono*». Sobre la noción de estado de abandono *vid.* BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile vol. 2. La famiglia e le successioni*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 385 y BAVIERA, Ignazio, «Significato, contenuto, limiti del concetto di abbandono», *Diritto di Famiglia*, 1969, p. 1506.

⁶⁷⁸ El juez, en el desarrollo de su actividad debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad y graduación de los instrumentos de actuación y el principio de residualidad del recurso a la adopción. Además, de que con esta medida se pretende dar una familia a un menor privado de ella, y no insertarlo en una familia «mejor» según parámetros que, aunque estén difundidos en determinados contextos sociales, pueden ser considerados opinables y arbitrarios. Al respecto la Corte de Casación, haciendo referencia expresa a los principios constitucionales (art. 30.1 de la Constitución Italiana), y las normas de derecho civil que establecen los criterios de delimitación de los derechos y deberes de los padres, así como a las garantías fundamentales aseguradas a los menores, establece que «*una semplice educazione non ottimale dei figli, come, più in generale, un'impostazione sotto qualche aspetto criticabile del rapporto genitoriale per carenza culturale o caratteriali o intellettive dei genitori, come pure un semplice tenore povero di vita dovuto ad insufficienza di mezzi economici e, meno che mai, il confronto con le condizioni di vita migliori che i minori potrebbero trovare in eventuali famiglie adottive, non possono essere sufficienti, in linea di principio, a sradicarli dalla famiglia e a farli dichiarare in stato di adottabilità*» (Cass. 23 aprile 1990). En estos términos, *vid.* Tribunal de Menores de Milán de 19 de diciembre de 1968 y Tribunal de Menores de Palermo de 2 de marzo de 1972. En doctrina, GERMANO, Emilio, TAUBER, Ernesto, SANSA, Adriano y VITRÒ, Vincenzo, *L'adozione speciale. Nei suoi aspetti medico-psico-sociali e giuridici*, UTET, Torinese, 1971, p. 159.

⁶⁷⁹ Publicada en la Gazzetta Ufficiale 26 aprile 2001, n. 96.

⁶⁸⁰ *Vid.* FINOCHIARO, Alfio y FINOCHIARO, Mario, *Adozione e affidamento dei minori: commento alla nuova disciplina (l. 28 marzo 2001, n. 149 e d.l. 24 aprile 2001, n. 150)*, *op. cit.*, p. 64.

Una idéntica falta de asistencia por parte de los padres puede llevar a consecuencias diversas en dos menores distintos⁶⁸¹. El Tribunal Supremo de Casación lo ha confirmado de este modo cuando dice que «*lo stato di abbandono è una reale e non presuntiva situazione concreta da accertare*»⁶⁸². Asimismo ha indicado que cuando exista una falta de idoneidad intelectual, cultural, afectiva o material de los padres, es necesario puntualizar si ésta ha determinado un concreto estado de abandono, en el sentido de comprometer de forma irreparable el crecimiento del menor. El modelo de atención de los progenitores hacia los hijos, puede ser diverso según la cultura del núcleo familiar, o del grupo al que pertenece dicha familia, y el juez debe tener en cuenta los diversos modelos y no puede imponer uno, aunque sea el más generalizado. La valoración que debe hacer la autoridad judicial debe ser comprensiva y efectuada del modo más objetivo posible, atribuyendo una decisiva relevancia al conjunto de elementos específicos que caracteriza la conducta de los padres del menor⁶⁸³.

En la doctrina italiana se afirma que el contenido del abandono puede ser comisivo u omisivo⁶⁸⁴; y que la situación ambiental⁶⁸⁵ puede aportar indicadores; pero lo fundamental es el comportamiento de los padres. Debe existir una capacidad, al menos mínima, de organización, de programación de la vida para sí y para el hijo, y en este sentido el apoyo de los servicios sociales y sanitarios puede cobrar una importancia concluyente para evitar el abandono.

⁶⁸¹ Por ejemplo, un menor de edad más avanzada, puede frecuentar regularmente el instituto y estar escolarizado pese al total desinterés de sus padres; no obstante, en uno de poca edad podría determinar su declaración de abandono.

⁶⁸² *Vid.* Cass. 5 maggio 1989.

⁶⁸³ *Vid.* Cass. 5 agosto 1996.

⁶⁸⁴ El comportamiento comisivo, incluye cualquier forma de violencia sobre los menores, tanto física, sexual y moral. Otros supuestos serían la explotación laboral del menor, o la violencia de uno de los progenitores con el otro o de ambos entre sí, situaciones de grave conflicto familiar que pueden provocar daños notables de carácter psicológico al menor. También se pueden incluir: incitación al robo, a la mendicidad, o a la prostitución. Por su parte, los comportamientos omisivos, que son los más frecuentes, pueden ser, entre otros: negligencia, malnutrición, descuido de la higiene personal y ambiental, desinterés o incapacidad de detectar estados de enfermedad, de seguir prescripciones médicas, o en controlar su escolarización, ausencias frecuentes del progenitor del hogar familiar, dejando al menor solo, encerrado en casa o permaneciendo en la calle, etc. Al respecto, *vid.* FINOCHIARO, Alfio y FINOCHIARO, Mario, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori: commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983, n. 184*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 99; TRABUCCHI, Alberto, «Adozione: in generale», *Enciclopedia Giuridica Treccani, I*, PARADISI, Bruno (a cura), Roma, 1988, pp. 16-33 y ROSSI CARLEO, Liliana, «Adozione dei minori», *Enciclopedia del Diritto, I*, Milano, 1997, p. 10.

⁶⁸⁵ Por ejemplo, viviendas peligrosas, insalubres o ruinosas.

En efecto, el elemento volitivo adquiere un valor definitivo y clarificador cuando se trata de decidir si la privación de asistencia material del menor está ligada a la situación de necesidad de la familia, o a la voluntad de los padres de no proporcionar los medios necesarios⁶⁸⁶. Por tanto, la pobreza no es un factor determinante para la declaración de adoptabilidad del menor, en estos casos resulta conveniente aplicar las medidas del artículo 1.3 de la Ley de 1983 para el apoyo a las familias en riesgo⁶⁸⁷.

Por otro lado, dado el carácter indeterminado de la definición del abandono, el contenido de la expresión «*privados de asistencia moral y material*», también queda sujeta a la estimación de la autoridad judicial, teniendo en cuenta cada una de las realidades sobre las que la norma incide. Evidentemente, las situaciones de abandono son muy similares a aquellas donde hay privación de un ambiente familiar idóneo, pero añadiendo la nota de permanencia.

No cualquier falta de asistencia o retraso en el cumplimiento de los deberes paternos asume relevancia a los fines del abandono, sino solo aquellos comportamientos que reducen los cuidados debidos a los hijos e impiden la realización de su derecho fundamental al mantenimiento, a la instrucción, y a la educación. Asimismo, la privación de asistencia no puede entenderse en términos absolutos, como carencia total de los cuidados que necesita el menor por parte de sus padres, porque se corre el riesgo de reducir el número de casos en los cuales se puede considerar que existe situación de abandono, y de excluir su existencia en situaciones soberanamente nocivas para el menor.

En materia de adopción, en Italia, los parientes tienen un papel relevante: no habrá abandono si los familiares obligados a prestar asistencia al menor así lo hacen.

⁶⁸⁶ Por esta razón las enfermedades adquiridas o congénitas por sí solas no pueden llevar a la declaración de desamparo porque habrá que estar al comportamiento de los padres.

⁶⁸⁷ Art. 1.3 de la Ley de 1983: «*Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, sostengono, con idonei interventi, nel rispetto della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono e di consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia. Essi promuovono altresì iniziative di formazione dell'opinione pubblica sull'affidamento e l'adozione e di sostegno all'attività delle comunità di tipo familiare, organizzano corsi di preparazione ed aggiornamento professionale degli operatori sociali nonché incontri di formazione e preparazione per le famiglie e le persone che intendono avere in affidamento o in adozione minori. I medesimi enti possono stipulare convenzioni con enti o associazioni senza fini di lucro che operano nel campo della tutela dei minori e delle famiglie per la realizzazione delle attività di cui al presente comma*».

No se declarará la adoptabilidad cuando los padres, no pudiendo o no queriendo, hubiesen delegado funciones de guarda, educación y manutención a alguno de sus parientes cercanos, los cuales hubiesen aceptado acoger al menor; de este modo, no solo no se le perjudica, sino que se realiza su derecho prioritario a ser educado en el ámbito de la familia⁶⁸⁸. En consecuencia, los padres pueden delegar sus funciones parentales a los familiares más cercanos sin necesidad de intervención de los servicios sociales.

Sin embargo, la expresión «*obligados a prestar asistencia material y moral*» genera inquietud porque se trata de una fórmula indeterminada, que ha suscitado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, muchas interrogantes a propósito de la concreción de parientes a los que ha querido referirse el legislador⁶⁸⁹. La posición doctrinal que ha prevalecido identifica a dichos sujetos con los familiares hasta el cuarto grado, mediante una interpretación sistemática de la Ley de 1983 que se refiere reiteradamente a esta categoría⁶⁹⁰.

La norma, al contemplar a aquellos parientes que mantengan una relación significativa con el menor, les otorga una posición jurídica autónoma. Pero será la autoridad judicial la encargada de cotejar dicha relación, mediante una evaluación de las concretas manifestaciones de atención que han otorgado al menor. El juez no declarará la adoptabilidad cuando se preste ayuda activa y concreta. Con este precepto el legislador intenta dejar a la familia la posibilidad de auto-organizarse, de resolver internamente el problema del cuidado y la educación del menor para tutelar su derecho a crecer en ella, e impide que la declaración de adoptabilidad interrumpa los vínculos afectivos establecidos⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ Cfr. RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, op. cit., p. 27.

⁶⁸⁹ Ni siquiera recae esta obligación sobre los que, según el art. 433 CCI, deben prestar alimentos. Esta prestación tiene un contenido mucho más reducido, pues se limita a la obligación de proporcionar medios económicos, sin implicar obligaciones personales de cuidado y asistencia.

⁶⁹⁰ Cfr. FINOCHIARO, Alfio y FINOCHIARO, Mario, *Adozione e affidamento dei minori: commento alla nuova disciplina (l. 28 marzo 2001, n. 149 e d.l. 24 aprile 2001, n. 150)*, op. cit., p. 65. En los mismos términos, vid. Cass. 7 gennaio 1990; Cass. 10 settembre 1990 y Cass. 5 dicembre 1991.

⁶⁹¹ En mi opinión, la prestación de asistencia de parte de los familiares puede ser de muchos modos. Si pensamos en una situación en la cual los parientes, a pesar de la negativa de los padres e incluso en secreto, se ocupan del menor, se preocupan de su higiene, su nutrición, le acompañan al médico, le ayudan en la escuela o quizá impiden todo acto de violencia de los

En diversas situaciones, la posición de los abuelos guardadores suele ser examinada por el juez con gran atención. Toda la jurisprudencia italiana ha mostrado una creciente preferencia a tener en cuenta su disponibilidad a hacerse cargo de los menores. Pese a que pueden darse, a veces, ciertas dificultades debidas a su edad avanzada y al estado de su salud, el vínculo afectivo con los nietos desatendidos por los padres, se considera muy relevante. El Tribunal Supremo de Casación considera que la solicitud de acogimiento por parte de los abuelos, constituye un índice válido para valorar la idoneidad de los parientes dentro del cuarto grado para cuidar al menor⁶⁹².

La flexibilidad que existe en el ámbito familiar próximo no se extiende a círculos más lejanos o extraños a él. Si los progenitores de forma definitiva dejan al menor a cargo de otros sujetos no obligados a su asistencia procede la declaración de adoptabilidad⁶⁹³, porque aparte de abandonarlo no tienen la atribución de elegir una nueva familia para él. Tal competencia, sin excepciones, le corresponde al Tribunal de Menores, y no es una cuestión que pueda quedar en el ámbito privado. Esta actuación podría encubrir una forma tráfico de menores, en cuanto lo trata como un objeto o propiedad de los padres, situación que es reprobable no solo moralmente sino también desde el punto de vista penal⁶⁹⁴.

En estos casos, la persona que acoja a un menor durante más de seis meses, debe ponerlo en conocimiento del fiscal, obligación que también tienen los padres. El control de la autoridad impide que el «affidamento» resulte lesivo para el menor⁶⁹⁵. Si no cumplen con la obligación de comunicación, se les sanciona con la inidoneidad para ser acogedores, tutores o adoptantes y a los progenitores con la privación de la patria potestad y la apertura del procedimiento de adoptabilidad (cfr. artículo 9.4 de la Ley de 1983).

De lo visto se deduce que son válidos y eficaces los acogimientos privados efectuados con parientes hasta el cuarto grado sin vencimiento, pero también el

progenitores; será oportuno otorgar una vestidura jurídica a esta realidad, atribuyéndoles mayores poderes y limitando correlativamente, o tal vez excluyendo, de aquellos a los padres.

⁶⁹² Vid. Cass. 9 febbraio 1990.

⁶⁹³ Vid. BELLINI, Ubaldo, «Delega di potestà e stato di abbandono», *Diritto di famiglia e della persone*, vol. 16, Núm. 0, 1987, p. 325.

⁶⁹⁴ El tercero que acepta la «compra» de un menor, como cualquier objeto, no puede seguramente ser un buen educador, porque desde el inicio no lo respeta como ser humano.

⁶⁹⁵ Vid. CAFERRA, Vito Marino, *Famiglia e assistenza. Il diritto de la famiglia nel sistema della sicurezza sociale*, Zanichelli, Bologna, 1984, p. 105.

acogimiento privado pactado con terceros ajenos a la familia con el límite temporal de seis meses⁶⁹⁶. Durante este plazo el «affidamento» es válido y equiparable al que realiza el servicio social (cfr. artículo 4 de la Ley de 1983).

En otro extremo, el artículo 8.1 prescribe que no hay abandono cuando la falta de asistencia moral y material se deba a «*forza mayor de carácter transitorio*». La fuerza mayor se configura en diversos sectores del Derecho⁶⁹⁷, como un evento imprevisible y extraordinario que interrumpe el nexo causal entre la conducta y el resultado, con la consecuencia de la exención de responsabilidad del sujeto agente. En los supuestos de abandono, se identifica con todas aquellas circunstancias ajenas a la voluntad de los padres, de carácter temporal e inevitable, que les impidan prestar la asistencia material y moral que el menor necesita. Un caso típico sería una enfermedad de carácter temporal. Para poder evitar la declaración de adoptabilidad debe tener una duración limitada y «*estar destinada a cesar en un plazo de tiempo razonablemente breve*»⁶⁹⁸.

Al respecto resulta difícil encontrar límites temporales exactos, pero la jurisprudencia parece coincidir en que una situación de desprotección que se prolonga durante más de seis meses o un año puede ser extremadamente nociva para el menor. El juez, cuando considere que existe una situación grave, pero momentánea de privación de asistencia, abierta a la probabilidad de cambios positivos, no declarará al menor adoptable. En cualquier caso, deben existir elementos que hagan razonable prever el fin de la situación de desasistencia.

En cuanto al asunto procedimental de la adopción se tienen en cuenta una serie de etapas y requisitos. Los cónyuges que quieran adoptar deben presentar una solicitud al Tribunal de Menores⁶⁹⁹, tiene una eficacia de tres años aunque puede ser

⁶⁹⁶ Vid. FINOCHIARO, Alfio y FINOCHIARO, Mario, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori: commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983, n. 184, op. cit.*, p. 134 y SACCHETTI, Lamberto, *Il commentario dell'adozione e dell'affidamento*, Maggioli, Rimini, 1986, p. 125.

⁶⁹⁷ La fuerza mayor, tradicionalmente, es un concepto de carácter penalístico, considerado como una fuerza irresistible, un evento derivado de la naturaleza o de un hecho humano que no puede ser previsto o que, pudiendo ser previsto, no puede ser evitado. También aparece en el Derecho administrativo como causa de exención de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, o en Derecho civil cuando en materia de obligaciones, el incumplimiento no es imputable al deudor por falta de culpa.

⁶⁹⁸ Vid. Cass. 16 settembre 1986.

⁶⁹⁹ Se admiten varias solicitudes –también sucesivas– en diversos tribunales siempre y cuando se informe a todos los demás dónde se presentó la solicitud La omisión de esta comunicación no

renovada⁷⁰⁰. Normalmente, se hace por escrito y debe ir acompañada de algunos documentos como el extracto del registro de nacimiento, el estado de familia, certificado de matrimonio, certificado de residencia, etc. Asimismo, en ella se especifica la eventual disponibilidad de adoptar a hermanos o a menores que se encuentran en las condiciones recogidas en el artículo 3.1 de la Ley de 5 de febrero de 1992, n. 104, referente a la asistencia, integración social y los derechos de las personas con discapacidad. Esta indicación sirve para elegir a la pareja más idónea ante sujetos adoptandos con necesidades especiales. La no residencia en el territorio del Tribunal de Menores donde se presenta la demanda, no constituye argumento suficiente para negar la idoneidad, aunque sí un criterio de preferencia en el acogimiento preadoptivo, porque posibilita una adecuada vigilancia directa a través de los servicios sociales en coordinación con el Tribunal.

Tras constatar los requisitos para adoptar *ex* artículo 6 de la ley⁷⁰¹, el Tribunal de Menores ordena las investigaciones para verificar la capacidad de educar al menor, la situación personal y económica, la salud, el ambiente familiar de los solicitantes y los motivos por los cuales desean adoptar. Estas indagaciones son desarrolladas recurriendo a los servicios socio-asistenciales de los entes locales y a los profesionales sanitarios, y deben concluir dentro de 120 días prorrogables por única vez por el mismo plazo de manera motivada. Seguidamente, se valora entre las parejas que han presentado la solicitud, eligiendo aquélla que mejor satisface el interés del menor, de manera que pueda garantizar una feliz integración a la familia adoptiva⁷⁰².

determina alguna consecuencia, pero esta situación puede ser tomada en consideración cuando se realice el juicio de idoneidad, y así evaluar la lealtad del comportamiento de los cónyuges adoptantes para el acogimiento primero y luego para la adopción.

⁷⁰⁰ Dada la naturaleza cambiante de las condiciones, se quiere evitar que el tribunal lleve a cabo investigaciones sobre las solicitudes presentadas por un largo tiempo y que ya no coincidan con los deseos actuales de los solicitantes.

⁷⁰¹ Art. 6 de la Ley de 1983: «1. *L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto.* 2. *I coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare.* 3. *L'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando (...)*».

⁷⁰² Se critica esta norma porque no indica los criterios que deben presidir la elección. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia los delimita en: la disponibilidad afectiva de los adoptantes, la capacidad educativa demostrada en precedentes adopciones, el hecho que entre los solicitantes y el menor haya existido una relación de acogimiento. En este sentido, *vid.* App. Perugia 13 novembre 1971.

En cámara de Consejo, escuchado el Ministerio Público, los ascendientes de los solicitantes y el menor que haya cumplido los doce años (y también el de edad inferior en consideración de su capacidad de juicio); el Tribunal, en ordenanza y sin demora, dispondrá el acogimiento preadoptivo (el mayor de catorce años debe consentirlo), que se notifica al Ministerio Público, a los solicitantes, y al tutor; e inmediatamente, dentro del plazo de diez días, es anotado por el secretario judicial según lo establecido en el artículo 18 de la ley⁷⁰³. La decisión se puede recurrir ante la Corte de Apelación, dentro de los diez días desde la comunicación, por el Ministerio Público o el tutor⁷⁰⁴.

El Tribunal vigila el acogimiento preadoptivo con ayuda del juez tutelar y los servicios locales sociales. En caso de dificultad convoca, separadamente, a los acogedores y al menor contando con la presencia de un psicólogo al fin de evaluar las causas que la originan. Si es necesario, dispone la intervención de ayuda psicológica y social⁷⁰⁵. No obstante, puede revocar la medida, en Cámara de Consejo, por decreto motivado a solicitud del Ministerio Público, tutor o de quienes ejerzan la vigilancia, cuando comprueba la existencia de dificultades insuperables para la convivencia. Posteriormente, el decreto se notifica a los interesados. Declarada la revocación, el Tribunal adoptará las medidas oportunas para salvaguardar el interés del menor (cfr. artículo 330 y siguientes del Codice Civile).

Si no existen dificultades y no hay revocación, pasado un año desde el acogimiento preadoptivo, el Tribunal que declaró el estado de adoptabilidad (escuchados los interesados y verificada la existencia de todas las condiciones

⁷⁰³ Art. 18 de la Ley de 1983: «*La sentenza definitiva che dichiara lo stato di adottabilità è trascritta, a cura del cancelliere del tribunale per i minorenni, su apposito registro conservato presso la cancelleria del tribunale stesso. La trascrizione deve essere effettuata entro il decimo giorno successivo a quello della comunicazione che la sentenza di adottabilità è divenuta definitiva. A questo effetto, il cancelliere del giudice dell'impugnazione deve inviare immediatamente apposita comunicazione al cancelliere del tribunale per i minorenni.*».

⁷⁰⁴ Art. 24 de la Ley de 1983: «*Il pubblico ministero e il tutore possono impugnare il decreto del tribunale relativo all'affidamento preadottivo o alla sua revoca, entro dieci giorni dalla comunicazione, con reclamo alla sezione per i minorenni della corte d'appello. La corte d'appello, sentiti il ricorrente, il pubblico ministero e, ove occorra, le persone indicate nell'articolo 23 ed effettuati ogni altro accertamento ed indagine opportuni, decide in camera di consiglio con decreto motivato.*».

⁷⁰⁵ Para BAVIERA, el control no se limita a una mera vigilancia, sino que incluye ayudas, asesoramiento, orientación, destinado a resolver las incertidumbres, conflictos y dificultades de crianza o aclimatación (cfr. *Diritto minorile*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1976, p. 309).

previstas) decidirá sobre la adopción ante la cámara de Consejo. En estos casos, el menor que haya cumplido los catorce años debe dar su consentimiento a la adopción de la pareja elegida. Si la adopción es denegada, decae el acogimiento preadoptivo y el Tribunal debe adoptar las medidas oportunas a favor del menor. Contra la sentencia denegatoria puede recurrir el Ministerio Público, los adoptantes y el tutor en el plazo de treinta días desde su notificación.

Finalmente, el ordenamiento italiano también regula situaciones particulares de adopción, donde no es necesaria la declaración de adoptabilidad (cfr. artículo 44 de la Ley de 1983). Entre ellas tenemos: personas unidas por vínculo de parentesco hasta el sexto grado o por una relación estable y duradera a un menor huérfano de padre y madre; el cónyuge en el supuesto que el menor sea hijo del otro cónyuge; cuando el menor se encuentre en las condiciones expuestas en el artículo 3.1 de la Ley 104 de 5 de febrero de 1992 y sea huérfano de padre y madre; o cuando exista imposibilidad constatada de un acogimiento preadoptivo.

De estos supuestos, el que interesa a nuestro estudio es el primero; porque a partir de él se puede inferir una posible concurrencia de una guarda de hecho y una guarda de derecho⁷⁰⁶. Los parientes deben brindar asistencia al menor y haber constituido una sólida relación con él; de lo contrario, el Tribunal declarará la adoptabilidad y continuará con el procedimiento ordinario (cfr. artículos 6 al 28 de la Ley de 1983).

Respecto a los terceros en principio se debe apreciar una relación estable y duradera con el menor. Ésta puede consistir en un particular interés, protección y participación en la vida del menor de parte de un amigo de familia o un acogimiento familiar de hecho o uno dispuesto por el servicio local, que se ha ido prolongando porque la familia de origen no es capaz de asumir sus obligaciones. Lo decisivo es la existencia de una relación muy estrecha, particularmente sentida por el niño huérfano y privado de parientes que lo atiendan. No obstante, es necesario, que tales relaciones

⁷⁰⁶ En principio, en caso de orfandad procede la tutela; no obstante, la posición del tutor es diferente a la de los progenitores porque no están obligados al mantenimiento, educación e instrucción; solo se ocupan del cuidado de la persona, su representación en todos los actos civiles y la administración de su patrimonio. Por esta razón, el legislador italiano ha previsto la adopción cuando haya parientes hasta el sexto grado o terceros con una relación estable y duradera con el menor.

sean preexistentes a la muerte de los progenitores con la finalidad de evitar el fraude y los caprichos pasajeros del menor.

C. A modo de reflexión

Después de haber analizado el sistema de protección francés e italiano, noto que no tratan directamente el tema de la guarda de hecho, porque simplemente no existe como tal. Estos países otorgan cobertura jurídica a las situaciones fácticas tuitivas que van acorde con el interés del menor.

En Francia, el acogimiento (en sentido estricto) se constituye en sede judicial consecuencia de una asistencia educativa o de una delegación de facultades. En ambos casos siempre se tiene en cuenta el interés del menor y la importancia de permanecer en su ámbito familiar.

En la hipótesis de una asistencia educativa, si ésta implica la salida del menor de su hogar, el juez debe seleccionar como acogedor en primer lugar al otro padre, a un miembro de la familia, o a un tercero digno de confianza, y finalmente, en defecto de los anteriores, al servicio social de ayuda a la infancia. Respecto a la delegación de la facultad paterna, la autoridad judicial puede conceder dicha facultad a un pariente del menor (o a cualquier tercero) que se encarga de él cuando los padres hayan mostrado un desinterés manifiesto, o no puedan ejercer total o parcialmente su autoridad⁷⁰⁷.

Asimismo, el legislador francés privilegia la permanencia del menor en su ámbito familiar, cuando prohíbe declarar el abandono mientras haya parientes que quieran asumir su cuidado⁷⁰⁸. En estos casos, el juez establece la delegación de facultades paternas como alternativa que mejor satisface el interés del niño. Otra muestra de ese privilegio, es la posibilidad de impugnar la orden del presidente del Consejo general que declara al menor como pupilo del Estado, entendiendo que la adopción no es la condición más conveniente desde que entre las personas cercanas al niño hay alguien que desea ocuparse de él⁷⁰⁹.

En fin, es importante saber que al menos lo que se configura como una guarda de hecho en España, en Francia tiene revestimiento legal atendiendo a los vínculos

⁷⁰⁷ Cfr. art. 377, apartado 2, CCF.

⁷⁰⁸ Cfr. art. 350 CCF.

⁷⁰⁹ Cfr. art. 224-8 CASF.

estables que haya formado el menor. Sin embargo, en mi opinión, su sistema no está libre de crítica, porque a veces una solicitud de delegación de las facultades paternas por terceros puede esconder intereses egoístas de los delegados⁷¹⁰; así como, en muchas ocasiones, crear falsas expectativas de adopción.

En otro extremo se encuentra Italia, donde su régimen de protección de menores es más parecido al español, aunque con muchas peculiaridades. En el ordenamiento italiano se protege la autonomía familiar, permitiendo que el núcleo biológico del menor se auto-organice de la mejor manera: de la Ley sobre el derecho del menor a tener una familia (1983), se infiere la admisión de un acogimiento privado a favor de los parientes hasta el cuarto grado de parentesco. De este modo, se subraya la voluntad del legislador del respeto a las relaciones familiares⁷¹¹.

En este país, el acogimiento familiar se activa frente a una privación temporal del ambiente familiar del niño⁷¹², y únicamente procede la declaración del abandono cuando se constata que la falta de asistencia material y moral es permanente y no hay manera de revertir la situación⁷¹³. Sin embargo, al igual que en Francia, no procede su reconocimiento si existen parientes hasta el cuarto grado (límite que he determinado de la interpretación sistemática de las normas) que se hacen cargo del menor.

Italia toma precauciones respecto a las situaciones fácticas que se generan en relación a un niño: impone, a los familiares que superen el cuarto grado de parentesco o a los terceros, la obligación de comunicar al fiscal la situación de una guarda de hecho, bajo sanción de no poder ser tutores, acogedores o adoptantes. Con este límite y deber el legislador intenta cerrar la puerta a un posible tráfico de menores.

Concluyendo, creo que en España queda mucho por resolver y reflexionar. En mi opinión, la asistencia que otorga la familia extensa es de gran importancia para el menor y no se puede pasar por alto. En efecto, las soluciones jurídicas que ofrece el ordenamiento deben ser eficaces y salvaguardar las situaciones fácticas que

⁷¹⁰ Tal es el caso de la Apelación de Basse Terre, donde el Tribunal otorgó a una pareja unas facultades paternas sin necesidad de demostrar la voluntariedad del incumplimiento de los progenitores.

⁷¹¹ Cfr. art. 9.4 de la Ley de 1983.

⁷¹² Cfr. art. 2.1 de la Ley de 1983.

⁷¹³ Cfr. art. 8.1 de la Ley de 1983.

favorecen al niño. Corresponde a los organismos encargados de la protección del menor analizar el caso concreto para otorgarle la mejor solución. De este modo, comparto la opinión de MORENO-TORRES SÁNCHEZ quien expresa lo siguiente: «Cuando los distintos sectores profesionales se enfrentan cara a cara con la situación que vive un menor, y han de decidir su futuro, deben tomar en consideración el amplio abanico de posibilidades (...), sin destacar ninguna solución *a priori*. Solamente el estudio del caso concreto, junto a la legislación existente y el estudio de la jurisprudencia y la doctrina, pueden dar las claves para encontrar la solución más adecuada en el caso concreto. De ninguna forma se puede pensar de entrada que el caso a que se enfrenta el profesional es igual a uno anterior ya tratado, ya que cada menor es un mundo diferente, con un pasado, unos padres, unos familiares o unas personas que lo han atendido o no lo han hecho, en unas circunstancias siempre variables. Sería deseable que desde el ámbito de la judicatura y especialmente de los servicios sociales, desde el estudio de las distintas figuras jurídicas, se tomaran decisiones sobre cada caso, sin tender a decidir “como se ha hecho siempre”, sino estudiando todas las posibilidades que la norma ofrece, a fin de dar una mayor seguridad y estabilidad a los menores, y coordinando la actuación entre jueces, fiscales y la Administración, de forma que la decisión la adopte en cada momento quien corresponda, por sí mismo o a instancias (*sic*) de los demás agentes implicados»⁷¹⁴.

⁷¹⁴ «El acogimiento familiar. Regulación, régimen jurídico y naturaleza. Estudio de las distintas clasificaciones de los acogimientos. Su relación con otras figuras jurídicas», *Revista de Derecho de Familia*, Núm. 21, 2003, p. 71.

CAPITULO CUARTO

GUARDA DE HECHO DE LAS PERSONAS MAYORES

I. DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD

Este capítulo está centrado en el estudio de la guarda de hecho de las personas mayores que, a pesar de padecer una enfermedad o deficiencia persistente, física o psíquica, que le impide el autogobierno (cfr. artículo 200 del Código Civil)⁷¹⁵, no están incapacitados.

⁷¹⁵

DÍEZ-PICAZO señala que la expresión «gobernarse por sí mismo» constituye el centro de gravedad de todo el artículo 200. Si una persona no puede «gobernarse por sí misma» no significa que el gobierno no sea posible, sino que dejada a merced de sus propios impulsos y fuerzas, existe la posibilidad de que lleve a cabo una actividad socialmente valorada como inconveniente o perjudicial para ella misma. Por eso, el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial. Solo cuando enfermedad o deficiencia física o psíquica de carácter persistente se produzca en grado estimable, la incapacidad será procedente (cfr. «Artículos 199 a 210», *op. cit.*, p. 180). En términos similares, la STS de 29 de abril de 2009 refiere que la capacidad de las personas es un atributo de la personalidad y «*sólo cabe limitarla en los supuestos como el que nos ocupa porque D^a V. por sí sola le es imposible participar libremente en los distintos aspectos de la vida, personales (vestir, pasear etc.), familiares (llevar la casa, compra etc.) o sociales (visitas, relaciones etc.) –no puede estar presente en estas actuaciones–, e incluso aquellas otras que vienen impuestas por la administración del patrimonio que posee (ha conferido poder general), por lo que necesita la protección, vigilancia o representación de otras personas, que sustituyan o complementen aquella cualidad o estado de la que carece.* Asimismo la sentencia distingue entre la posibilidad de que una persona, con «*un estado depresivo grave con síntomas psicóticos*» pueda realizar actos simples de su vida cotidiana, lo que no justificaría una resolución de incapacitación y, sin embargo, no se encuentre en condiciones de acometer la realización de actos complejos, como la administración de sus

Para abordar este asunto debo trasladarme inevitablemente al tema de la discapacidad, sin que esto implique que un sujeto con discapacidad sea un potencial incapacitado, aunque sí al revés. Se trata de una relación poliédrica⁷¹⁶.

La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) define la discapacidad como un término genérico que abarca deficiencias, limitaciones de la actividad y restricciones a la participación. Se entiende por discapacidad la interacción entre las personas que padecen alguna enfermedad y factores personales y ambientales⁷¹⁷. Puede ser temporal o permanente, reversible o irreversible. Es una limitación funcional, consecuencia de una deficiencia, que se manifiesta en la vida cotidiana. Para ser declarada persona con discapacidad no es necesario acudir a un procedimiento judicial, pero sí cumplir con unos requisitos que se contemplan en diferentes cuerpos normativos⁷¹⁸. En cambio, para referirnos a la incapacidad es necesario aludir a un procedimiento de modificación judicial de la capacidad⁷¹⁹.

Por tanto, conviene distinguir, de una parte, las personas con discapacidad declaradas judicialmente incapaces, y de otra parte, las personas con discapacidad no

bienes, lo que requeriría el nombramiento de un tutor respecto del patrimonio. En cuanto a la persistencia de la anomalía que impida el autogobierno considera de vital importancia la valoración del juez de los informes o dictámenes periciales. *«Se puede padecer una enfermedad o deficiencia inhabilitante y, sin embargo, si su sintomatología externa es excluida mediante el oportuno tratamiento o remedio, de modo que el sujeto pueda comportarse con normalidad, no existirá causa de incapacitación, ya que los avances de la medicina en el terreno psiquiátrico permiten hoy un comportamiento normal a enfermos que hace unos años hubieran sido condenados a largas estancias, cuando no reclusiones de por vida, en establecimientos psiquiátricos; de donde se infiere que el carácter persistente de la enfermedad no sea suficiente para la incapacitación sino que se requiere también, como consecuencia de la misma, que el sujeto sea incapaz de gobernarse así mismo».*

⁷¹⁶ Vid. CALAZA LÓPEZ, Sonia, «Procesos de modificación de la capacidad por causas de discapacidad», *Actualidad Civil*, Núm. 11, 2015, pp. 4-5.

⁷¹⁷ Esta definición se encuentra disponible en la página oficial de la OMS (<http://www.who.int/en/>).

⁷¹⁸ Por ejemplo, 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, advierte en su artículo 2.2, que a los efectos de la aplicación de esta ley, únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% o las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%.

⁷¹⁹ En el ámbito del Derecho cuando hablamos de capacidad nos referimos a dos tipos: jurídica y de obrar. La primera, como expresión de la igualdad y la dignidad humanas, la ostenta toda persona y la segunda requiere un mínimo de madurez y admite graduaciones.

declaradas judicialmente incapaces en las que se presume la plena capacidad de obrar⁷²⁰.

II. SISTEMA JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Las mejores condiciones de vida, el progreso de la sanidad pública y los avances de la tecnología médica, entre otros factores, han producido un fuerte incremento de la esperanza de vida que conduce a un aumento en la prevalencia de enfermedades crónicas, y como consecuencia, a una pérdida de autonomía y/o discapacidades funcionales. La población envejecida va creciendo⁷²¹, y junto a ella la demanda de las medidas asistenciales⁷²².

El tema de la senectud, ha pasado a ser una de las preocupaciones ciudadanas, políticas y sanitarias de los gobiernos de los países industrializados. Existe una gran incertidumbre acerca de cuáles serán las repercusiones del incremento de la

⁷²⁰ En este sentido, MACÍAS DÍAZ dice que toda persona incapacitada necesariamente tiene una discapacidad, pero no toda persona con discapacidad ha de estar incapacitada [cfr. «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad», DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 702. (Contenido en CD-Rom)]. Como afirma VIVAS TESÓN: «La LPPD contempla diversas herramientas jurídicas que el Derecho civil proporciona para proteger a la persona con discapacidad, si bien lo hace con escasa claridad, puesto que algunas de ellas están previstas para cualquier persona (siendo la LPPD solo la ocasión para tipificarlas legalmente), otras son aplicables a la persona con discapacidad, con independencia de que haya sido o no declarada judicialmente incapacitada, incapacitación que, en cambio, es presupuesto necesario para otras medidas negociales previstas en la Ley. En consecuencia, podemos encontrarnos personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, personas con discapacidad no declaradas judicialmente incapaces e incapacitados judicialmente que pueden haber tramitado la declaración de discapacidad o minusvalía administrativa o no, al no alcanzar el grado suficiente para ello pero sí en cambio padecer una enfermedad persistente que les impide autogobernarse» (cfr. «Los efectos civiles del reconocimiento de la minusvalía tras la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 1062).

⁷²¹ Con frecuencia bienal a partir del año 2014, el INE elabora Proyecciones de Población con un horizonte de 50 años (2014-2063) para el total nacional y de 15 años (2014-2028) para las comunidades autónomas y provincias, según las características demográficas básicas (sexo, edad y generación). Según estas proyecciones, la esperanza de vida al nacimiento alcanzaría los 84,0 años en los hombres y los 88,7 en las mujeres en el año 2029, lo que supone una ganancia respecto a los valores actuales de 4,0 y de 3,0 años respectivamente. Estos valores serían de 90,9 años de esperanza de vida al nacimiento para los hombres y de 94,3 años para las mujeres en el año 2063. Las mujeres que en el año 2029 tuvieran 65 años vivirían en promedio 25,6 años más y en el caso de los hombres 21,8 años más, frente a los 22,9 años de supervivencia actuales para las mujeres a los 65 años y a los 19 años de supervivencia actuales para los hombres a los 65 años de edad [Datos obtenidos de la publicación del INE, *Mujeres y hombres en España*, Mujeres y hombres en España/Salud, Punto 4.1 Esperanza de vida (actualizado a 20 de mayo de 2015), <http://www.ine.es> (consulta: 10 de septiembre de 2015)].

⁷²² Cfr. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, pp. 19-20.

población de personas mayores, así como cuál será la pauta de tratamiento que se tendrá que afrontar ante los cambios en la actualidad y lo que se avecina en un futuro cercano.

El legislador español, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 49 de la Constitución, quiere establecer un marco legal adecuado que responda a la especial situación de las personas con discapacidad, promoviendo una política de integración, prevención, tratamiento y rehabilitación de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales. No obstante, como se verá más adelante, este deseo no se corresponde completamente con la realidad, porque, al menos en el supuesto personas con una discapacidad persistente que incide en el autogobierno, a pesar de la previsión de mecanismos tuitivos para la defensa de sus derechos, existe un auxilio voluntario que «reemplaza a la tutela judicial poniendo de manifiesto la insatisfactoria respuesta de las instituciones de guarda para satisfacer la creciente demanda de medidas asistenciales derivadas de la pérdida progresiva de la autonomía personal de las personas mayores»⁷²³.

A. Breve referencia a la protección internacional de la discapacidad

Dado que el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la igualdad de todos los seres humanos sin discriminación es uno de los principios fundamentales de las Naciones Unidas, no sorprende que la organización haya dedicado importantes iniciativas para mejorar la situación de las personas con discapacidad.

Durante los años cuarenta y cincuenta, sus agencias cooperaron con algunos Estados miembros a través de acciones de asistencia y entrenamiento en las áreas de la prevención y rehabilitación de las discapacidades. En los años sesenta, las organizaciones de personas con discapacidad exigieron un cambio en la aproximación del tema: se subrayaba la necesidad de la plena participación de las personas con discapacidad en la vida civil, política, económica, social y cultural en sus respectivas sociedades.

En los setenta, hubo un movimiento para la formulación de estándares internacionales relevantes sobre personas con discapacidad. Sin embargo, estos

⁷²³ *Ibidem*, p. 21.

esfuerzos no se manifestaron en medidas legalmente obligatorias, porque se trataba de meras declaraciones o recomendaciones. Dentro de estas iniciativas se encontraba la adopción de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental⁷²⁴ y la Declaración de los Derechos de los Impedidos⁷²⁵ (instrumentos cuyo lenguaje ha devenido en anacrónico).

Los años ochenta presenciaron un progreso más significativo con la designación del Año Internacional de las Personas con Discapacidad en 1981⁷²⁶ y la Década Internacional sobre Personas con Discapacidad de 1982 a 1991⁷²⁷. En 1982, la Asamblea General adopta el «Programa de Acción Mundial sobre Personas con Discapacidad»⁷²⁸ como medio para lograr la igualdad y plena participación de estos sujetos en la vida y desarrollo de la sociedad⁷²⁹. En 1987 se planteó por primera vez la posibilidad de elaborar una Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, durante la celebración de una Reunión de Expertos encargados de examinar la aplicación del Programa de Acción Mundial. El primer esbozo de Convención fue presentado ese mismo año por Italia en la Cuadragésima Segunda Sesión de la Asamblea General. Con posterioridad, en 1988, Suecia hizo un nuevo intento, pero ninguno de los dos países tuvo éxito. La oposición se encontraba fundamentalmente motivada por una preocupación general respecto de que el régimen de derechos humanos fuera demasiado exigente y difuso, y que los mecanismos existentes en cada país podían proveer una adecuada protección a las cuestiones relativas a la discapacidad. Por otro lado, algunas delegaciones alegaban que podrían presentarse muchas dificultades a la hora de la ratificación de una Convención de este tipo, como consecuencia de que sus propias legislaciones no abordaban la discapacidad como motivo de discriminación.

⁷²⁴ Resolución de la Asamblea General 2856 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971.

⁷²⁵ Resolución de la Asamblea General 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975.

⁷²⁶ Resolución de la Asamblea General 31/123 de 13 de diciembre de 1976.

⁷²⁷ Resolución de la Asamblea General 37/53 de 3 de diciembre de 1982.

⁷²⁸ Resolución de la Asamblea General 37/52 de 3 de diciembre de 1982.

⁷²⁹ STEIN, Michael Ashley y LORD, Janet E., «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como un medio para la transformación social», *Mecanismos nacionales de monitoreo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F., 2008, p. 12, http://www.libreacceso.org/downloads/0805_libro_discapacidad.pdf (consulta: 17 de julio de 2014).

En diciembre de 1991, la misma Asamblea General adoptó otro instrumento sustantivo, los denominados «Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Salud Mental»⁷³⁰, y a finales de la década de 1983-1992, proclamó que el 3 de diciembre sería el Día Internacional de las Personas con Discapacidad⁷³¹. En 1993, adoptó las «Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad»⁷³² como base para la generación de políticas internas y la cooperación internacional, tanto técnica como económica. Para facilitar estas funciones, dichas Normas Uniformes establecieron un mecanismo de monitoreo donde un Relator Especial reporta directamente a la Comisión de Desarrollo Social⁷³³.

Por su parte, el reconocimiento del carácter transversal de los temas relativos a la discapacidad, también ha conducido a la creciente inclusión de la situación y de las necesidades de las personas con discapacidad en distintas conferencias internacionales realizadas bajo el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas. Así, por ejemplo, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, de 1992; la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, de 1993; la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, de 1994; la Cumbre Mundial de Desarrollo Social, de 1995; la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, de 1995; la Cumbre Hábitat II, de 1996; la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras Formas de Intolerancia Relacionadas, de 2001; la Segunda Conferencia Mundial sobre Envejecimiento, de 2002; entre otras.

Las agencias especializadas también han representado un papel importante en estos temas. La Organización Internacional del Trabajo (OIT), La Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Educativa, Científica y Cultural de Naciones Unidas (UNESCO) y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) han proporcionado, en sus respectivas áreas de competencia, asistencia técnica para la formulación de políticas públicas destinadas a asegurar la

⁷³⁰ Resolución de la Asamblea General 46/119 de 17 de diciembre de 1991.

⁷³¹ Resolución de la Asamblea General 47/3 de 14 de octubre de 1992.

⁷³² Resolución de la Asamblea General 48/96 de 20 de diciembre de 1993.

⁷³³ QUINN, Gerard y DEGENER, Theresia y otros, *Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Naciones Unidas, Ginebra, 2002, pp. 38-41, <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/614> (consulta: 16 de septiembre de 2015).

participación de las personas con discapacidad en todos los aspectos de su vida social⁷³⁴.

Todas estas resoluciones y declaraciones a pesar de ser encomiables por adelantarse a su tiempo, no son legalmente obligatorias. Por ello, desde el movimiento de personas con discapacidad hacía tiempo que se venía insistiendo en la necesidad de contar con un documento vinculante. En el año 2000 se celebró Beijing una Cumbre Mundial de Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) dedicadas a la discapacidad, en donde se sugirió, una vez más, la necesidad de una Convención Temática. La Declaración de Beijing, afirmaba que era ese el momento oportuno para que las Organizaciones No Gubernamentales y los Estados colaborasen en un proceso dirigido a la elaboración y adopción de una Convención Internacional. La conferencia instaba a los Jefes de Gobierno al inicio del proceso de elaboración de la citada Convención, al mismo tiempo que comprometían a las organizaciones participantes, en el esfuerzo de alcanzar un instrumento jurídico internacional con fuerza vinculante. De este modo, en diciembre de 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció un Comité *Ad Hoc* para considerar propuestas hacia una convención internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. El resultado fue la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que a continuación estudiaremos.

B. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La adopción de este instrumento jurídico internacional, aprobado el 13 de diciembre de 2006 en la sede de Naciones Unidas en Nueva York⁷³⁵, supone la aceptación de un nuevo paradigma que ha venido reclamándose hace mucho tiempo atrás: la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.

⁷³⁴ Vid. MORENO MOLINA, José Antonio, «La protección internacional de las personas con discapacidad», *Documento de trabajo. Seminario permanente de ciencias sociales*, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, 2005, p. 6-7, <https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/2009/06.pdf> (consulta: 16 de septiembre de 2015).

⁷³⁵ Este proceso lo inició el Comité Especial, establecido por la Organización de Naciones Unidas en el año 2001, en el que participaron varios actores: Estados miembros, Observadores, Cuerpos y Organizaciones importantes de la ONU, incluido el Relator Especial sobre Discapacidad, Instituciones de derechos humanos nacionales, y ONGs, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias. Se celebraron ocho reuniones y el 25 de agosto de 2006, en la octava sesión, durante el último día autorizado para negociar la Convención propuesta, el Comité Especial la adoptó.

El modelo de los derechos humanos proclama que la persona con cualquier tipo de discapacidad tiene reconocidos y garantizados todos sus derechos en igualdad de condiciones; así como, la preocupación de la Administración pública y los actores sociales porque se cumpla tal cometido y se otorguen los medios necesarios para su consecución⁷³⁶. Se entiende que la persona con discapacidad es para todo sujeto de derecho y no objeto de meras políticas asistenciales (que tienen un perfil más de beneficencia que de respeto de su dignidad⁷³⁷). En consecuencia, se trata de considerarlo en términos de sus derechos y no como un problema⁷³⁸.

En el Preámbulo, literal e), de la Convención se reconoce que «*la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*». Por tanto, actualmente la noción de discapacidad debe ser vista de una manera integral, armonizando los factores internos e individuales con los sociales o contextuales. Este es el propósito del modelo biopsicosocial⁷³⁹.

⁷³⁶ Vid. VIVAS TESÓN, Inmaculada, «Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad», *Revista de derecho UNED*, Núm. 7, 2010, pp. 567-568, <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11037> (consulta: 16 de diciembre de 2015) y DE AMICIS, Alessia, «La L. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità i principi e le procedure», *Giurisprudenza di merito*, fasc. 10, 2009, pp. 2375-2397.

⁷³⁷ La Convención de 2006 es el primer instrumento normativo de carácter integral y universal. Si bien con anterioridad existían declaraciones de derechos de las personas con discapacidad, éstas aún tenían el sello paternalista.

⁷³⁸ Durante mucho tiempo se ha tenido una concepción errada de la persona con discapacidad, otorgándole la categoría de «enfermo» que necesita medidas para tratar su «minusvalía» y protección frente a los actos de los demás. En este sentido, el mejor mecanismo de defensa era el aislamiento y la no participación en la sociedad.

⁷³⁹ Con el tiempo, el tratamiento y concepción de la discapacidad ha ido progresando. El progreso se estudia a través de los diferentes modelos que la han tomado en cuenta y le han atribuido determinados caracteres y consecuencias. De este modo, el *modelo de la prescindencia* consideró a las personas con discapacidad como un estorbo y por eso debía procederse a su eliminación o marginación. La discapacidad se veía como castigo divino (pecado). Posteriormente, el *modelo médico* acoge a la discapacidad como un problema personal, que tiene su origen en una enfermedad o deficiencia de salud (concepto biológico) y la única manera de superarla es mediante el tratamiento médico y las políticas asistenciales. Seguidamente, surge el *modelo social*, especificando que la discapacidad es producto de la persona con su entorno. De manera que existen barreras que limitan la posibilidad para que se desarrolle en todos los ámbitos; por tanto, la forma de ayudar y proteger al discapacitado es intervenir para eliminar dichos obstáculos y lograr que aquél alcance un desarrollo integral y autónomo en todos los ámbitos de su vida. Aparentemente, éste modelo es el que mejor se adecua a la Convención; sin embargo, no ha estado libre de críticas entre las cuales destacan: la omisión de otras causas, además de las médicas, que influyen en la configuración de la discapacidad, la politización del modelo y la inadecuación para el tratamiento de

El tratado internacional se estructura en cincuenta artículos. En el artículo 1 define su propósito, así como quiénes son consideradas personas con discapacidad⁷⁴⁰. Su intención es «promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente». No se trata de crear nuevos derechos, sino de adaptar las normas pertinentes de los Tratados de Derechos Humanos existentes al contexto específico de la discapacidad. No sugiere estructurar un modelo específico para ellos por ser diferentes; sino, promover el disfrute de sus derechos de modo semejante que el resto de personas en igualdad de condiciones.

El segundo artículo asume las definiciones de ciertos términos (comunicación, lenguaje, discriminación por motivo de discapacidad, ajustes razonables y diseño universal). El artículo 3 establece los principios generales que servirán de guía a los efectos de su interpretación y aplicación⁷⁴¹. Estos principios

discapacidades más severas. Finalmente, está el *modelo de la diversidad* que acoge algunos de los postulados del modelo social y vida independiente, poniendo énfasis en los conceptos de independencia y ejercicio de la libertad. Plantea que la justicia se logra entendiendo que la discapacidad es un rasgo de la diversidad humana y debe aceptarse, sin que esto conlleve a reactivar actitudes paternalistas que anulen la facultad de decisión. Para un mayor estudio de estos modelos, *vid.* ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad», *op. cit.*, pp. 11-66; LIDÓN HERAS, Leonor, *La Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad. ¿Por qué una toma de conciencia. Una propuesta para los medios de comunicación?*, Ramón Areces, Madrid, 2011; OLIVER, Michael, *Understanding disability: from theory to practice*, Palgrave-Macmillan, London, 2009; PALACIOS RIZZO, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008; PALACIOS RIZZO, Agustina y ROMANACH CABRERO, Javier, *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversitas, Madrid, 2006 y SILVERS, Anita, «No talent? Beyond the worst off! A diverse theory of justice for disability», *Disability and Disadvantage*, BROWNLEE, Kimberley y CURETON, Adam (Eds.), Oxford University Press, 2009, pp. 163-199.

⁷⁴⁰ Art. 1 CIDPD: «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

⁷⁴¹ Art. 3 CIDPD: «a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de

resultarán de suma importancia a la hora, tanto de elaborar políticas en la materia, como de interpretar o de aplicar sus cláusulas; como también indagar en los derechos que el instrumento protege; y en las obligaciones que establece.

El artículo 4 asume ciertas obligaciones generales a las cuales se comprometen los Estados Parte. El artículo 5 aborda una cuestión que tiene una aplicación transversal, como la de la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad. Los artículos 6 y 7 ocupan la situación de las mujeres con discapacidad y los niños y niñas con discapacidad, respectivamente. El artículo 8 establece una serie de medidas a adoptar por los Estados, a los fines de sensibilizar y educar a la población respecto de los derechos de las personas con discapacidad, su dignidad y los prejuicios y barreras sociales que comúnmente enfrentan. Los artículos 9 al 30 abordan desde dicha perspectiva una serie de derechos. El artículo 31 establece la obligación de que los Estados Parte recopilen datos estadísticos y de investigación, requisito esencial para poder diseñar políticas efectivas. El artículo 32 reconoce la importancia de la cooperación internacional a los efectos de promover el cumplimiento efectivo de las obligaciones asumidas en la Convención. Los artículos 33 a 40 asumen las cuestiones relativas a la aplicación y supervisión de la Convención, tanto a nivel de los propios Estados Parte, como a nivel internacional. Finalmente, los artículos 41 a 50 son disposiciones finales, entre las que se abordan cuestiones tales como firma, ratificación, reservas, etc.

De todos estos artículos, el 12 fue sin duda uno de los más polémicos, tanto así que puso en apuros la propia aprobación de la Convención. Ello en virtud de la oposición que había entre unos países que abogaban por un reconocimiento pleno de la capacidad (jurídica y de obrar), y otros que defendían la no inclusión de la capacidad de obrar dentro de la capacidad jurídica⁷⁴².

Este precepto establece lo siguiente: los Estados Parte *«reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; están obligados a reconocer que las personas con*

las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad».

⁷⁴² Cfr. PALACIOS RIZZO, Agustina y BARIFFI, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad*, TRUJILLO JIMÉNEZ, Esther y PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Dirs.), Cinca, Madrid, 2007, pp. 104-105.

discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, a asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas; a tomar todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y a velar por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

De acuerdo a la filosofía del artículo, y de toda la Convención, las personas con discapacidad tienen la titularidad de los derechos, pero también deben tener la oportunidad de poder ejercerlos. El reconocimiento de su capacidad jurídica es clave porque constituye la «puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos»⁷⁴³. Para lograr este objetivo es importante reconocer que no son las personas con discapacidad las que deben «mejorar» para hacerse merecedoras de una capacidad jurídica, y que si no logran llegar al nivel de un ciudadano normal se les excluye y se

⁷⁴³

Cfr. BARIFFI, Francisco, «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU», *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, PÉREZ BUENO, Luis (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 357. Para PALACIOS RIZZO, la capacidad jurídica se erige en «condición *sine qua non* a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades» (*El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, op. cit., p. 419).

les anula la capacidad; sino que es la sociedad la que debe adaptarse a la situación de la discapacidad.

La colectividad debe otorgar la posibilidad para que la capacidad jurídica se desenvuelva. Una cosa es tener la capacidad de razonar, sentir y comunicarse y otra muy distinta tener la posibilidad. Se debe luchar contra aquello que provoca la imposibilidad, ya sea algo «natural o algo construido»⁷⁴⁴. El sujeto con discapacidad debe tener la expectativa de actuar con autonomía e independencia individual, y contar con la oportunidad de tomar sus propias decisiones al igual que los demás miembros de la sociedad; y donde no sea posible anular de manera definitiva los inconvenientes, instaurar mecanismos de asistencia que favorezcan la consecución de los objetivos, sin discriminación y en condiciones de igualdad⁷⁴⁵.

Las ayudas se darán, en general, tanto a nivel patrimonial como en el ejercicio de los derechos fundamentales. Pueden adoptar múltiples formas, desde el prestado en y por la familia, que es especialmente preferido como se desprende del artículo 23.4 y 5 de la Convención; hasta el sistema de «apoyo asistencial» en sus diversas áreas: asistente personal, económico, y social; en sus vertientes esenciales de salud, educación, integración social y vida independiente. Los asistentes podrán ser las personas físicas como las jurídicas, y se deberá tener en cuenta la voluntad de la persona a asistir si la hubiese manifestado. También se contemplaría la posibilidad de una «asistencia institucional», necesaria para la protección de la persona en situación de desamparo; así como, la prestada por un sujeto de confianza o una red de varias

⁷⁴⁴ Vid. DE ASÍS ROIG, Rafael, «Sobre la capacidad», *Papeles en el tiempo de los derechos*, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Núm. 4, 2009, http://www.tiempodelosderechos.es/es/biblioteca/cat_view/14-documentos-consolider/15-working-paper.html (consulta: 20 de diciembre de 2015).

⁷⁴⁵ Esto se corresponde con lo establecido en el art. 5 CIDPD: «1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad».

personas, que podría necesitarse solo ocasionalmente o de forma continua. En todo caso, la idea es personalizar la asistencia⁷⁴⁶.

El artículo 12 de la Convención, por tanto, instaura un cambio fundamental a la hora de abordar la cuestión de la capacidad de una persona con discapacidad y los medios de apoyo. Establece que tales medidas deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; evitar los conflictos de intereses y la influencia indebida; ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; aplicarse en plazo más corto posible; ser sometidas a exámenes periódicos, por parte de la autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Ello implica relativizar el actual modelo médico que conlleva la limitación a veces absoluta de la capacidad de obrar de ciertas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial, y abrazar un nuevo modelo de inclusión social, inspirado en el principio de no discriminación y plena igualdad ante la ley⁷⁴⁷.

En consecuencia, al parecer la Convención restringe y limita, casi en su totalidad, el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar cuando tenga por único objeto la anulación de la capacidad para otorgársela a un tercero⁷⁴⁸, porque entiende que las limitaciones de la capacidad natural, aunque imposibilitan a quienes las padecen para gestionar sus asuntos, no constituyen fundamento para restringir la

⁷⁴⁶ Cfr. GANZENMÜLLER ROIG, Carlos, «La Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Efectos sobre la tutela y las decisiones individuales», *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad, Logroño 7-8 mayo 2009*, Fundación Tutelar de la Rioja, Logroño, 2009, p. 17.

⁷⁴⁷ Cfr. ANGUITA RÍOS, Rosa María, «La protección del discapacitado no incapacitado», *op. cit.*

⁷⁴⁸ Cfr. ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria, *Discapacidad y sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Cermi, Madrid, 2013, p. 44. Algunos autores defienden la desaparición total del procedimiento de la modificación de la capacidad de obrar. Para CUENCA GÓMEZ, la exigencia de igualdad en la capacidad jurídica contenida en el art. 12 de la Convención reclama, entre otras cosas, la eliminación de dicho procedimiento (y no solamente su maquillaje), el desmantelamiento del modelo de sustitución (de sus principios y de sus instituciones) y el establecimiento de un sistema de apoyo que permita a las personas con discapacidad *tomar sus propias decisiones*. En su opinión, no solo el Gobierno, sino que también el poder judicial español parece empeñado en no avanzar de manera decidida por esa senda. Según esta autora, la STS de 29 de abril de 2009 debería haber declarado contrario a la Convención el procedimiento de incapacitación por aplicación directa del art. 12.2; sin embargo, hizo todo lo contrario: lo declaró conforme a la Convención, la Constitución y a todo el ordenamiento (cfr. «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: El art. 12 de la convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, pp. 255-256).

capacidad jurídica⁷⁴⁹. Según VARELA AUTRÁN, «parece bastante claro, el criterio legal y doctrinal respecto a que la situación de incapacitación, judicialmente declarada, no debe afectar el ejercicio de los derechos de la personalidad, en tanto se encuentre la capacidad natural para su normal ejercicio. Las enfermedades relevantes, incluso las susceptibles de tutela, no siempre eliminan la capacidad de entender y de querer, por lo que, en la medida en que se conserve esta facultad, debe permitirse el ejercicio de los derechos fundamentales y de la capacidad propios de todo ser humano, ya que la negativa de tal ejercicio comportaría ignorar el principio de protección e integración social que se establece en el texto constitucional para el colectivo de personas con discapacidad. Solo podría justificarse la negación del ejercicio de esos derechos si la propia protección del incapacitado lo requiere, lo que habrá de determinarse en cada caso en función de las circunstancias concurrentes. Sin embargo, siempre que se acredite una aptitud para actuar de una forma racional, no cabe negar el libre y autónomo ejercicio de esos derechos inherentes a la persona»⁷⁵⁰. Lo que no permite el Tratado internacional es expulsar de la vida

⁷⁴⁹

El Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad en la Observación General Núm. 1 (2014) declara que «*La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores. En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse*». Según GARCÍA LLERENA, «la capacidad natural, por las propias características que posee constituye una cuestión de hecho, sólo determinable en cada sujeto concreto y en función de cada situación de la que se predique su existencia o inexistencia» (*El mayor interés en la esfera personal del incapaz, op. cit.*, p. 154). Por su parte, ALBALADEJO GARCÍA entiende que «el fallo que declara incapaz no fundamenta por sí sólo y definitivamente en adelante la presunción (...) de que los actos que realice después el incapacitado son actos realizados por una persona carente de entendimiento y voluntad, ni siquiera si se le incapacitó por enfermedad o deficiencia que las supiese al momento de incapacitarlo» (*Derecho Civil*, t. I, vol. I, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 281-282). Análogamente, *vid.* LISELLA, Gaspare, «Fondamento e limiti dell'incapacitación nell'ordinamento spagnolo», *Rassegna di Diritto Civile*, t. IV, 1985, p. 786 y AUTORINO STANZIONE, Gabriella, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1990, pp. 313 y 315.

⁷⁵⁰

«La protección jurídica de las personas con capacidad intelectual límite: curatela, guarda de hecho y otras figuras», *La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto 2007*, MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel (Dir.), Aranzadi, Pamplona, p. 80.

jurídica a la persona con discapacidad bajo el «bienintencionado» deseo de proporcionarle una «mejor» ayuda y protección, cuando en realidad lo que se busca es la protección del tráfico y la seguridad jurídica.

Ante lo expuesto, surge la discusión de si la promoción del sistema de apoyos que promueve la Convención excluye, o no, el mecanismo de sustitución de la voluntad. Alguna parte de la doctrina cree que es así, y que el sistema de apoyos debe ser desarrollado por el Derecho interno de cada país⁷⁵¹. Para otros, este nuevo enfoque obliga a la reflexión en cuanto a la adopción de fórmulas legales de protección menos drásticas y de consecuencias menos perniciosas para la persona con discapacidad⁷⁵², sin eliminar completamente el mecanismo de sustitución porque existen situaciones muy graves que lo requieren. No obstante, habrá que agotar

⁷⁵¹ Según VARELA AUTRÁN, con la Convención «se ha pasado de un sistema de sustitución del consentimiento y consiguiente representación legal a otro de mero apoyo o ayuda a una capacidad disminuida o anulada que, sin embargo, se hace merecedora del reconocimiento de los derechos humanos inherentes a toda persona por el hecho de serla» («La tutela, ante la Convención», *Escritura Pública*, Núm. 60, Noviembre-Diciembre de 2009, p. 68). En el mismo sentido, PÉREZ BUENO, Luis, «La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la Convención. Una visión desde el movimiento asociativo español», *Discapacidad, derecho y políticas de inclusión*, Cinca, Madrid, 2010, pp. 65-79; CUENCA GÓMEZ, Patricia, «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: El art. 12 de la convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español», *Derechos y libertades*, Núm. 24, 2011, pp. 221-257; DE ASÍS ROIG, Rafael, «Sobre la capacidad», *op. cit.*; AA. VV., *La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*, DE ASÍS ROIG, Rafael (Dir.) y BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, PALACIOS RIZZO, Agustina y CUENCA GÓMEZ, Patricia (Coords.), Cermi, Madrid, 2008, <http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Paginas/Inicio.aspx> (consulta: 20 de diciembre de 2015). Para estos autores, la mayoría de la Rama de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, el objetivo de la Convención es proclamar la igualdad de todas las personas, que todas tienen capacidad jurídica, y lo que se debe hacer es promover esta capacidad; por tanto, el proceso de incapacitación contraviene este objetivo. Manifiestan que el art. 12 de la Convención supone una sacudida de instituciones seculares, que la fuerza de la costumbre, y esa adhesión tan humana a lo ya existente, hace que se considere venerables y por tanto casi intangibles. El principio general que sienta dicho artículo, es el de que las personas con discapacidad tienen la misma «capacidad jurídica» que las demás «en todos los aspectos de su vida». Esto significa que no cabe la sustitución o representación en la toma de decisiones o en el gobierno de sí y de los derechos e intereses de la persona, a causa o por motivo de discapacidad. La pura y mera sustitución, se trueca por el apoyo o los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica plena.

⁷⁵² Cfr. HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, «Nuevos instrumentos jurídicos en la protección de las personas incapaces en el ordenamiento jurídico español: hacia una mayor flexibilización de las instituciones tradicionales», *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. IV, Núm. 26, 2010, p. 99, <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222980006.pdf> (consulta: 24 de febrero de 2016). Para GETE-ALONSO Y CALERA, la declaración de incapacitación de la persona puede ser útil solo en las situaciones más graves (enfermedad o deficiencia que impide el autogobierno), pero no en los demás casos (cfr. «La situación de las personas mayores», *Los derechos de las personas mayores: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 54).

previamente los mecanismos de protección menos invasivos y recordar que la decisión se adopta en razón de la situación y nunca por la discapacidad⁷⁵³.

En todo caso, la elección del medio de apoyo se realiza de acuerdo a la circunstancia particular de la persona a proteger (condiciones de vida, actividades que puede hacer, qué necesita realmente para poder ejercer con la máxima plenitud posible su capacidad jurídica, en qué va a beneficiar la sentencia que se dicte, etc.). Si se opta por la modificación de la capacidad de obrar, la sentencia tendrá que ajustarse a las necesidades de cada sujeto; de forma que la incapacidad que se solicite y la que se concede, se acomode perfectamente solo y exclusivamente a ella⁷⁵⁴.

⁷⁵³

MAYOR FERNÁNDEZ defiende esta posición cuando se refiere al sistema de protección español. Según este autor, dicho sistema no es incompatible con la Convención, porque es evidente que cuando ésta habla de apoyo o apoyos de las personas con discapacidad, utiliza un término genérico que podrá acoger sin obstáculo alguno la pluralidad de formas e instituciones jurídicas de protección típicas de cada ordenamiento (cfr. «La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Núm. 2133, julio 2003, p. 17). Para GARCÍA PONS, el artículo 12 de la Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica, en aquellas situaciones donde una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Este cambio, puede ser denominado como el paso del modelo de «sustitución en la toma de decisiones» al modelo de «apoyo o asistencia en la toma de decisiones», de modo que la incapacidad absoluta debe dejar de ser la regla general y pasar a ser excepcional. Por consiguiente, en los procesos en que se solicite modificar o privar de la capacidad de obrar de una persona, es preciso promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales, adoptando para ello medidas de apoyo o protección que sean necesarias (cfr. «El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVI, 2013, fasc. I, p. 97). En el mismo sentido, *vid.* PEREÑA VICENTE, Monserrat, «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», *Diario La Ley*, Núm. 7691, 2011; RAMS ALBESA, Joaquín, «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 723, 2011, pp. 211-296; ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 23; BARIFFI, Francisco, «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU», *op. cit.*, p. 382; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, «La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 23, 2009, pp. 335-368; SILLERO CROVETTO, Blanca, «Implicancias del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el sistema jurídico español», *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José González García*, JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 139-162 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 15-40.

⁷⁵⁴

Vid. SAP Palmas de Gran Canaria de 27 de abril de 2010.

En fin, nuevos conceptos, ajustes dogmáticos en la concepción de capacidad jurídica y de obrar, planteamiento de otros instrumentos en el procedimiento de determinación de la capacidad; en definitiva, una serie de modificaciones progresivas que requerirán de la compatibilización del sistema de incapacitación y las nuevas medidas de apoyo para acomodar la respuesta a las múltiples necesidades de las personas con discapacidad⁷⁵⁵.

C. Algunos supuestos de protección jurídica no incapacitante

Antes de que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad vea la luz en el 2006, algunos países de Europa, incluido España, ya habían identificado los inconvenientes de la incapacitación⁷⁵⁶; en consecuencia, iniciaron una serie de reformas en el ámbito civil y adoptaron mecanismos de protección de incapaces no incapacitantes.

1. Francia

El ordenamiento francés fue uno de los primeros en realizar estos cambios como respuesta al aumento de la población envejecida y a la necesidad de ajustar los instrumentos tuitivos a la situación particular del protegido⁷⁵⁷. De esta forma, en 1968 adopta la Ley Núm. 68-5 de 3 de enero⁷⁵⁸, que modifica íntegramente el Título XI, del Libro I, del Code Civil, titulado «*De la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi*», en virtud a los reclamos de la sociedad y las nuevas tendencias

⁷⁵⁵ Cfr. ANGUITA RÍOS, Rosa María, «La protección del discapacitado no incapacitado», *op. cit.*

⁷⁵⁶ Como por ejemplo: sentido netamente patrimonial, intereses familiares, existencia de una protección personal paralela a la incapacitación (cuidados familiares o de allegados y centros residenciales), etc.

⁷⁵⁷ A estas causas hay que añadir razones de evolución social que claramente las da a conocer DE SALAS MURILLO. Para esta autora, «desde el punto de vista social, se han apuntado como causas los importantes cambios sufridos por la sociedad francesa desde principios del siglo XX: el éxodo del campo a la ciudad, con la consiguiente desaparición de las comunidades rurales y el desarrollo anárquico del desarrollo urbano (fenómenos éstos, que, en contra de lo que pudiera esperarse teóricamente, ponen al descubierto frecuentemente la fragilidad psicológica del individuo); la modificación (...) de la unidad familiar, que por razones económicas y sociales, encuentra grandes dificultades para mantener en el domicilio a estas personas; la creciente complejidad del entramado de relaciones jurídicas en las que el individuo se ve envuelto, que excluye ciertos actores sociales del tráfico (ancianos incapaces de adaptarse a los cambios, débiles mentales...), o cuanto menos, les hace acreedores del necesario acompañamiento. Sin olvidar el ya repetidamente citado dato (...) de que el progreso de la Medicina ha contribuido al aumento de la esperanza de vida de los incapaces» [*La responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación, op. cit.*, p. 38 (nota 25)].

⁷⁵⁸ Publicada en el Journal Officiel du 4 janvier 1968.

médicas y psiquiátricas, que promueven mantener a la persona en su ámbito cotidiano para su recuperación. Esta norma establece como mecanismos de protección jurídica la *sauvegarde de justice*, la curatela y la tutela, actualmente vigentes.

a. *Sauvegarde de justice*

Esta medida constituyó la verdadera novedad de la ley⁷⁵⁹, porque no altera la capacidad de la persona y es temporal⁷⁶⁰. No puede exceder de un año salvo

⁷⁵⁹ Vid. ABBATE, Marisa, «Profili della protezione giuridica degli incapaci maggiorenni in Francia», *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, NAPOLI, Emilio Vito (a cura), Milano, 2005, pp. 129-167.

⁷⁶⁰ En cambio, la tutela y la curatela siguen siendo regímenes de protección que implican la limitación de la capacidad de obrar. Están sujetos a muchas disposiciones comunes (aunque algunas normas son específicas). Su permanencia es lo que las une y lo que las diferencia de la *sauvegarde de justice* (cfr. art. 440 CCF). Se estructuran en torno a una persona responsable de la protección y una persona que lo supervisa. Otro miembro puede intervenir en los casos de conflicto de intereses (cfr. art. 445 CCF). Son cargos personales, sin embargo, hay posibilidad de delegación para la realización de ciertos actos (cfr. art. 452 CCF). En cuanto a su duración, no pueden, en principio, exceder de cinco años. Sin embargo, cuando la alteración de las facultades, descritas en el art. 425 CCF, no mejoran según los datos obtenidos por la ciencia, el juez podrá, mediante resolución motivada y por recomendación del médico a que se refiere el art. 431 CCF, fijar una continuación más larga hasta los diez años (cfr. art. 441 CCF). También, la medida puede ser renovada por el mismo tiempo, y para el caso de que la alteración no optimice la prórroga no puede exceder los veinte años (cfr. art. 442 CCF). El juez podrá, en cualquier momento, suspender, modificar o sustituir la medida por otra, previo aviso a la persona responsable de la medida de protección (cfr. art. 442 CCF). El régimen expira, en ausencia de la renovación, con el vencimiento del plazo, cuando hay cosa juzgada, o por la muerte de la persona. Sin perjuicio de los artículos 3 y 15 del Code Civil, la autoridad judicial también podrá culminarlo cuando la persona protegida reside fuera del territorio nacional, si es que impide su seguimiento y control (cfr. art. 443 CCF). En virtud del art. 444 CCF, la apertura, modificación o cancelación de la tutela o curatela no son vinculantes respecto a terceros hasta dos meses después que se haya hecho referencia en el margen de la partida de nacimiento de la persona protegida conforme a lo dispuesto por el Code de Procédure Civile. Sin embargo, incluso en ausencia de esta referencia, son oponibles a terceros que tengan conocimiento personal de la situación. La elección del tutor y curador no resulta necesariamente de una disposición legal. En este sentido, todas las tutelas son dativas u obra del juez (cfr. art. 446 CCF). La norma le otorga cierta libertad en la organización de las medidas, lo que permitirá adaptarlas a la importancia del patrimonio y la dificultad que presenta su gestión. En efecto, no está limitado el número de personas necesarias para proporcionar tanto la protección personal como patrimonial. Varios tutores o curadores podrían ser designados a condición de que su función recaiga en objetos distintos. Se puede separar la protección de la persona y la gestión del patrimonio; también nombrar un tutor o curador adjunto para la gestión de determinados bienes. En este caso, a menos que el juez decida otra cosa, todas estas personas son independientes entre sí y no son responsables el uno al otro. Las peticiones judiciales no tienen que ser firmadas por el tutor del patrimonio y el tutor de la persona (cfr. art. 447 CCF). En cualquier caso, sin embargo, la coherencia y la eficacia de la gestión requieren un mínimo de cooperación entre los diferentes actores. La persona protegida recibe de la persona encargada de su protección toda la información sobre su situación personal, los actos realizados, su utilidad, su grado de urgencia, sus efectos y las consecuencias en caso de negativa (cfr. art. 457-1 CCF). En relación a los actos que se pueden realizar, salvo reserva de las disposiciones particulares previstas por la ley, aquellos

renovación por una sola vez según las condiciones establecidas en el párrafo cuarto del artículo 442 *in fine* del Code Civil.

La salvaguardia de justicia se aplica a la persona que, debido a las causas del artículo 425 del mismo código (alteración, médicamente certificada, de las facultades mentales, o corporales que evite la expresión de la voluntad)⁷⁶¹, necesita de una

cuya naturaleza implica un consentimiento estrictamente personal jamás pueden dar lugar a asistencia o representación de la persona protegida. Se reputan como actos *intuitu personae* la declaración de nacimiento de un hijo, su reconocimiento, los actos de la autoridad paterna relativos a la persona del menor, la declaración de la elección o del cambio del nombre de un hijo, dar el consentimiento a la propia adopción o a la de un hijo (cfr. art. 458 CCF). Fuera de los actos personalísimos, la persona protegida toma solo las decisiones relativas a su persona en la medida en que su estado lo permite. Caso contrario, el juez o el consejo de familia pueden prever que recibirá asistencia de su encargado de su protección. Si la ayuda no es suficiente, puede autorizar al tutor a representar el interesado. No obstante, salvo urgencia, el tutor o curador no pueden, sin autorización, tomar una decisión que tiene por resultado atentar gravemente contra la integridad corporal o contra la intimidad del protegido (cfr. art. 459 CCF). De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 459-2 CCF, la persona protegida escoge el lugar de su residencia. Mantiene libremente relaciones personales con terceros. Tiene el derecho a ser visitada y, si fuera el caso, ser alojada por aquellos. En caso de dificultad, el juez o el consejo de familia deciden. Finalmente, el tutor, como el curador, tiene la obligación de rendir cuentas, tanto en materia patrimonial y personal. En este último sentido, los términos del informe son fijados por el juez o el consejo de familia, al inicio de la medida o ulteriormente (cfr. art. 463 CCF). Respecto a las normas específicas, el matrimonio de una persona en curatela es permitido solo con la autorización del curador o, en su defecto, la del juez. Si es un tutelado, es lícito solo si la autoridad judicial o el consejo de familia lo autorizan, después de la audición de los futuros cónyuges y la recopilación, si procediere, de la opinión de los padres y de los allegados (cfr. art. 460 CCF). En la curatela, la persona bajo esta medida no puede, sin la asistencia del curador, realizar cualquier acto que para la tutela requiere autorización del juez o del consejo de familia. En el supuesto de un acto escrito, la asistencia del curador se manifiesta por la colocación de su firma junto a la de la persona protegida (cfr. art. 467 CCF). En todo momento, la autoridad judicial podrá enumerar la lista de algunos actos que el curatelado tiene la capacidad de hacer solo o, por el contrario, añadir aquéllos para los que se exige una curatela (cfr. art. 471 CCF). Asimismo, puede pedir una curatela reforzada (cfr. art. 472 CCF). El curador no sustituye; no obstante, puede, si comprueba que el curatelado compromete gravemente sus intereses, solicitar judicialmente ser autorizado a cumplir solo un acto determinado o promover la apertura de la tutela. Por otro lado, si el curador se niega a asistir al curatelado para un acto al que ha sido requerido, éste puede pedir al juez la autorización para cumplirlo solo (cfr. art. 469 CCF). En el caso de tutela, salvo los casos en que la ley o el uso autorizan al tutelado a actuar por sí mismo, el tutor lo representa en todos los actos de la vida civil. Sin embargo, el juez puede, en el juicio de apertura o posteriormente, enumerar algunos actos que la persona bajo tutela podrá hacer sola o con la ayuda del tutor (cfr. art. 473 CCF). Asimismo, *ex art.* 475 CCF, la persona tutelada está representado en los tribunales por su tutor. Sin embargo, no puede actuar, en demanda o en defensa, para hacer valer sus derechos extrapatrimoniales salvo autorización u orden del juez o del consejo de familia. Estos órganos también puede ordenar al tutor de desistir de la instancia o de la acción o de transigir.

⁷⁶¹

La alteración mental puede tener su origen en problemas físicos o psíquicos, lo que permite proteger, entre otros, a las personas ancianas que, sin padecer propiamente una enfermedad mental, sufren una disminución de sus facultades intelectuales, debido fundamentalmente a la edad. Por su parte, la alteración de las facultades físicas normalmente no ha de justificar el establecimiento de un régimen de protección. La persona que sufra esta alteración tendrá, según los casos, mayor o menor dificultad en expresar su voluntad, pero rara vez le será imposible hacerlo. Lo que realmente está protegiendo el artículo, es al sujeto que se

protección jurídica temporal o ser representado en la realización de actos concretos (cfr. artículo 433 del Code Civil). Para muchos, esta medida viene a llenar un vacío en el que se encontraban ciertos grupos de sujetos con capacidad mental debilitada y necesitados de una leve y transitoria protección (enfermedades mentales de ciclos cortos y previsibles; tratamientos breves durante los cuales la voluntad del enfermo está adormecida o debilitada; métodos de desintoxicación, depresión nerviosa, etc.). Para MALAURIE, «*le sauvegardé n'est ni un incapable (à la différence du majeur sous tutelle), ni un semi-capable (à la différence du majeur sous curatelle); il est un capable diminué. L'institution est caractéristique de l'esprit de la loi, qui nuance les incapacités des majeurs. La sauvegarde est un état intermédiaire entre l'inorganisation totale de la condition patrimoniale des majeurs, qui ne sont pas spécialement protégés, et la protection organisée que réalise la curatelle ou la tutelle*»⁷⁶².

Su constitución puede resultar bien de una decisión del juez tutelar del lugar de residencia del beneficiario o bien de una declaración médica hecha al fiscal (cfr. artículos 433 y 434 del Code Civil). En el primer caso, la autoridad judicial estatuye la medida cuando el beneficiario necesita de una protección temporal o ser representado en un acto concreto. Asimismo, la puede disponer dentro del procedimiento de tutela o curatela hasta que se organice la protección definitiva (cfr. artículo 432, segundo párrafo del Code Civil). La decisión se transmite al fiscal.

El segundo supuesto está previsto en el artículo L. 3211-6 del Code de la Santé Publique⁷⁶³, que recoge dos situaciones ante la existencia de una persona que necesita protección: la declaración médica facultativa y la obligatoria. La primera,

encuentra en la incapacidad de expresar su voluntad no solo por sí mismo, sino incluso a través de persona interpuesta (coma prolongado o paralización que impide expresar sus sentimientos).

⁷⁶² Cfr. *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ-Lextenso, Paris, 2014, p. 311.

⁷⁶³ Art. L. 3211-6 CSP: «*Le médecin qui constate que la personne à laquelle il donne ses soins a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425 du code civil, d'être protégée dans les actes de la vie civile peut en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice si elle est accompagnée de l'avis conforme d'un psychiatre. Lorsqu'une personne est soignée dans un établissement de santé, le médecin est tenu, s'il constate que cette personne se trouve dans la situation prévue à l'alinéa précédent, d'en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice. Le représentant de l'Etat dans le département doit être informé par le procureur de la mise sous sauvegarde*».

debe ir acompañada del parecer conforme de un médico especialista (psiquiatra). De hecho, muy a menudo el galeno no hará la declaración más que si se lo solicita la familia. Es por lo que, para evitar posibles abusos que podrían resultar bien de la complacencia del médico de la familia, bien de su inexperiencia en materia de enfermedades mentales, el texto de la ley ha exigido que la declaración fuese controlada por un especialista.

Por otro lado, es obligatoria si el sujeto se encuentra internado en una entidad pública o privada que figura en una lista establecida por el ministerio encargado de los asuntos sociales. No exige mayores requisitos porque, en principio y por hipótesis, el médico es un especialista; y porque al no estar vinculado ni al enfermo ni a su familia no hay razones para temer un abuso de su parte; además, la presencia del interesado en esas instituciones constituye una presunción de alteración de sus facultades⁷⁶⁴.

La novedad más importante de la salvaguardia de justicia es que el mayor de edad sujeto a esta medida conserva el ejercicio de sus derechos (cfr. artículo 435 del Code Civil). En consecuencia, los actos que realice son, en principio, válidos, cualquiera que sea su naturaleza, esto es, de administración o de disposición, patrimoniales o extrapatrimoniales. No obstante, puede impugnarlos mediante el ejercicio de la acción de nulidad, rescisión por lesión o reducción. En la valoración de estas acciones se tendrá en cuenta la fortuna de la persona protegida, la buena o mala fe de la contraparte y la utilidad o inutilidad de la operación realizada (cfr. artículo 435 del Code Civil). En efecto, el control es *a posteriori*.

Los compromisos adquiridos, son susceptibles de ser anulados si se demuestra que en el momento de la realización del acto el interesado estaba bajo la influencia de un trastorno mental (cfr. artículo 414-1 del Code Civil). La acción de reducción, por su parte, hace referencia a los compromisos excesivos. Es decir, aquéllos que, aun siendo hechos a su justo precio y no dando lugar a la acción rescisoria por lesión, son desproporcionados con las necesidades o con los recursos del incapaz. Por la reducción, estos compromisos sufren una disminución parcial que

⁷⁶⁴ Al respecto, *vid.* DUPUY, Olivier, *Guide de la protection des majeurs. La réforme du 5 mars 2007 expliquée*, Heures de France, Paris, 2009, pp. 17-19.

les lleva a una medida razonable. En el caso extremo de un perjuicio considerable, la reducción puede incluso ser total y entonces ser equivalente a una anulación⁷⁶⁵.

El ejercicio de estas acciones está sujeto a los mismos requisitos como si el acto hubiera sido realizado por persona no sometida a ningún régimen de protección. No obstante, hay ciertas peculiaridades: se permite impugnar el acto después de la muerte de la persona sometida a esta medida y el plazo de cinco años de prescripción no empieza desde el momento de realización del acto impugnado, sino desde que cesa la salvaguardia de justicia (cfr. artículo 1304 del Code Civil).

Respecto a la gestión del patrimonio como el sujeto protegido conserva el ejercicio de sus derechos puede realizar con validez los actos de gestión de sus bienes. Sin embargo, como es de temer que por su situación no los gestione adecuadamente, pueda ser de interés que otro lo haga por él (mandato a un tercero bajo control). En defecto de lo anterior, el legislador francés *ex* artículo 436, segundo párrafo, del Code Civil⁷⁶⁶, en lugar de utilizar la autoridad del juez de tutelas nombrando un administrador, ha preferido seguir la fórmula de gestión de negocios ajenos, regulada por los artículos 1372 del mismo cuerpo normativo. Por consiguiente, toda persona, pariente o no del protegido, puede tomar a cargo sus intereses, sea de manera general, sea con ocasión de un acto determinado. Teóricamente, este gestor puede realizar todos los actos conservadores y de administración e incluso, eventualmente, actos de disposición. Sin embargo, sería muy imprudente por parte del contratante conformarse con la afirmación del gestor, desde el momento en que el acto o la operación revistan una cierta importancia. En la práctica, la gestión de negocios no puede concebirse más que para operaciones corrientes y de carácter urgente⁷⁶⁷. A tenor de lo dispuesto en el artículo 1375 del Code Civil, si el negocio ha sido bien administrado, el sometido a salvaguardia de justicia debe cumplir los compromisos que el gestor haya contraído en su nombre, indemnizándole de todas las obligaciones personales que ha tomado, y reembolsarle los gastos útiles o necesarios.

⁷⁶⁵ Vid. CIAN, Giorgio, «L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee», *Rivista di Diritto Civile*, vol. 50, Núm. 4, 2004, p. 489.

⁷⁶⁶ Art. 436 CCF: «*en ausencia de mandato se siguen las reglas de la gestión de negocios*»

⁷⁶⁷ Cfr. RAISON, André, *Le statut des incapables mineurs ou majeurs: après la loi du 14 décembre 1964 et la loi du 3 janvier 1968*, Librairie du journal et des notaires et des avocats, Paris, 1969, p. 30.

Cuando no exista alguien que «voluntariamente» cuide de los asuntos del sujeto, el legislador establece el deber de ciertas personas⁷⁶⁸. Los obligados son los legitimados para solicitar la apertura de una medida de protección: cónyuge o concubino, a menos que la comunidad de vida haya cesado entre ellos; ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas; la persona que mantenga lazos estables y el Ministerio Público (cfr. artículo 430 del Code Civil). También corresponde al establecimiento que acoge al protegido (cfr. artículo 436 *in fine* del Code Civil). Este deber no consiste en gestionar ampliamente los asuntos de la persona protegida, sino solo la de hacer los actos conservadores necesarios (cfr. artículo 436, tercer párrafo, del Code Civil).

Si agotadas las alternativas, nadie se ocupa de la gestión, el artículo 437 del Code Civil, faculta al juez a designar un mandatario especial al efecto de realizar uno o varios actos específicos⁷⁶⁹. La ley deja una gran libertad para el nombramiento. Se podrá designar a un particular, pariente o amigo del salvaguardado, una asociación, una persona que entre en la categoría de los que tienen cualidad para ejercer las funciones del administrador especial, etc. Podrá también –y se puede pensar que esta solución será frecuentemente adoptada por los enfermos hospitalizados– designar al encargado de las funciones de gerente de las tutelas del establecimiento en que esté ingresado el mayor de edad protegido (cfr. artículos 449-451 del Code Civil). El mandatario solo puede realizar actos de administración (cfr. artículo 450 *in fine* del Code Civil); por tanto, si en un momento dado las circunstancias exigieren realizar una disposición, la única solución legal posible será que el juez proceda a constituir el correspondiente organismo tutelar. El principal efecto del nombramiento del mandatario especial, consistiría en privar al sometido a salvaguarda de la facultad de hacerlo por sí mismo⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ Art. 436 CCF (tercer párrafo): «*Ceux qui ont qualité pour demander l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle sont tenus d'accomplir les actes conservatoires indispensables à la préservation du patrimoine de la personne protégée dès lors qu'ils ont connaissance tant de leur urgence que de l'ouverture de la mesure de sauvegarde. Les mêmes dispositions sont applicables à la personne ou à l'établissement qui héberge la personne placée sous sauvegarde*».

⁷⁶⁹ Vid. WONG, Catherine, *Guide des tutelles et de la protection des majeurs*, Dunod, Paris, 2009, pp. 81-82.

⁷⁷⁰ Sobre este tema ha tenido oportunidad de manifestarse la jurisprudencia francesa: el mandato conferido por el juez de tutelas no puede ser revocado más que por él, no por el mayor de

A la salvaguardia también se le da publicidad la cual resulta de una mención dentro de un registro especial que lleva el fiscal. Esta puede ser solicitada solo por: la autoridad judicial, las personas que tengan la cualidad para demandar la apertura de la tutela o curatela y, bajo solicitud motivada: los abogados, procuradores y notarios justificando la utilización de la comunicación para un acto de sus funciones (cfr. artículo 10 de la Ley de 1968). La lista es limitativa; en consecuencia, los terceros no pueden obtener información e ignorar la capacidad de la persona protegida; salvo la adquieran a través de sus abogados.

Finalmente, el artículo 439 del Code Civil enumera las causas de cesación de la medida: *«Cuando la salvaguardia de justicia se ha impuesto en virtud del artículo 433, el juez podrá, en cualquier momento, ordenar su conclusión si la necesidad de la protección temporal finaliza. Cuando la salvaguardia de justicia fue abierta en virtud del artículo 434, puede finalizar por la declaración del fiscal si la necesidad de la protección temporal cesa o por la emisión de una nueva declaración médica. En todos los casos, a falta de finalización, de declaración de cesación o de emisión de la declaración médica, la salvaguardia de justicia termina en la fecha de vencimiento o después de realizar los actos para los que fue ordenada. También culmina con la apertura de una medida de tutela o curatela a partir del momento en que la nueva medida de protección jurídica surte efecto»*. En consecuencia, la medida de protección finaliza por: 1. Expiración del plazo. 2. La restauración de la plena capacidad del salvaguardado. 3. Realización de los actos para los que fue ordenada. 4. Transformación de la salvaguardia en una tutela o curatela.

b. Reforma de la protección jurídica de mayores en 2007. Algunas novedades

La aprobación de la Ley de 1968 fue un gran avance en la protección de mayores, pero los problemas no quedaron resueltos completamente. El 102º Congreso de Notarios de Francia de 2006⁷⁷¹, se consagró al estudio del tema. En sus conclusiones se puso de manifiesto que los cambios demográficos y sociológicos de la sociedad francesa generaban problemas en la aplicación del régimen jurídico

edad protegido, que no tiene, en consecuencia, la facultad de realizar los actos que entren en los poderes del mandatario.

771

Celebrado los días 21-24 de mayo en Estrasburgo, bajo el lema «Las personas vulnerables».

vigente, a la vez que su antigüedad dejaba al ordenamiento galo rezagado respecto a los países de su entorno que, en los últimos tiempos, habían incorporado a sus normas de protección el ingrediente primordial de la autonomía de la voluntad. En esta línea, se llevaron a cabo importantes propuestas para poner al día el marco normativo, las cuales fueron, en parte, asumidas por el Proyecto de Ley de reforma de la protección jurídica de mayores que en su Exposición de Motivos, introdujo, como uno de sus objetivos, conseguir, siempre que sea posible, la individualización o personalización de las medidas de protección⁷⁷².

Actualmente, la Ley 2007-308 de 5 de marzo de 2007⁷⁷³, en vigor desde enero de 2009, continúa en la senda de su proyecto y pone mayor empeño en la protección de la persona y no solo de su patrimonio. La norma conserva los regímenes de protección anteriores, pero los renueva. Asimismo, pone en marcha tres nuevos sistemas jurídicos destinados a descargar el sistema judicial⁷⁷⁴.

Respecto a la renovación, se promulgan nuevos principios que regirán todos los sistemas tuitivos⁷⁷⁵: libertad y dignidad, necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad. Los dos primeros, enfatizan que la situación del mayor es la que guía la concesión o el rechazo de una medida de protección, y no la pertenencia

⁷⁷² Exposé des Motifs: «(...) *En effet, une personne vulnérable ne doit être placée sous un régime de protection juridique que lorsque la résolution des difficultés qu'elle éprouve dans la vie civile du fait de l'altération de ses facultés nécessite qu'une atteinte soit portée à l'exercice de ses droits et lorsque aucun autre mécanisme juridique plus léger et moins restrictif de liberté ne peut être mis en œuvre. Cette protection doit alors être envisagée d'abord au sein du groupe familial, protecteur naturel du majeur vulnérable, avant toute désignation d'un tiers. L'organisation de la protection doit ensuite être proportionnée au degré d'incapacité de la personne et adaptée à sa situation. Il s'agit là des principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité de la protection juridique auxquels le présent projet de loi entend redonner toute leur efficacité. Le non-respect de ces principes compromet en outre le suivi réel des dossiers par le juge et rend la protection judiciaire des intéressés parfois illusoire. La réforme est donc dictée par le souci de recentrer le dispositif de protection juridique sur les personnes réellement atteintes d'une altération de leurs facultés personnelles tout en améliorant leur prise en charge, notamment en étendant la protection à leur personne même et non plus seulement au patrimoine, et en personnalisant le contenu des mesures(...)*» (ASSEMBLEE NATIONALE, Año 2006, douzième législature, Núm. 3462, pp. 4-5, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/projets/pl3462.pdf> (consulta: 26 de febrero de 2016).

⁷⁷³ Publicada en Journal Officiel du 7 mars 2007.

⁷⁷⁴ Para un análisis exhaustivo de estas medidas, *vid.* FOSSIER, Thierry, «La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007», *La Semaine Juridique*, Núm. 11, 2007, pp. 21-23.

⁷⁷⁵ *Vid.* DELFOSSE, Alain y BAILLON-WIRTZ, Nathalie, *La réforme du droit des majeurs protégés. Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*, LexisNexis, Paris, 2009, pp. 4-5 y DUPUY, Olivier, *Guide de la protection des majeurs. La réforme du 5 mars 2007 expliquée, op. cit.*, pp. 35-37.

humillante a categorías médicas o administrativas; así como, que el reconocimiento de sus derechos durante el curso de su protección (de los actos estrictamente personales, los actos de la vida corriente, un acceso a sus cuentas, etc.) es de vital importancia. Por su parte, el principio de necesidad, especifica que la medida debe ser médicamente establecida (desapareciendo la curatela por prodigalidad u ociosidad), debiendo contener la demanda y el certificado médico un contenido mínimo, y lo que es muy importante, el galeno considerado como poco independiente de la familia será sustituido por uno designado de oficio⁷⁷⁶.

De otro lado, respetando el principio de subsidiariedad, el juez no va a poder imponer una medida de protección jurídica, si existe otra menos restrictiva de derechos o el propio interesado haya previsto y organizado su protección a través del mandato de protección futura. Igualmente, ha de tener en cuenta si son suficientes para proteger al incapaz las reglas de los regímenes matrimoniales aplicables (tras el Decreto Núm. 2004-1158 de 29 de octubre, de reforma del procedimiento en materia familiar⁷⁷⁷, el juez de tutelas puede ser requerido por el esposo del mayor incapaz para ser autorizado a representar a su cónyuge, sin que tuviera que abrir ninguna medida de protección)⁷⁷⁸. Asimismo, este principio va aún más allá, porque implica

⁷⁷⁶ Al respecto, JEAN HAUSSER encuentra dos dificultades en la aplicación del principio. En primer lugar, hay que considerar no solo la incapacitación civil, sino también las disposiciones que rigen la hospitalización psiquiátrica sin consentimiento que, a pesar de ser una medida de protección, atenta contra la libertad de movimientos. La existencia de recursos en contra de esta medida, permite limitar su ámbito de actuación a la estricta necesidad. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos muestra que las soluciones no son siempre satisfactorias en este último punto. El Derecho francés ya fue condenado por su excesiva lentitud en el procedimiento, ya que dispone de un recurso complejo subdividido entre las jurisdicciones administrativas (recurso en contra de la orden de internamiento) y las jurisdicciones judiciales. En segundo lugar, el principio se vuelve difícil de aplicar cuando nos encontramos en un caso límite en el que la incapacidad es menos médica que social. Antes de la Ley de 3 de marzo de 2007, el sistema francés tuvo que lidiar con un incremento de número de curatelas agravadas (la que permite controlar la utilización de los ingresos de la persona), para las que la necesidad médica no siempre se podía demostrar (caso de personas sobreendeudadas habituales). *Stricto sensu*, es muy criticable que casos como éste dependan de la necesidad de una protección por curatela, y la jurisdicción de tutelas, muchas veces, no está habilitada para tratarlos [cfr. «Proteger y respetar a la persona», *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (Dir.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 142-143].

⁷⁷⁷ Publicado en el Journal Officiel du 29 octobre 2004.

⁷⁷⁸ En este sentido, para ANNICK BATTEUR, cuando una persona padece de trastornos mentales, su cónyuge tiene vocación de actuar para proteger a su persona y su patrimonio. Es una aplicación directa del art. 212 CCF que impone un deber de asistencia entre los esposos. La Ley del 3 de enero de 1968 relativa a la protección de ciertos mayores ya había asegurado la preponderancia de la protección matrimonial sobre el procedimiento de Derecho común, recordada por la nueva ley. No es casualidad que se quiera dar prioridad a las reglas de los

una graduación de los instrumentos tuitivos rigurosamente organizados de forma jerárquica: agotar todos los medios civiles posibles, para pasar primero por los instrumentos más ligeros, como la salvaguardia de justicia, y solamente después, recurrir a los más avanzados, como la curatela o la tutela⁷⁷⁹.

Por último, la proporcionalidad, significa que las medidas deben ser adaptadas a cada caso; para ello, el juez debe revisarlas periódicamente. La Ley de 2007 aporta una flexibilidad real en la aplicación del régimen y una protección variable a la carta.

En relación a los nuevos sistemas jurídicos, el legislador de 2007 ha puesto en marcha las medidas convencionales de protección (el mandato de protección futura o mandato preventivo), el acompañamiento judicial y el acompañamiento social personalizado⁷⁸⁰ y, por último, la nueva profesión para el ejercicio de los mandatos no familiares de protección judicial de un mayor.

El mandato preventivo (cfr. artículos 477 a 494 del Code Civil), inspirado en el mandato de incapacidad regulado en Québec⁷⁸¹ y Alemania⁷⁸², permite a cualquier persona organizar de antemano su protección otorgando un mandato que precisa las condiciones, el alcance y el sujeto encargado. Puede otorgarse en un documento

regímenes matrimoniales. La conjugación de poderes es en efecto muy delicado, y mejor vale evitar en lo posible un régimen de incapacitación. El juez puede permitirle a un esposo concluir solo un acto aislado aunque la autorización del otro cónyuge sea necesaria (cfr. art. 217 CCF), de actuar en lugar del otro cónyuge para administrar los bienes comunes (cfr. art. 1426 CCF), de actuar en lugar del otro para administrar sus bienes propios y hasta percibir los frutos (cfr. art. 1429 CCF) (cfr. *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, LGDJ-Lextenso, Paris, 2012, pp. 577-578).

⁷⁷⁹ Vid. PECAUT-RIVOLIER, Laurence, *Protéger a un majeur vulnérable*, Delmasexpress, Paris, 2013, p. 116.

⁷⁸⁰ Respecto a las medidas de acompañamiento judicial y a las medidas administrativas de acompañamiento social personalizado, vid. BATTEUR, Annick, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, op. cit., pp. 548-549 y VINCENT, Henry, *Majeurs protégés. Au 1er janvier 2009*, Lefebvre, Paris, 2008, pp. 11-12.

⁷⁸¹ El mandato en previsión de la propia y eventual incapacidad, fue introducido en el Derecho de Québec el 15 de abril de 1990, (L.Q. 1989, e 54). El Código civil establece en su art. 2131 que el mandato (regulado en el artículo precedente) puede también tener como objeto los actos destinados a asegurar, en previsión de la ineptitud del mandante para cuidar de sí mismo o de la administración de sus bienes, la protección de su persona, la administración total o parcial de su patrimonio y en general su bienestar moral y material.

⁷⁸² El *Vorsorgevollmacht*, en Alemania, es un poder que se otorga a una persona de confianza para el caso de que el otorgante pierda en el futuro su capacidad por razón de la edad avanzada o enfermedad. Aunque no se contiene regulación expresa en el BGB, le resultan aplicables los parágrafos 1896-1908 que regulan la asistencia legal (*Rechtliche Betreuung*). Al respecto señala el parágrafo 1896 que «no se precisa la tutela (*Betreuung*) en el caso de que un apoderado pueda gestionar los asuntos de la persona mayor de edad con la misma eficacia que un tutor».

privado (actos de administración), o por escritura pública ante notario (actos de disposición). La instauración de este mecanismo ha tenido por objeto aligerar el cometido de los jueces, porque su existencia impedirá la apertura de una tutela o una curatela, salvo insuficiencias en él.

En consecuencia, ante un mandato de protección futura, la autoridad judicial tendrá solo dos funciones: la de resolver todo litigio sobre las condiciones y modalidades del mandato, y la de autorizar los actos a título gratuito y los de disposición cuando vengan en un documento privado. Por último, mediante este instrumento, se consigue un equilibrio entre el respeto de la voluntad individual, como fuente de la que se nutren los instrumentos de protección de los incapacitados, y el control judicial, porque, en último término, el juez es el único que puede garantizar el respeto a la voluntad de aquél que ha perdido la capacidad⁷⁸³.

Por su parte, la *mesure d'accompagnement judiciaire* permite al juez encomendar a un tutor profesional la gestión de las prestaciones sociales de una persona⁷⁸⁴, cuando ésta no las utiliza en su interés o vive en condiciones precarias debido a su estado mental o físico (cfr. artículo 495 del Code Civil). Puede ser pronunciada solo a petición del fiscal que aprecia la oportunidad a la vista informe de los servicios sociales previsto en el artículo L. 271-6 del Code de l'Action Sociale et des Familles. Es un instrumento de carácter educativo y social, no privativa de derechos para la persona afectada, y destinada a permitirle recuperar su capacidad para administrar su patrimonio de forma autónoma (cfr. 495-7 del Code Civil). Su duración no puede exceder de dos años; aunque a petición de la persona protegida,

⁷⁸³ Realmente, el papel del principio de la autonomía de la voluntad ha sido tradicionalmente muy reducido en el ámbito de las instituciones de protección de los incapacitados, sin embargo, las últimas reformas operadas en la materia, tanto en el Code Civil como en el Código Civil Español, amplían considerablemente su presencia. Según PEREÑA VICENTE, la Ley de 5 de marzo de 2007 modifica el Código Civil Francés e introduce la autotutela, la autocuratela y el mandato de protección futura con una regulación más detallada y más respetuosa con la seguridad jurídica que la incorporada en el Código Civil Español por la Ley de 18 de noviembre de 2003 (cfr. «Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007», *op. cit.*, pp. 2235-2253 y «El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código civil español y francés», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Núm. 2040, 2007, pp. 2647-2659). En el mismo género, *vid.* JEAN, Jaqueline y JEAN, Agnés, *Mieux comprendre la tutelle et curatelle*, Vuibert, Paris, 2008, pp. 47-50.

⁷⁸⁴ Art. 496 CCF: «Sólo un mandatario judicial para la protección de los mayores inscrito en la lista prevista al artículo L. 471-2 del código de la acción social y de las familias puede ser designado por el juez para ejercer la medida de acompañamiento judicial».

del mandatario o del fiscal, el juez puede renovarla por decisión motivada sin que el total supere los cuatro años (cfr. artículo 495-8 del Code Civil).

En otro ámbito, cuando una persona mayor que percibe prestaciones sociales experimenta dificultades en administrar sus recursos poniendo en riesgo su salud o seguridad puede gozar de una *mesure d'accompagnement social personnalisée*, regulada en el artículo L. 271-1 del Code de l'Action Sociale et des Familles. Aunque también puede ser abierta al final de una medida de acompañamiento judicial vencida, en provecho de una persona que responde a las condiciones previstas.

Este instrumento contiene una ayuda a la gestión de sus prestaciones sociales y un acompañamiento social individualizado. Adopta la forma de un contrato, concluido entre el interesado y el presidente del Consejo departamental, y tiene una duración de seis meses a dos años. Puede ser renovado, después de haber sido objeto de una evaluación previa, sin que la duración total pueda exceder cuatro años (cfr. L. 271-2 del Code de l'Action Sociale et des Familles). En este convenio se propondrá la puesta en práctica de acciones a favor de la inserción social y la autonomía financiera del interesado, coordinadas con otras acciones de las que podría beneficiarse.

El beneficiario podrá autorizar al departamento a recibir y gestionar por su cuenta e interés todo o parte de las prestaciones sociales, estando afectadas al pago de alquiler y los gastos de comunidad. Sin embargo, si se niega a la medida o incumple las cláusulas del contrato por lo menos dos meses, el presidente del Consejo departamental puede pedirle al juez de instancia que se proceda al pago mensual de la renta del alquiler y de los gastos de comunidad cargándolo a la cuenta de las prestaciones sociales debidas al sujeto protegido. Esta medida, no puede tener por resultado privarlo de los recursos necesarios para su subsistencia y para la de las personas que asumen su carga efectiva y permanente. Si la autoridad judicial admite esta solución fija la duración de la deducción en dos años renovables sin que la permanencia total pueda exceder a cuatro años. En cualquier caso, el presidente del Consejo departamental puede solicitar al juez el fin de este mecanismo (cfr. artículo L. 271-5 del Code de l'Action Sociale et des Familles).

Cuando la medida no le permite al beneficiario superar sus dificultades de administración de las prestaciones sociales, el presidente del Consejo departamental se lo transmite al fiscal⁷⁸⁵. Éste puede solicitar al juez de tutelas una salvaguardia de justicia o de la apertura de una curatela, de una tutela o de una medida de acompañamiento judicial; y debe informar al presidente del Consejo departamental (cfr. artículo L. 271-6 del Code de l'Action Sociales et des Familles).

Finalmente, la nueva profesión para el ejercicio de los mandatos no familiares, consiste en que las personas, físicas o jurídicas, que ejerciten habitualmente medidas de protección jurídica serán llamadas «mandatarios judiciales de protección de mayores» y son: los delegados a la tutela o la curatela del Estado; los gestores de tutela; los tutores de las prestaciones sociales y los empleados de establecimientos de salud, junto con los empleados de establecimientos sociales o médico-sociales, debiendo estar inscritos en unas listas departamentales (cfr. artículo L. 471-2 del Code de l'Action Sociale et des Familles). Su financiación se unifica y se define siguiendo criterios más equitativos, más precisos y más claros. La persona protegida participará en los gastos derivados de su protección en función de sus ingresos; si bien, a falta de recursos suficientes, un sistema de subvención pública subsidiaria garantizará dicha retribución.

2. Alemania: *Betreuung*

Siguiendo el mismo propósito del legislador francés, Alemania también pone al día su sistema jurídico de protección de menores. Sin embargo, en lugar de optar por un régimen variado de medidas tuitivas, acoge un modelo unitario para otorgar mayor autonomía a la persona afectada por alguna discapacidad: elimina la incapacitación y asume el régimen de asistencia.

El ordenamiento jurídico alemán, mediante la Ley de Reforma del Derecho de Tutela y Curatela para Mayores de Edad –Ley de Asistencia– (*Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige –Betreuungsgesetz-BtG–*) de 12 de septiembre de 1990 (en vigor a partir del 1 de enero de 1992) estableció un régimen de asistencia no incapacitadora (*Betreuung*), cuando las

⁷⁸⁵ Mediante un informe que contiene una evaluación de la posición social y pecuniaria de la persona así como un balance de las acciones personalizadas llevadas cerca de ella en aplicación de los artículos L. 271-1 a L. 271-5.

personas mayores tengan dificultad en la gestión de sus propios intereses por enfermedad psíquica (*psychische Krankheit*), deficiencia mental (*geistige Behinderung*) o impedimento físico (*körperliche Behinderung*) o del espíritu (*seelische Behinderung*).

Esta reforma ha sido la más drástica en la materia, porque suprime las clásicas instituciones de protección como la incapacitación judicial (*Entmündigung*), la tutela de los mayores de edad (*Vormundschaft über Volljährige*) y la curatela (*Gebrechlikeitspflgegschaft*). A partir de entonces, a nivel procesal, se elimina el proceso de incapacitación y se sustituye por el procedimiento de jurisdicción voluntaria ante el Tribunal de Tutelas⁷⁸⁶, que se integra en los diferentes juzgados de primera instancia (*Amtsgerichte*). Se da más importancia a cuestiones de carácter personal que a las estrictamente patrimoniales, y se regula con detenimiento el nombramiento y actividades del asistente. Todo ello producto de la revisión del antiguo sistema de protección y las deficiencias encontradas⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ En efecto, el proceso no se regula en la Ley de procedimiento civil sino en la Ley sobre asuntos de jurisdicción voluntaria (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*).

⁷⁸⁷ Anteriormente, en el BGB, la protección de los enfermos mentales se realizaba a través del proceso de incapacitación, con posterior nombramiento de un tutor o un curador. Las causas de incapacitación eran la enfermedad o debilidad mental que impedía cuidar de los asuntos; la prodigalidad, cuando expone a un peligro de estado de necesidad; y el alcoholismo o toxicomanía, cuando impide a la persona cuidar de sus asuntos o expone a su familia a un estado de necesidad o pone en peligro la seguridad de otros. El proceso de incapacitación estaba regulado en Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung-ZPO*) dentro de la jurisdicción contenciosa, el nombramiento del tutor en un procedimiento de jurisdicción voluntaria y las normas sustantivas sobre delación, desempeño y extinción de tutela en el BGB. Solo se distinguían dos modelos de configuración de incapacitación, de manera que solo se podía elegir entre ambos sin tener mayor margen. Si la incapacitación era por enfermedad mental, incapacitación absoluta y los actos del incapaz eran nulos de pleno derecho, y si era por debilidad mental, prodigalidad, alcoholismo o toxicomanía, si bien la incapacitación también era absoluta, los actos realizados no eran nulos, sino que conforme al antiguo § 114 la capacidad negocial era limitada. Por otro lado, la curatela, recogida en el § 1910, era un mecanismo de protección de mayores de edad en situación de especial necesidad. Es decir, existían personas que, a pesar de estar en su cabal juicio, no podían cuidar adecuadamente de su persona y sus bienes. Lo curioso aquí, es que los límites entre la debilidad mental que daba lugar a la tutela y la curatela no estaban nada claros. Así mismo, la constitución de la curatela correspondía al Tribunal de Tutelas dentro de la jurisdicción voluntaria. Los efectos de la tutela y curatela eran distintos. Si por un lado la tutela producía la representación total del protegido, la curatela no limitaba la capacidad de obrar del pupilo. Por esta razón, los jueces hacían una interpretación generosa de los presupuestos de la curatela para evitar a toda costa la incapacitación, y también porque el procedimiento de curatela era menos complejo. Pero se encontraban con el problema de que la constitución de la curatela era a solicitud del interesado, salvo no sea posible un entendimiento con él; por ello empezaron a utilizar esta segunda parte como razón para constituir de oficio una curatela. Fue por esto, que apareció la curatela obligatoria, no prevista por ley, pero que

El objetivo era intervenir lo menos posible en la esfera personal del sujeto asistido y respetar su facultad de autodeterminación, incentivando su capacidad de decisión y organizando su vida como mejor le parezca. Por esta razón, la ley de reforma consagró por primera vez los principios de necesidad y subsidiariedad; en virtud de los cuales solo se someterá a una persona a «asistencia» cuando sea estrictamente necesario, y solo cuando no pueda ser cuidada por otros medios como parientes, asociaciones, etc. Por tanto, el nombramiento del asistente no supone la anulación de la capacidad del asistido; se intenta respetar lo más posible la capacidad natural de éste⁷⁸⁸.

A pesar del esfuerzo por reformar el sistema de protección de mayores, la ley fue blanco de muchas críticas, entre ellas el hecho de que era muy idealista y poco reflexiva que no se ajustaba a la práctica del día a día. Por este motivo surgió la Ley de Modificación del Derecho de Asistencia de 25 de junio de 1998 (*Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften – Betreuungsänderungsgesetz-BtÄndG–*), que entró en vigor el 1 de enero de 1999, en la que se vuelven a redactar los preceptos sobre remuneración de los asistentes, se aprueba una nueva Ley sobre Remuneración de Tutores Profesionales, y se hacen reformas en el articulado sobre el ejercicio de la asistencia.

Sucedía que si bien en la antigua redacción del BGB, como en la actual, se estableció que la actividad del tutor, en principio, no era retribuida sin perjuicio de la indemnización por gastos; el Tribunal Constitucional alemán determinó que si la tutela era desempeñada por un profesional, ésta debía ser retribuida, y si el pupilo carecía de medios, el pago lo debía realizar la Administración pública. En virtud de dicho pronunciamiento, posteriormente, se modificó el BGB y se estableció el derecho de los profesionales a percibir una remuneración. Situación que se convirtió en una carga insoportable para las administraciones, y que la Ley de 1998 intenta

recibió aprobación del Tribunal Constitucional alemán. El resultado, claro está, era el mayor número de curatelas que de incapacitaciones.

⁷⁸⁸ Vid. SEGURA ZURBANO, José María, «Preparación de la tutela. Instrumentos disponibles para facilitar al futuro tutor el ejercicio de su responsabilidad», *La tutelas de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, MADRAZO JUANES, José Luis, BASOKO EIZAGIRRE, José Luis y POZO CHICO, José Ignacio (Dirs.), Diputación Foral de Guipúzcoa, Donostia-San Sebastián, 2007, pp. 54-55 y GARCÍA-RIPOLL MONTJANO, Martín, «La nueva legislación alemana sobre tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y Psíquicos: otro modelo», *Actualidad Civil*, Núm. 21, 1999, pp. 553-581.

sopesar⁷⁸⁹. En palabras de LÁZARO GUILLAMÓN, el legislador alemán erró en los presupuestos de partida: presumió que los afectados serían asistidos voluntariamente y, por tanto, sin coste; sin embargo, los hechos se desarrollaron de forma diversa: los familiares no se hicieron cargo y tampoco soportaron los gastos de remuneración de un tercero⁷⁹⁰.

Asimismo, la *BtÄndG*, insiste en la posibilidad de que las personas otorguen un poder para el caso de una futura enfermedad. Si hay poder, el Derecho alemán considera que el mandato no se extingue por la muerte del mandante ni por la producción de la incapacidad negocial (cfr. § 672 del BGB). Asimismo, en virtud del § 1896.2 del BGB no se puede producir la designación de un asistente a través del Tribunal de Tutelas para una persona que esté discapacitada por enfermedad, invalidez o vejez si existe un poder negocial otorgado por el discapacitado a favor de determinada persona. La ley no prescribe ninguna forma especial, no obstante en la norma se indican las ventajas de la forma escrita y, en particular, de la escritura notarial⁷⁹¹.

Otro aspecto modificado por la *BtÄndG*, fue el hecho que la llamada asistencia (*Betreuung*) pasa a denominarse asistencia jurídica (*Rechtliche Betreuung*) para dar a entender que el cuidado del asistido abarca solo las labores necesarias para el cuidado jurídico (personal y patrimonial) y se excluyen aquellas actividades que signifiquen asistencia material⁷⁹². Las actividades que sobrepasen dicho marco, se entenderán como actividades de caridad y el Estado no tiene por qué hacerse cargo de su remuneración.

⁷⁸⁹ Cfr. DE SALAS MURILLO, Sofia, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, op. cit., p. 52.

⁷⁹⁰ «La innecesaria incapacitación judicial de mayores discapacitados: un supuesto de retorno a principios romanísticos en algunas legislaciones civiles europeas», *Studia Prawnoustrojowe*, Núm. 13, 2011, p. 191, <http://dlibra.bg.uwm.edu.pl/dlibra/doccontent?id=1488> (consulta: 26 de febrero de 2016).

⁷⁹¹ Sin embargo, para GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, el no exigir forma especial para el otorgamiento de este poder –simplemente se recomienda su escritura pública– puede llegar a ocasionar ciertos abusos de los apoderados para con sus poderdantes, para prevenir esto, se ha previsto el nombramiento de un asistente que controle al apoderado [cfr. «La nueva legislación alemana sobre tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y Psíquicos: otro modelo», op. cit., p. 557].

⁷⁹² Cfr. DE SALAS MURILLO, Sofia, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, op. cit., p. 53.

Luego de haber hecho la salvedad de la Reforma de 1998, La Ley de 1990 seguía intacta en cuanto al sistema de protección a través de la asistencia. En esta ley se establece que las causas para el nombramiento de un asistente son: la enfermedad psíquica o deficiencia mental o de espíritu y la deficiencia corporal siempre que cualquiera de ellas impida a la persona cuidar de sus asuntos total o parcialmente⁷⁹³. Para los primeros casos, el juez, de oficio o a instancia del interesado, le nombra un asistente, el cual le ayuda respecto a las funciones específicamente asignadas y está obligado a seguir los deseos del beneficiario si no le perjudican⁷⁹⁴. En caso de minusvalía física, la asistencia solo la puede solicitar el interesado; no obstante, puede imponerse cuando dicha minusvalía incide en la libre capacidad de autodeterminación⁷⁹⁵.

El asistente puede ser propuesto por el interesado y si no lo hace, se tiene en cuenta la relación de parentesco y las relaciones familiares y, cuando no se pueda asistir por persona física ni jurídica, será la autoridad pública la que ejerza la asistencia. Para el desarrollo del cargo, el asistente debe tener en cuenta los deseos y aspiraciones del asistido así ostente la representación judicial y extrajudicial. Esta figura suprime la conexión entre la incapacitación y custodia, pues la persona puede estar custodiada sin estar incapacitada⁷⁹⁶.

En fin, en el Derecho alemán, el nombramiento de un asistente no afecta en absoluto a la capacidad de libre actuación del asistido. La incapacidad de obrar de un mayor de edad en este sistema solo se produce cuando se da el caso del § 104.2: *«quien se encuentra en un estado de perturbación enfermiza de la actividad mental, excluyente de libre determinación de la voluntad, en tanto ese estado no sea transitorio conforme a su naturaleza»*; con el objetivo de evitar actos nulos de pleno derecho.

⁷⁹³ Cfr. § 1896.1 BGB

⁷⁹⁴ Vid. CIPOLETTI, Marina, «La legislazione italiana e la legislazione europea: confronto tra le figure tutelari previste nei diversi ordinamenti», *Amministrazione di sostegno*, MARAVITA, Luigi (a cura), Vita e Pensiero, Milano, 2005, p. 126.

⁷⁹⁵ § 1896.1.3 BGB

⁷⁹⁶ Vid. LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada, *La pretutela de personas con discapacidad por entidades privadas*, Reus, Madrid, 2013, p. 36.

3. Italia: *Amministrazione di sostegno*

En el ordenamiento jurídico italiano, antes de la reforma de 2004, la protección de las personas vulnerables se realizaba mediante la incapacitación judicial que, de acuerdo al grado de capacidad del sujeto, podía ser total (*interdizione*) o parcial (*inabilitazione*)⁷⁹⁷. Posteriormente, debido a la deficiencia del sistema, el Código Civil Italiano fue profundamente reformado por la Ley de 9 de enero de 2004, n. 6⁷⁹⁸, que se ocupó de introducir importantes modificaciones relativas a la protección civil de los enfermos mentales⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ Sobre la regulación de estas instituciones antes de la reforma, *vid.* BRUSCUGLIA, Luciano, *L'interdizione per infermità di mente*, Giuffrè, Milano, 1983; LISELLA, Gaspare, *Interdizione giudiziale e tutela della persona: gli effetti dell'incapacità legale*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1984 y VENCHIARUTTI, Angelo, *La protezione civilistica dell'incapace*, Giuffrè, Milano, 1995.

⁷⁹⁸ Publicada en la Gazzetta Ufficiale 19 gennaio 2004, n. 14.

⁷⁹⁹ Las normas tradicionales de la incapacitación y la inhabilitación parecían inadecuadas para afrontar las necesidades de protección y mantenimiento de los sujetos débiles. Se trata de normas que solo expresan marginalmente la preocupación por el cuidado del enfermo mental, embebidas como están, de la preocupación por salvaguardar su patrimonio. La declaración del juez hace del incapacitado un discapacitado legal, le atribuye una calificación jurídica precisa, un estatus. La protección supone la exclusión de la persona completamente del tráfico jurídico y su sustitución por su representante legal. Como la incapacitación está destinada a las personas que se encuentran en una situación de enfermedad mental habitual, resulta que la mayor parte de las veces es desproporcionada con respecto a las necesidades reales de protección que tiene el enfermo menoscabando su dignidad. A su vez, la inhabilitación parece también una norma de cuño punitivo, que además resulta inútil en los casos en los que es necesario garantizar al discapacitado la realización de aquellos actos que éste no pueda o no quiera llevar a cabo. El remedio previsto en el art. 428 CCI (relativo a los actos realizados por una persona incapaz de entendimiento y voluntad) tiene a su vez un tono completamente pasivo y meramente reactivo, especialmente cuando se acentúan en él las finalidades de proteger el encargo del tercero, en lugar de los intereses del discapacitado. Todos estos inconvenientes dieron lugar a una reforma del Codice Civile en materia de protección jurídica de mayores en 2004. La Ley de 9 de enero de 2004 es fruto de un largo camino legislativo. Tuvo su inicio con la llamada «Ley Basaglia» (Ley 13 de mayo de 1978, «Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori» publicada en la Gazzetta Ufficiale 16 maggio 1978, n. 133) que propuso un modo diferente de entender la patología psíquica, sacando a los enfermos psíquicos de los manicomios a su ámbito social. Abolió los manicomios y atribuyó las tareas de tratamiento y asistencia a las divisiones de psiquiatría de los hospitales y a los centros de atención mental de los respectivos territorios. El mecanismo protección-exclusión del enfermo se sustituye con el de recuperación-integración a la sociedad, de la que el enfermo sigue formando parte. La ciencia médico-psiquiátrica ha modificado radicalmente todo el enfoque de los tratamientos de los males psíquicos. Las enfermedades mentales y los trastornos psíquicos constituyen ahora una realidad que se entiende en plural. La restauración total o parcial de los espacios de relación del enfermo mental constituye el objetivo de los procesos terapéuticos y de rehabilitación. Desde el punto de vista del psiquiatra, hay una enorme distancia entre la normativa civil tradicional y la nueva concepción de la enfermedad mental que se ha establecido ya en la práctica clínica. El carácter «habitual» de la enfermedad mental que exige el art. 414 CCI para declarar la incapacitación no se corresponde con una realidad en la que a menudo la enfermedad se manifiesta de modo discontinuo y fluctuante entre la rigidez de las formas jurídicas,

Se modifica la denominación del Título XII del Codice Civile, «*De la enfermedad, la incapacitación y la inhabilitación*» pasa a «*De las medidas de protección de las personas privadas total o parcialmente de su autonomía*», centrandó su atención en la persona y no en el tráfico y seguridad jurídica⁸⁰⁰. La finalidad de la ley era proteger a la persona, sin limitar su capacidad de actuar, mediante instrumentos de apoyo temporal o permanente que permitan afrontar la variedad de situaciones de debilidad y fragilidad. Para VOCATURO, la filosofía de la

inspiradas en una lógica de «todo o nada» y no se adapta a situaciones multiformes. Posteriormente en 1986 se realizó un Congreso en Trieste que, dentro de sus conclusiones, dejó entrever que el ordenamiento italiano tenía un vacío: ausencia de un régimen de protección que garantizase la menor limitación posible de los derechos y capacidad de la persona y que atribuyese instrumentos de asistencia y/o sustitución para hacer frente a momentos de crisis. Las formas tradicionales, con su rigidez, no permitían seguir el recorrido sistemático, su flexibilidad y su variabilidad. La reforma psiquiátrica necesitaba ser completada por una reforma de la normativa civil. La derogación del artículo 420 CCI (en virtud del cual el ingreso a un manicomio determinaba el nombramiento de un tutor provisional y el inicio del procedimiento de incapacitación) significa que el recurso a intervenciones terapéuticas y recuperación social del discapacitado no conlleva a un juicio automático de capacidad para ejercer los derechos propios. Al mismo tiempo, gracias a los avances en la medicina, la duración de la edad media se prolonga y con ésta también la necesidad de afrontar nuevas formas de malestar en las que se encuentran los enfermos crónicos, los ancianos dependientes y todas las personas que, por razón de su enfermedad o soledad, no son capaces de velar de forma autónoma por las necesidades de su vida. Algunas leyes han incluido esta nueva consideración de la condición en la que están las personas en situación difícil. Las normas de discapacidad y de asistencia intentan evitar que la discapacidad física o psíquica constituya causa de exclusión de la persona del ámbito familiar y social, así como impedimento del ejercicio de los derechos fundamentales. Al mismo tiempo, tienden a valorar las posibilidades reales del discapacitado, el anciano o el paciente. La Ley de 5 de febrero de 1992, «*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*» (publicada en la Gazzeta Ufficiale 17 febbraio 1992, n. 39) tiene en cuenta no tanto el estado de discapacidad del sujeto, como su capacidad individual residual (cfr. art. 39). La norma tiene como objetivo el desarrollo de las posibilidades de la persona discapacitada (cfr. art. 12), y de esta manera expresa un intento de promoción de la persona y de sus capacidades.

800

Para VIVAS TESÓN, «la ley de 2004 (...), ha marcado un antes y un después, poniendo énfasis primero en la persona y luego en la enfermedad, incapacidad o sufrimiento. Se presta especial atención a la capacidad del sujeto frágil, no a su discapacidad, como se venía haciendo hasta el momento. Se pone a la persona (...) en el centro del universo de la discapacidad, de la vejez, de la depresión y de todas las demás manifestaciones de disfuncionalidad humana. En otras palabras, el derecho a ser una persona y, por tanto, el derecho irrenunciable a su efectiva inclusión en la sociedad, tutelando sus derechos fundamentales y asegurándole una medida de protección adecuada a sus concretas exigencias y necesidades, estimulando, lo máximo posible, sus residuales energías y capacidades psicofísicas, por muy escasas que estas sean» (*Más allá de la capacidad de entender y querer... Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Observatorio estatal de la discapacidad, Futuex, Badajoz, 2012 p. 34). Sobre la nueva ley, vid. DOSSETI, Maria, MORETTI, Mimma y MORETTI, Carola, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Ipsoa, Milano, 2004; BONILINI, Giovanni y CHIZZINI, Augusto, *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, Padua, 2004; BUGETTI, Maria, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società*, Ipsoa, Milano, 2008 y GABRIELLI, Filippo y CARDINALE, Paola, *L'amministrazione di sostegno nella realtà ospedaliera. Teoria e pratica*, Giapichelli, Torino, 2008.

reforma es la de tutelar los intereses de aquellos sujetos que, por problemas transitorios no pueden velar por su propio cuidado ni por la administración de sus bienes, o bien no pueden solucionar pequeños problemas administrativos cotidianos, sin que, para ello, sea necesario anular sus derechos ni su dignidad, evitándosele la solución extrema de la incapacitación judicial y el consiguiente olvido y exclusión social de la persona⁸⁰¹.

La reforma mantiene las instituciones tradicionales de incapacitación (*interdizione*) e inhabilitación (*inabilitazione*)⁸⁰², pero añade una más: *l'amministrazione di sostegno*. A las primeras les otorga un carácter residual. Se recurre a ellas solo cuando se han agotado todos los medios posibles de protección y resultan ser las más idóneas para el cometido⁸⁰³. «La medida relativa a la incapacitación pierde el carácter de necesidad que le atribuía antes el art. 404 del Codice Civile. Ahora, por el contrario, las personas que se encuentran en estado de enfermedad mental habitual son incapacitadas solo “cuando esto es necesario para garantizar su protección adecuada” (art. 404), lo que da a entender que, cuando la protección del enfermo mental se puede garantizar con medidas más apropiadas, el juez no debe decretar la incapacitación»⁸⁰⁴.

La incapacitación judicial se destinará a la «adecuada protección» de la persona con enfermedad mental habitual y no a los intereses de los familiares o de la sociedad; se amplía la legitimación activa a la persona privada de autonomía y al conviviente de hecho; se extienden los criterios de elección a la hora de elegir al tutor o curador (será el juez el que elija a la persona «más idónea» para el encargo) y se contempla la posibilidad que, en la sentencia de incapacitación, la autoridad judicial

⁸⁰¹ Cfr. «L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap», *Rivista del Notariato*, 2004, I, p. 242. En el mismo género, *vid.* TAGLIAFERRI, Claudio, *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, La tribuna, Piacenza, 2010 y PERLINGERI, Pietro, «Gli istituti di protezione e di promozione dell'infermo di mente. A propósito dell'handicappato psichico permanente», *Rassegna di Diritto Civile*, 1985, pp. 54.

⁸⁰² *Vid.* BONILINI, Giovanni y TOMMASEO, Ferruccio, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 17-19.

⁸⁰³ *Vid.* CASSANO, Giuseppe, *L'amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, Maggioli, Dogana, 2008, pp. 28-29.

⁸⁰⁴ FERRANDO, Gilda, «Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por la Ley 6/2004 de 9 de enero», *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José y PEREÑA VICENTE, Monserrat (Coords.), La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 162.

permita al incapacitado realizar actos de administración, ordinarios o extraordinarios, por sí solo.

En otro extremo, *l' amministrazione di sostegno* tiene el propósito de proteger, con la mínima limitación posible, la capacidad de actuar de los que no puedan desempeñar todas o parte de sus funciones de la vida cotidiana «por efecto de una enfermedad o bien de una discapacidad física o psíquica». Se intenta crear una institución tuitiva que se coloque al lado del beneficiario, sin sustituirlo ni sustraerle su capacidad de obrar; de modo, que evite el estigma de la incapacitación judicial y la necesidad de valorar la voluntad residual del favorecido⁸⁰⁵.

El alcance de este mecanismo tuitivo es muy amplio; incluye toda clase de enfermedades o discapacidades que imposibilitan velar por los propios intereses y ponen de manifiesto la necesidad de una asistencia. No se hace referencia ya a la noción genérica y abstracta de «enfermedad mental», sino que se tiene en consideración la condición específica del malestar psíquico que la persona padece y, por tanto, la variada y concreta tipología de enfermedades y trastornos mentales. Cae la referencia al carácter habitual de la enfermedad, que constituía un requisito adicional de la incapacitación y de la inhabilitación. Incluso una forma de malestar temporal, del que se prevé una evolución favorable, caracterizada por momentos alternos de equilibrio y desequilibrio, puede dar lugar a la medida.

La administración de apoyo se configura en un instrumento idóneo para atender situaciones que no ingresaban en los supuestos de *interdizione* e *inabilitazione*, como aquellas personas que no sufrían una enfermedad grave, pero no gozaban de una salud psicofísica para actuar por sí solas; así también los sujetos afectados por cualquier disfuncionalidad o debilidad psíquica y/o motora, e incluso supuestos de trastornos graves y habituales⁸⁰⁶.

⁸⁰⁵ Vid. CALÒ, Emanuele, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 145; CENDON, Paolo, *100 domande e risposte su l'amministrazione di sostegno. Guida pratica per le famiglie e gli operatori socio-sanitari*, Cesvot, Firenze, 2008, pp. 2-3 y FAROLFI, Alessandro, «Finalità ed effetti dell'amministrazione di sostegno», *Amministrazione di sostegno. Orientamenti giurisprudenziale e nuove applicazione*, MASONI, Roberto (a cura), Maggioli, Dogana, 2009, pp. 218-223.

⁸⁰⁶ Según VIVAS TESÓN, uno de los grandes méritos de la reforma es haber incluido dentro de los medios de protección a la administración de apoyo, porque así las personas que se encontraban en el limbo jurídico porque no entraban en los supuestos de incapacitación porque la enfermedad o discapacidad no era tan grave como para incapacitar, así han encontrado un instrumento de protección para poder desarrollar las actividades de su vida, sin que ello signifique la anulación de su capacidad. De este modo, «esta zona gris o tierra de

La solicitud para el nombramiento del administrador de apoyo se efectúa vía judicial a instancia del propio beneficiario, «incluso si es un menor o discapacitado» (cfr. artículo 406 del Codice Civile), o de las personas legitimadas para pedir su incapacitación⁸⁰⁷. Sus facultades se fijarán puntualmente (cfr. artículo 405 del Codice Civile), teniendo en cuenta las exigencias, necesidades y peticiones de la persona con discapacidad con la finalidad de limitar lo menos posible su capacidad (cfr. artículo 407 del Codice Civile). Su designación no supone la incapacitación del sujeto protegido, el cual conserva su capacidad de actuar para todo aquello que no requiera representación exclusiva o asistencia, y para los actos de la vida diaria (cfr. artículo 409 del Codice Civile). El administrador debe siempre tener en cuenta las necesidades y las aspiraciones de la persona con discapacidad, así como mantenerlo informado de las iniciativas que piensa tomar comunicándole al juez su posible disenso (cfr. artículo 410 del Codice Civile). Además, es posible nombrar a más de un administrador de apoyo para un solo favorecido.

Es de particular relevancia la previsión de que la selección del administrador la puede hacer «el propio interesado, en previsión de su propia futura discapacidad» (cfr. artículo 408 del Codice Civile). No se trata del mandato en vista de una futura incapacidad, previsto en otras legislaciones, porque siempre es el juez el que nombra al administrador. La designación constituye, sin embargo, el criterio de selección preferente. De este modo, la voluntad se proyecta hacia futuro, cuando la persona ya no será capaz de expresarse de modo libre y consciente⁸⁰⁸. La persona elegida para el cargo suele ser un sujeto del entorno familiar.

En el desarrollo de *l'amministrazione di sostegno* se recomienda un diálogo constante entre el beneficiario y el administrador, y en caso haya desacuerdo el juez

nadie ha sido, finalmente, conquistada por la administración de apoyo» (*Más allá de la capacidad de entender y querer...Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, op. cit., p. 35).

⁸⁰⁷ Sobre los aspectos procesales, vid. PASSANANTE, Luca, «Il procedimento in materia di amministrazione di sostegno», *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, FERRANDO, Gilda y LENTI, Leonardo (a cura), Giappichelli, Torino, 2006, pp. 233-285.

⁸⁰⁸ Vid. CALÒ, Emanuele, «Autonomia e autodeterminazione del beneficiario», *L'amministrazione di sostegno. Quaderni di famiglia*, PATTI, Salvatore (a cura), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 49-82; BRUSCUGLIA, Luciano, «Sul cosiddetto testamento psichiatrico», *Follia e Diritto*, FERRANDO, Gilda y VISINTINI, German (a cura), Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 100-113 y MATERA, Pierluigi, «Tre variazioni in tema di amministrazione di sostegno», *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, FERRANDO, Gilda (a cura), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213-234.

puede intervenir a instancia del interesado, del Ministerio Fiscal y de los sujetos legitimados. Su duración es de 10 años, salvo se trate de un pariente, del cónyuge o pareja de hecho, en cuyo caso dura para toda la vida. En cuanto a las irregularidades en el ejercicio del cargo, el administrador puede ser suspendido, removido o condenado al pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Como vemos, se trata de un instrumento que respeta la voluntad de la persona, a la vez que resulta ser un procedimiento flexible, rápido y ágil. En un plazo de 60 días, desde la presentación de la solicitud, el juez procederá al nombramiento del administrador.

4. Reino Unido: *Mental Capacity Act*

En este país las actitudes sociales ante la discapacidad han ido cambiando. Se pasa de un modelo médico a un modelo social, donde las barreras de la sociedad son las que impiden el desarrollo de las personas con discapacidad. En efecto, se considera discriminatoria toda forma de identificación, física o personal, por falta de capacidad y surge mayor conciencia respecto a la necesidad de combatir el estigma de la discapacidad. Producto de este contexto, en 2005 nace la *Mental Capacity Act*⁸⁰⁹ que reforma los sistemas de protección de las personas incapaces⁸¹⁰.

Este instrumento introduce apoyos flexibles para garantizar la adecuada toma de decisiones de las personas con discapacidad (en virtud al principio de mayor interés); reduce la exigencia en las formalidades y requisitos procesales y crea una

⁸⁰⁹ Esta Ley entró en vigor entre el 1 de noviembre de 2006 y el 1 de abril de 2007.

⁸¹⁰ Hasta ese momento, las normas aplicables eran la Ley de 1985, sobre mandatos permanentes (*Enduring Powers of Attorney*), y la de 1983, sobre la salud mental (*Mental Health Act*). En Inglaterra ya existía antes de 2005 la posibilidad de que el interesado anticipara su incapacidad y organizara con carácter previo su protección, lo que ha conservado la nueva ley. Desde 1985, cualquier persona podía, gracias a la Ley de mandatos permanentes, designar un mandatario que le sustituyera el día en que fuera incapaz de ejercer sus derechos. Si no se había elegido un mandatario, la Ley de 1983 preveía la intervención de un tribunal especializado, la *Protection Court*. Este órgano actuaba generalmente a instancia de un miembro de la familia o de un amigo, pero también lo podía hacer a petición de otra persona preocupada por la situación del incapaz. Decidía la medida más adecuada en función de las circunstancias, y en particular en relación al patrimonio y rentas del interesado. Si el primero era muy importante, el tribunal designaba un administrador (*receiver*) que aseguraba, bajo su control, la gestión de los bienes. En cambio, el cuidado personal lo tenía a cargo el *guardian*. La Ley de 2005 ha conservado el sistema de mandatos permanentes, aunque ha ampliado notablemente las posibilidades de actuación de los mandatarios a los aspectos médicos. Sobre la protección de mayores en el Derecho inglés, *vid.* ATKINSON, Jacqueline, *Private and public protection. Civil mental health legislation*, Dunedin Academic Press, Edinburgh, 2006.

jurisdicción especializada a cargo del Tribunal de Protección. La finalidad es promover la autonomía personal, erradicar la institucionalización y cualquier tipo de discriminación por razón de discapacidad.

Para la *Mental Capacity Act* un adulto tiene plena capacidad si no se demuestra lo contrario⁸¹¹; no puede ser tratado como incapaz hasta que no se le hayan facilitado todos los medios para adoptar una decisión⁸¹², y tampoco merece esa calificación solo por adoptar una decisión imprudente⁸¹³. La determinación de la capacidad se juzga de manera concreta y puntual, en relación al objeto y el tiempo⁸¹⁴. La incapacidad solo puede ser declarada cuando una persona no puede comprender la información relativa a una decisión, retenerla o deliberarla⁸¹⁵.

Este instrumento centra su atención en el principio de mayor interés⁸¹⁶, y en la adopción de la medida menos restrictiva⁸¹⁷. El primero, busca recuperar la capacidad del sujeto y fomentar o mejorar su participación, atendiendo sus deseos, aspiraciones, creencias y valores. El segundo, exige analizar todas las medidas de protección y adoptar la menos invasiva.

Se promueve el máximo respeto a la autonomía de la voluntad del sujeto protegido permitiéndole elegir al encargado de su protección⁸¹⁸. La designación de un representante por la *Court Protection* constituye una solución subsidiaria⁸¹⁹, y cuando se hace sus competencias deben ser limitadas. La norma prohíbe sustituir en

⁸¹¹ 1(2) «*A person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks capacity*».

⁸¹² 1(3) «*A person is not to be treated as unable to make a decision unless all practicable steps to help him to do so have been taken without success*».

⁸¹³ 1(4) «*A person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision*».

⁸¹⁴ 2(1) «*For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain*».

⁸¹⁵ 3(1) «*For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable: (a) to understand the information relevant to the decision, (b) to retain that information, (c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or (d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means)*».

⁸¹⁶ Quinto principio de la *Mental Capacity Act* 2005: «*An act done, or decision made, under this Act for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests*».

⁸¹⁷ 1(6) «*Before the act is done, or the decision is made, regard must be had to whether the purpose for which it is needed can be as effectively achieved in a way that is less restrictive of the person's rights and freedom of action*»

⁸¹⁸ Anteriormente, el interesado no intervenía en la elección del administrador, que generalmente era propuesto por la persona que instaba la intervención de la *Court of Protection*.

⁸¹⁹ Principios segundo y sexto de la *Mental Capacity Act*.

asuntos en los que todavía el interesado está en condiciones de ejercer su capacidad⁸²⁰. Si no puede hacerlo, sus deseos, sentimientos y sus convicciones deben ser tomados en cuenta, los cuales se pueden obtener de las declaraciones de sus familiares o gente cercana.

El sistema de protección de la *Mental Capacity Act*, en supuestos discapacidad, es una especie de cuidado informal. Basta que los cuidadores tengan una creencia razonable de falta de capacidad para que tomen decisiones. El propósito es mantener un régimen que no estigmatice a la persona como incapacitada y necesitada de representación permanente. El procedimiento tuitivo regula detalladamente los actos que puede realizar el cuidador (personales como patrimoniales), y los que resultan excluidos; así como, la manera de valorar la capacidad.

III. LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN DERECHO PRIVADO ESPAÑOL

Luego de haber analizado algunas experiencias europeas respecto a la evolución de los mecanismos jurídicos de protección de las personas mayores, corresponde realizar un estudio del ordenamiento español para determinar en qué medida su actuación sigue la misma tendencia.

En España, las críticas al sistema tradicional de protección tampoco se han hecho esperar: se critica el proceso de incapacitación y los mecanismos de guarda que pueda fijar la autoridad judicial (tutela o curatela).

Aparentemente el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, garantiza la protección del sujeto con discapacidad, cuando exige que cualquier limitación de la capacidad deba ser adoptada en un procedimiento judicial de manera particular (cfr. artículo 199 del Código Civil). Según ÁLVAREZ LATA y SEOANE RODRÍGUEZ, «la incapacitación, desde la propia ley, se configura como un sistema graduable, revisable y, en cierta medida, abierto. De los artículos 199-200 del Código Civil se colige que la incapacitación no puede ser uniforme, la incapacitación no puede consistir nunca en despojar a la persona de toda su capacidad de obrar;

⁸²⁰ Section 3 (2) «A person is not to be regarded as unable to understand the information relevant to a decision if he is able to understand an explanation of it given to him in a way that is appropriate to his circumstances (using simple language, visual aids or any other means)».

tampoco se configura como una institución de perfiles únicos para todos los sometidos a ella, precisamente por fundamentarse *in fine* en el déficit de autogobierno, que no es igual para todos. Tal conclusión resulta refrendada por las normas procesales de la Ley de enjuiciamiento Civil, que exigen al juez la determinación de la extensión y efectos de la incapacitación y una más estricta prueba en el proceso y por el principio de pluralidad de guarda legal (art. 215), que insta un sistema basado en la diversidad de la guarda de acuerdo precisamente con la diversidad de la incapacidad de la persona, palpable para los incapacitados en el art. 200. Así, frente a la tutela (...) se plantea la opción de la curatela»⁸²¹.

A pesar de la valoración positiva y el carácter garantista del proceso, éste no goza de suficiente confianza por parte de las familias afectadas. El apoyo a las personas aquejadas con una discapacidad que les impide autogobernarse se sigue dispensando de forma voluntaria y espontánea por los parientes o terceros allegados, o, en su caso, por centros residenciales; creando así una realidad paralela donde una discapacidad que limita la facultad de querer y entender no se acompaña de los medios de protección establecidos por el ordenamiento jurídico⁸²². El rechazo sociológico al procedimiento es patente. Para VIVAS TESÓN, «a la incapacitación judicial la ha acompañado, durante mucho tiempo, la estigmatización social de la persona, lo que provocaba que, en ocasiones, las familias, avergonzadas, fueran algo reticentes a acudir a ella o, si se animaban a solicitarla, era porque, casi con toda seguridad, existían intereses de índole económica. A partir de su incapacitación judicial, la persona pasaba a ser marginada no solo socialmente sino ya oficialmente, como si tuviera una marca prácticamente indeleble (al estilo de la que se le hace al animal con hierro candente para que no se pierda), pasando a ser un sujeto resignado a su situación y pasivo socialmente; una suerte de condena del individuo

⁸²¹ «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 24, 2010, p. 30.

⁸²² Cfr. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, pp. 20-21. Existe una falta de correspondencia entre el aumento de los trastornos mentales y el incremento de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar por esos motivos. Al respecto, *vid.* ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 1166 y PARRA LUCÁN, María Ángeles, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, *op. cit.*, p. 216.

incapacitado a un permanente status personal de marcada inferioridad jurídica»⁸²³. Por estos motivos, según GETE-ALONSO Y CALERA, pese a las modificaciones legales, la incapacitación se sigue valorando de manera negativa, tanto por quienes han de ejercitar la acción, los parientes y familia, como por la persona a quien se declara incapacitada⁸²⁴.

Por otro lado, si bien en el Derecho español, teóricamente, se prevé que la sentencia de incapacitación determine su extensión y límites (cfr. artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); en la práctica, no goza de la precisión que merece su trascendencia⁸²⁵. De una parte se opta por una incapacitación absoluta y por el

⁸²³ «Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad», *op. cit.*, pp. 567-568. Del mismo modo, FERRER I RIBA destaca los efectos secundarios estigmatizadores para el incapacitado. Considera que la percepción negativa de la comunidad hacia el incapacitado, influye en la disminución de su autoestima y en el ejercicio de la capacidad natural que conserva [«Les institutons tutelars en el Codi de Família (I)», *Revista Jurídica la Lley de Catalunya*, Núm. 239, 1999, p. 2]. En similar género, *vid.* SEGURA ZURBANO, José María, «La auto-incapacitación, la auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacidad», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm. 20, 2005; AA. VV., *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas, Madrid 8 y 9 de marzo de 2004*, Colección La Llave, Madrid, 2004; GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, «Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas», *Personalidad y capacidad jurídica*, CASADO RAIGÓN, Rafael y GALLEGRO DOMÍNGUEZ, Ignacio (Coords.), Universidad de Córdoba, 2005; BERROCAL LANZAROT, Ana, «Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacitación en la Ley 41/2003, de 18 de diciembre: la institución de la autotutela», *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 9, 2008, pp. 15-141 y FERRANDO, Gilda, «Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por la Ley 6/2004 de 9 de enero», *op. cit.*, pp. 153-189.

⁸²⁴ Cfr. «La situación de las personas mayores», *op. cit.*, p. 56. Análogamente, para TEJEDOR MUÑOZ, pese a la seguridad que proporciona la sentencia de incapacitación, y de que en ella el juez puede optar por señalar cuáles son los actos en los que es necesario sustituir o complementar al incapacitado para que esté protegido, lo cierto es que esta situación no goza de muy buena salud, y en realidad a las personas mayores, no siempre se les incapacita, pese a tener enfermedades persistentes que le impidan gobernarse por sí mismas (ya se trate de enfermedades degenerativas, demencia, lesiones cerebrales o medulares, alzhéimer, etc.), por lo que vamos a encontrarnos con supuestos en los que aunque se reúnan los requisitos del artículo 200 del CC no se proceda a la incapacitación [cfr. «Notas críticas sobre las divergencias entre las normas civiles y administrativas entorno a la figura del guardador de hecho para las personas mayores», *op. cit.*, p. 30].

⁸²⁵ Para CUENCA GÓMEZ, en teoría, el sistema de incapacitación establecido en la normativa española es un sistema flexible, que deja en manos del juez la graduación de la capacidad atendiendo al grado de discernimiento de cada sujeto y la determinación de los actos en los que la persona precisa asistencia. Sin embargo, su aplicación práctica se ha mostrado mucho más rígida y ha llevado a establecer dos grados de incapacitación: 1) Total, que conlleva el sometimiento a tutela del incapacitado, limitándose en estos casos la sentencia a señalar, con carácter general, que el incapaz queda privado de «capacidad de obrar» tanto en su esfera patrimonial como en su esfera personal. 2) Parcial, que supone el sometimiento a curatela del incapacitado, entendiéndose habitualmente que el curador debe asistir al incapacitado en la realización de la generalidad de actos de disposición de carácter patrimonial. De acuerdo con

régimen de tutela, cuando solo se necesita una protección parcial o concreta⁸²⁶; y de otra se incapacita porque no existen más mecanismos de protección⁸²⁷. Asimismo, si bien en la actualidad, siguiendo el criterio establecido por el Tribunal Supremo, cada vez hay mayor preocupación a la hora de especificar el alcance de la limitación a la capacidad de obrar⁸²⁸, aún existen sentencias que realizan declaraciones de contenido general⁸²⁹. El modelo de fallos en un juicio de incapacitación viene dado por consideraciones generales y absolutas, casi prerredactadas⁸³⁰.

lo señalado, la legislación española, en materia de capacidad jurídica, se preocupa sobre todo de la protección de la esfera económica o patrimonial de las personas con discapacidad, generando una cierta desprotección en otros ámbitos. Y, aunque el Derecho español contempla la posibilidad de que los «incapaces», sea cual sea el sistema de «guarda» establecido, puedan realizar determinados actos siempre que tengan «capacidad natural» suficiente, no establece mecanismos orientados a potenciar dicha posibilidad (cfr. «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: El art. 12 de la convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, p. 248). En términos similares, *vid.* VIVAS TESÓN, Inmaculada, «Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: Hacia la despatrimonialización de la discapacidad», *op. cit.*, p. 571.

⁸²⁶ Según VIVAS TESÓN, respecto al instrumento de protección, con frecuencia, se ha procedido, con cierto automatismo y ligereza, a elegir la tutela; sin reparar en la repercusión que ello puede tener en la persona frágil y en su dignidad, quien pasa a ser representada o sustituida en sus actos (*ibidem*).

⁸²⁷ De este modo, la discapacidad psíquica, no encuentra respuesta idónea en el procedimiento de incapacitación porque solo requiere de un apoyo puntual o temporal. Según DÍAZ ALABART, este apoyo podría denominarse «colaborador tuitivo» (familiar cercano o un agente social): persona encargada de velar por el discapacitado sin ser su representante ni su curador. El rasgo esencial de esa figura sería el contar con el consentimiento del propio discapacitado para su constitución, si bien sería lo adecuado algún tipo de control externo que podría ser administrativo (cfr. «La Ley 1/2009 de modificación de la Ley del Registro Civil y de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, Núm. 17, 2009, p. 1989). En efecto, es urgente la implementación de modelos de protección diferenciados frente al modelo actual indiferenciado (cfr. FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, Francisco, «La autotutela», *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*, SERRANO GARCÍA, Ignacio (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 59-84). En género similar, *vid.* SORIANO CAMPOS, Remei, «Autotutela. Algunas notas sobre esta nueva figura jurídica», *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Fundación Aequitas, Madrid, 2004, pp. 287-292; O' CALLAGHAN, Xavier, «Autotutela: propuesta de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», *Economist & Iuris*, Núm. 100, Madrid, 2006, p. 64; BERROCAL LANZAROT, Ana, «Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacitación en la Ley 41/2003, de 18 de diciembre: la institución de la autotutela», *op. cit.*, pp. 15-141 y ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad», *op. cit.*, pp. 30-31.

⁸²⁸ *Vid.*, entre otras, STS de 1 de febrero de 1956; STS de 26 de mayo de 1969; STS de 10 de febrero de 1986; STS de 26 de setiembre de 1988; STS de 28 de julio de 1990; STS de 20 de marzo de 1991; STS de 7 de mayo de 1993; STS de 19 de mayo de 1998 y STS de 16 de setiembre de 1999.

⁸²⁹ Para verificar este sistema de actuación, *vid.* la SAP Asturias de 11 de octubre de 2006, en la que los padres de una chica de 35 años, sordomuda, al decidir ésta irse a vivir al domicilio de los padres de su novio, incoaron un procedimiento para conseguir su incapacitación. El juez

En mi opinión, el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar solo se debe admitir si la persona a tutelar, a causa de una enfermedad o discapacidad física o mental, no puede gestionar sus propios intereses de modo permanente⁸³¹. Si es así, el juez está obligado a observar los principios de individualización, proporcionalidad y flexibilidad⁸³²; el predominio de la autonomía personal siempre que sea posible; y la presunción general de capacidad de las personas mayores. Teniendo conciencia de estas reglas básicas, la autoridad judicial podría definir muy ampliamente el estatuto para cada individuo y acordar o la sustitución de la voluntad, o un apoyo puntual o diseñar un «traje a medida» (mezcla de asistencia, administración e incluso representación)⁸³³. De este modo, por ejemplo, de la figura del tutor se puede obtener un mayor rendimiento: cumplir una función de

de primera instancia concluyó que la demandada adolecía de sordera pero nada más, de modo que, acertadamente, rechazó su incapacitación considerándola plenamente capaz. Interpuesto recurso de apelación por los padres, la Audiencia Provincial lo estimó, declarando, pese a no sufrir ninguna debilidad mental sino una deficiente formación o instrucción, la incapacitación de la hija. Por su parte, la sentencia del Juzgado Núm. 3 de Irún de 29 de octubre de 2010, con automatismo, priva del derecho al voto al incapaz.

⁸³⁰ A modo de ejemplo, *vid.* la SAP Barcelona de 22 de abril de 2003 que, sin mayor análisis del supuesto, declaró, a una persona con demencia senil, plenamente incapaz a todos los efectos legales; y dispuso el auxilio de terceras personas, en el aspecto patrimonial y personal. También, la SAP Vizcaya de 19 de junio de 2007 declaró que «*X es totalmente incapaz para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, e incluso para el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo, y para testar, quedando sometida al régimen de tutela*».

⁸³¹ Para MARTÍNEZ DÍE, lo único que interesa es que el agente incapacitante afecte directa e inmediatamente las facultades cognoscitivas y volitivas del sujeto de que se trate [cfr. «El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias», *La Notaría*, Núm. 5, 2002, p. 64, <http://vlex.com/vid/241410> (consulta: 3 de diciembre de 2015)].

⁸³² En Italia, el fundamento para la elección entre una *amministrazione di sostegno* y una incapacitación se encuentra en criterios cualitativos y no cuantitativos. De este modo, también son beneficiarios de la primera las personas con enfermedad psíquica que no puedan satisfacer sus intereses de forma total o permanente (art. 404 CCI). De igual manera, el legislador italiano dispone que determinados actos de administración ordinaria pueden ser realizados por el incapacitado sin la intervención o con la simple asistencia del tutor; por tanto, admite un procedimiento de incapacitación con un grado de incapacidad relativa (art. 427.1 CCI). Esto se compadece con lo dispuesto en el artículo 410 del *Codice Civile* que recoge el deber del administrador de apoyo de informar al asistido de los actos realizados (se presupone un cierto grado de conciencia por parte del beneficiario). Para un mayor análisis *vid.* GARCÍA LÓPEZ, Petronila y CASAS PLANES, María Dolores, «La “*amministrazione di sostegno*” del derecho italiano y “el asistente” del derecho catalán. Análisis comparativo», *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (Coord.), vol. 2, La Ley, Madrid, 2011, pp. 199-220 (contenido en CD-Rom).

⁸³³ Cfr. ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 30.

representación total del tutelado o reservarla para algunas situaciones muy concretas⁸³⁴.

Asimismo, es imprescindible que junto al procedimiento de incapacitación (que solo se activa cuando no sea posible salvaguardar a la persona de distinto modo⁸³⁵), deben existir figuras jurídicas complementarias⁸³⁶; o mecanismos de apoyo

⁸³⁴ Por ejemplo, hay sentencias que nombran a un tutor en una incapacitación parcial (aspecto patrimonial), *vid.*: SAP Valladolid de 19 de enero de 2016 y SAP Barcelona de 7 de octubre de 2010. Para ELÓSEGUI SOTOS, «el ejercicio de la tutela ha de ser modulado, flexible, acomodado a los cambios que puede experimentar la situación del incapacitado. Las circunstancias que han determinado la declaración de incapacidad pueden modificarse en y con el transcurso del tiempo. Es más, la actuación del tutor debe incidir en ese cambio. Habrá momentos en los que el tutelado solo requiera la representación del tutor para aquellos actos de relevante trascendencia económica. Puede que en otros de menor trascendencia los realice el tutelado por sí solo, como la administración ordinaria. Habrá otros momentos en los que las funciones del tutor deberán ejercerse en toda su amplitud. En una misma persona se pueden producir en el curso del tiempo todos estos momentos de diferente capacidad de autogobierno. La sentencia de incapacidad no puede modificarse cada vez que se produzcan estos cambios, lo que si puede hacer, es establecer una previsión de ejercicio flexible de la tutela. Se deben exigir planes temporales e individualizados del ejercicio de la función tutelar» [cfr. «Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de la protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 255].

⁸³⁵ SANCHO GARGALLO recomienda que para efectivizar el principio de subsidiariedad, el juez, además de la vida del demandado, tenga en cuenta el ambiente en que se mueve, los problemas y abusos que haya podido sufrir y cómo repercutirá la incapacitación en su ánimo vital (cfr. *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, p. 111). Desde una perspectiva psiquiátrica, *vid.* ARAGUES ORTIZ DE ZARATE, Enrique, «En torno a la incapacitación de pacientes psiquiátricos», *Psiquis*, Núm. 3, 1994, pp. 33-37.

⁸³⁶ En Cataluña, el legislador en el Código Civil, Capítulo VI, del Título II, dedicado a las instituciones de protección de la persona, junto con los tradicionales sistemas de guarda, regula la asistencia. A través de este mecanismo, cuando una persona mayor de edad no puede cuidar de ella o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente; y, salvo motivo grave, la autoridad judicial debe respetar la opinión de la persona a proteger, en lo referente al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia. El Preámbulo de la Ley de 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, expone claramente la finalidad de las medidas de protección. Dice, respecto al nuevo modelo de protección de la persona que regula, que «*ha sido guiado por la idea de considerar que la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso de la capacidad natural de la persona protegida. Es por ello mismo que el capítulo VI incluye un nuevo instrumento de protección, la asistencia. Se parte, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que incluye instrumentos que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad. Este instrumento puede ser muy útil, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables pero para los cuales la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resultan desproporcionadas, como las personas afectadas por un retraso mental leve u otras para las que, por el tipo de disminución que sufren, los instrumentos tradicionales no son apropiados para atender a sus necesidades. En línea con las directrices de la Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999, y con los precedentes existentes en diferentes ordenamientos jurídicos del*

que complementen la capacidad y no la modifiquen. Se trata de proponer otras formas de protección, que, judicialmente controladas, puedan garantizar los derechos personales y patrimoniales de las personas con discapacidad⁸³⁷. Lo importante es conseguir el máximo ejercicio de los derechos con la mínima limitación de la capacidad de obrar⁸³⁸. Se trata de lograr un sistema tuitivo personalizado, que tome en consideración las necesidades reales de la persona con discapacidad, siempre en función de la gravedad de ésta; y de promover un modelo de protección que garantice la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal, para dar una respuesta jurídica idónea y proporcionada. Para LEÑA FERNÁNDEZ es recomendable optar por una mayor desjudicialización y flexibilización del funcionamiento de la tutela y un desplazamiento del control judicial al ámbito familiar⁸³⁹.

Por otro lado, están los inconvenientes de los mecanismos de guarda legal. Según el artículo 215 del Código Civil, la guarda y protección de los incapacitados se ejecuta mediante la tutela, la curatela y el defensor judicial⁸⁴⁰. Respecto a la primera, cuando se observan sus disposiciones, parece que está fundamentalmente para

entorno de Cataluña, se considera más adecuado este modelo de protección, paralelo a la tutela o la curatela. Además, esta tendencia es la misma que inspira la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad».

⁸³⁷ Para MARTÍN PÉREZ, «la regulación actual española (...) ofrece cierta flexibilidad al establecer una declaración de incapacidad graduable, es decir, adaptada a cada situación y permitir optar por un régimen de representación –tutela– o de complemento de capacidad –curatela–. Pero el modelo de protección sigue basado en la dualidad capacidad-incapacidad como única alternativa prevista. Si se mantiene este modelo basado en la incapacitación, al menos ha de flexibilizarse, teniendo en cuenta que la diversidad de circunstancias de las personas con discapacidad hace que en ocasiones la ayuda que necesitan consista en una representación o sustitución de su actuación, en otras en un complemento de capacidad, pero en otras bastará una actividad de apoyo que supervise que se cubran las necesidades vitales, sociales o jurídicas del discapacitado» («Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: Revisión del modelo de protección basado en la incapacitación», *op. cit.*, p. 1469).

⁸³⁸ Cfr. VIVAS TESÓN, Inmaculada, «Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad», *op. cit.*, pp. 572-573.

⁸³⁹ Cfr. «Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos», *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*, SERRANO GARCÍA, Ignacio (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 251.

⁸⁴⁰ En este apartado me centraré en la tutela y la curatela, porque la figura del defensor judicial tiene una lógica diferente a las anteriores. Se trata de una figura *ad hoc*, que se superpone a las otras instituciones de protección y se activa cuando existe conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador; cuando el tutor o el curador no desempeñen sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo, y en los demás casos previstos por el código (art. 299 CC).

proteger los intereses de los incapaces sometidos a ella⁸⁴¹ y que se ha previsto de todo: desde quienes son los tutelados (cfr. artículo 222 del Código Civil), la delación de la tutela y nombramiento del tutor (cfr. artículos 234-258 del Código Civil), la función de representación (cfr. artículo 267 del Código Civil), las obligaciones del tutor (cfr. artículos 262 y 269 del Código Civil), la extinción y rendición de cuentas (cfr. artículos 276-285 del Código Civil), etc. Sin embargo, al prestar mayor atención a los preceptos, nótese que todo aquello va dirigido al tráfico y a la seguridad jurídica. Salvo una obligación que alude al incapacitado [promover la adquisición y recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad (cfr. artículo 269.3.º)], lo demás es de carácter patrimonial⁸⁴². A pesar de la poca atención recibida, esta única norma de tinte personal, es la más importante. En efecto, debería potenciarse su cumplimiento con medidas legislativas adecuadas, especialmente la necesidad de rendir cuentas al final de la tutela, sobre su efectivo desempeño.

La curatela, por su parte, no supone la sustitución de la capacidad. Se trata de una asistencia y no de la representación del curatelado (cfr. artículo 289 del Código Civil). En todo lo no reglado para la curatela, se hace remisión a las disposiciones de la tutela (cfr. artículo 291 del Código Civil). Por tanto, la crítica va por el mismo sendero: dirigida solo a los asuntos patrimoniales y se echa en falta una disposición que haga prevalecer el interés y las preferencias del incapacitado en la actuación del curador⁸⁴³.

En consecuencia, en los textos legales vigentes todavía mantiene un importante peso el aspecto económico sobre el personal al que, aunque se tiene en cuenta, se le dedica poca atención y relevancia. En la mayoría de casos se solicita la guarda legal solo por intereses individuales, lo que se verifica en la dificultad de encontrar personas dispuestas a asumir los cargos cuando el sujeto a incapacitar

⁸⁴¹ Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, «La legitimación del tutor para interponer la demanda de separación del incapacitado», *Actualidad Civil*, Núm. 11, 1999, p. 295.

⁸⁴² Para GUTIÉRREZ CALLES, el peso específico de la tutela recae en el aspecto patrimonial [cfr. *La guarda del enfermo mental: Deberes y responsabilidades (con formularios para facilitar el ejercicio de funciones tutelares)*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 91]

⁸⁴³ Cfr. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, «La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho Privado español», *Capacidad jurídica y discapacidad (Un estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)*, SOTO RUIZ, José Javier (Dir.), t. I, 2009, pp. 44-45, http://www.convenciondiscapacidades.es/Capacidad_new.html (consulta: 29 de marzo de 2015).

carece de recursos, y la rapidez con la que se ofrecen cuando la situación es la contraria⁸⁴⁴. Para FÁBREGA RUIZ, «el Derecho se ha ocupado de la protección de las personas discapacitadas de forma muy precaria sin preocuparse, en realidad, de la promoción de las personas dependientes cuya atención se remitía al ámbito privado de cada familia o al de la beneficencia y la caridad públicas, en caso de carecer aquéllas de familiares (...). La discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, con la excepción de la incapacitación y la tutela, si bien dirigidas estas más a la protección patrimonial de la familia y herederos del discapaz que a la del discapaz mismo»⁸⁴⁵.

Por tanto, la ineficacia del sistema tuitivo español es patente y reclama una profunda revisión. Esta necesidad, se ve reforzada con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que exige que se adopten nuevos instrumentos que respeten la capacidad de las personas⁸⁴⁶. Su artículo 12, consagrado al reconocimiento de la igualdad plena ante la ley de las personas con discapacidad, incide de lleno en las instituciones que el Derecho nacional regula en esta materia, y obliga a un replanteamiento, sobre cuya necesidad ya se había pronunciado el movimiento social de la discapacidad y alguna doctrina. No obstante, el acomodo de las instituciones no resulta fácil en el sistema tutelar implantado en España. Apremian medidas legislativas que faciliten la consecución de los objetivos de la Convención, y hasta que no lleguen corresponderá los tribunales y juzgados, con competencia en discapacidad, realizar una labor de complemento e integración⁸⁴⁷.

⁸⁴⁴ Vid. ROGEL VIDE, Carlos, «La tutela del deficiente mental», *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*, DíEZ-PICAZO, Luis (Dir.), Madrid, 1975, pp. 211-220.

⁸⁴⁵ Cfr. «La atención social de la discapacidad. De la asistencia social al reconocimiento de derechos», *Sumuntán. Revista de estudios sobre sierra mágica*, Núm. 26, 2008, p. 14 y «Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado», *op. cit.*, p. 333.

⁸⁴⁶ En España, el 21 de abril de 2008, el BOE publica el Tratado internacional, y a partir de ese momento, forma parte del ordenamiento jurídico interno y es de obligada aplicación por los juzgados y tribunales (cfr. art. 96.1 CE y 1.5 CC). La STS de 30 de septiembre de 2014 afirma que «en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.5 del Código civil, las normas jurídicas contenidas en la Convención son de aplicación directa, y, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución Española, los principios de la Convención deben ser aplicados para resolver los casos referentes a los derechos fundamentales y a las libertades». También, *vid.* STS de 27 de noviembre de 2014.

⁸⁴⁷ Es deseable que el legislador reforme de inmediato las instituciones tutelares; sin embargo, las modificaciones se están haciendo esperar. Por ejemplo, el incumplimiento del

En Derecho interno, se han realizado algunas reformas de gran importancia⁸⁴⁸, que suponen la asunción del enfoque de los derechos humanos en el tratamiento de la discapacidad⁸⁴⁹. Se respeta la voluntad de la persona con discapacidad, aunque de modo parcial. El artículo 223 del Código Civil dispone: *«cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes, incluida la*

compromiso recogido en la Disposición Final Primera, Ley 1/2009, de 25 de marzo, de modificación de la Ley sobre el Registro Civil, para que el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitiera a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarían a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar. También la inobservancia del deber recogido en la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, donde se establece que *«(e)l Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen»*. Esta Ley modifica varias normas relativas a la discapacidad. Sin embargo, el aspecto jurídico-privado lo aplaza a un Proyecto de Ley, de donde se infiere la dificultad de su tratamiento (cfr. DE SALAS MURILLO, Sofia, «Repensar la curatela», *op. cit.*, p. 12).

⁸⁴⁸ En el ámbito social: Ley de Integración Social de Minusválidos de 7 de abril de 1982, que regula distintas cuestiones que afectan a las personas minusválidas; Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales; Real Decreto de 11 de mayo de 1983 que regula el empleo selectivo y medidas de fomento, estableciendo subvenciones y ayudas para aquellas empresas que contraten a trabajadores minusválidos; Real Decreto de 4 de diciembre de 1985 que regula los Centros Especiales de Empleo; Ley 15/1995, de 30 de mayo, Límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad; Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las familias numerosas; Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad y Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de los trabajadores minusválidos. En el ámbito civil: la Ley de Reforma del Código Civil en materia de tutela de 24 de octubre de 1983; Ley 11/1987, de 11 de noviembre, que incorporó la tutela automática de la Administración cuando se constate que un menor se encuentra en situación de desamparo; Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor que reformó numerosos preceptos de la institución tutelar; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que modificó artículos de la incapacitación y la curatela y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, introduce la autotutela y el mandato preventivo, dota de mayor flexibilidad a la tutela y asegura la efectiva protección patrimonial de los discapacitados.

⁸⁴⁹ *Vid.* PALACIOS RIZZO, Agustina, «La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española», *Hacia un Derecho de la discapacidad, Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, PÉREZ BUENO, Luis (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 143-180.

designación de tutor»⁸⁵⁰. En estos casos, el notario, de oficio, comunicará este acto al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. El juez, en el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar recabará certificación del Registro Civil, a efectos de comprobar la existencia de disposiciones de este tipo. La voluntad manifestada por el interesado será vinculante para la autoridad judicial al constituir la tutela, salvo que, tal como dispone el artículo 224 del Código Civil, el beneficio del incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso la decisión que adopte deberá ser motivada.

Para DEL RÍO FERNÁNDEZ, aquel precepto es respetuoso con la voluntad de la persona, no solo en cuanto al nombramiento de tutor, sino también en relación a cualquier otra medida que el disponente hubiere considerado procedente en previsión de una futura incapacitación. Sin embargo, para aquellos casos en los que la persona no haya previsto nada al respecto, no hay norma relativa a la necesidad de actuación, en el ejercicio del régimen de guarda, conforme a las preferencias del incapacitado. Tampoco existe precepto que establezca de forma general que, con independencia de cuál sea el mecanismo de protección o de «apoyo» adoptado y siempre que se pueda, se tenga en cuenta los deseos y las opiniones del sujeto con discapacidad. Además, es necesaria una regla que exija el respeto de la voluntad de la persona afectada, siempre que tenga suficiente capacidad de entendimiento para expresar deseos y opiniones y éstos no redunden objetivamente en su perjuicio. Según el referido autor, de *lege ferenda*, la norma debería incluir la necesidad de oír a la persona, siempre que sea posible, cuando se han de adoptar medidas de especial trascendencia en el ejercicio de sus derechos. Esto no será viable en algunos casos, pero sí en otros. El objetivo es potenciar la «capacidad residual» del sujeto con discapacidad⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ Artículo introducido por 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.

⁸⁵¹ Cfr. «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación en el Derecho privado», *Curso: De la implementación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación por los operadores jurídicos y sociales: especial referencia al artículo 12*, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Justicia-y-Discapacidad/Cursos/> (consulta: 11 de febrero de 2016). Según VIVAS TESÓN, si bien se ha introducido la autotutela como un mecanismo que toma en cuenta la voluntad del sujeto a proteger; ésta sigue siendo la única solución legal posible (cfr. «Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: Hacia la despatrimonialización de la discapacidad», *op. cit.*, p. 571).

En mi opinión, para otorgar una protección efectiva no basta el respeto de la voluntad manifiesta, hay que ir más allá. Se debe partir del absoluto respeto a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, como algo inherente o derivado de su propia dignidad personal. En consecuencia, resulta obligado eliminar todo aquello que comporte su desconocimiento, y abarcar el mayor número de instrumentos jurídicos susceptibles de servirle de apoyo. Según ANGUITA RÍOS, toda la abundante actuación legislativa nacional, que se ha producido en un corto tiempo, no ha querido sino plantear la necesaria revisión del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, dirigiéndolo hacia una menor injerencia y la apertura de un debate jurídico sobre otras posibilidades protectoras, en comparación con los sistemas jurídicos coexistentes en territorio nacional e internacional⁸⁵². No obstante, tales esfuerzos no han incidido plenamente en la capacidad jurídica, como una cuestión de derechos humanos; porque sigue apareciendo regulada desde un enfoque privado, fijándose en el tráfico y la seguridad jurídica.

Este desafío requerirá de los Estados, de los legisladores, de los operadores jurídicos, de los tejidos sociales un enorme esfuerzo de creatividad e imaginación para establecer normativamente nuevas instituciones, basadas en otros valores, principios y conceptos. No obstante, nada impide que un sistema de apoyo pueda variar a otro más invasivo de la capacidad, si se comprueba que resulta insatisfactoria para la defensa de los derechos (el artículo 12 de la Convención obliga a que las medidas adoptadas en relación a la capacidad de obrar estén sujetas a exámenes periódicos⁸⁵³).

A pesar de lo previsto en el instrumento internacional, parece que el legislador español se muestra renuente a eliminar completamente el procedimiento de incapacitación. En el 2011, el Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad instó a España para que adopte leyes que reemplacen los regímenes de sustitución por una asistencia que respete la voluntad y autonomía de las personas con discapacidad⁸⁵⁴, no obstante se ha hecho caso omiso. En la Ley de Jurisdicción

⁸⁵² «La protección del discapacitado no incapacitado», *op. cit.*, p. 2.

⁸⁵³ *Vid.* GANZENMÜLLER ROIG, Carlos, «La Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Efectos sobre la tutela y las decisiones individuales», *op. cit.*, pp. 13-22.

⁸⁵⁴ El CDPD en sus observaciones sobre el Informe presentado por España, en su duodécima recomendación, establece que «*revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de*

Voluntaria de 2015 se sigue manteniendo la tutela y la curatela como mecanismos de guarda⁸⁵⁵, y la jurisprudencia va por el mismo camino. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 realiza un profundo razonamiento sobre el asunto que merece la pena reproducir: *«Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que: 1. La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 septiembre 1999 que declaró que “implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a*

sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes» [AA.VV., *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2001*, PÉREZ BUENO, Luis y SASTRE CAMPO, Ana (Dirs.), Cinca, Madrid, 2012, p. 44, http://www.convenciondiscapacidad.es/Informes_new.html (consulta: 12 de febrero de 2016)].

855

Esta actitud ha sido fuertemente criticada por el CERMI (encargado para supervisar en España la Convención de 2006 –RD 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –) en sus consideraciones al texto de propuesta de anteproyecto de jurisdicción voluntaria: *«se diría que el órgano que ha redactado el borrador no conoce la Convención de la Discapacidad, tratado internacional de derechos humanos, ni ha asumido sus valores, principios y mandatos, no es sostenible tras la entrada en vigor en nuestro país de la Convención, pues burla sus prescripciones. Ni esta futura Ley, ni ninguna otra en adelante, debieran abstraerse a la necesidad de observancia y respeto absoluto a la Convención. Aprovechemos, pues, el efervescente momento legislativo que vivimos así como la celebración de los 5 años de plena vigencia de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad para avanzar en la garantía a los derechos de todas las personas con discapacidad al que representamos y para hacer una regulación en condiciones, plenamente respetuosa con la Convención y que suprima sistemas, figuras y términos contrarios a su espíritu. Por todo ello, reclamamos al Ministerio de Justicia la retirada del texto Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria dado a conocer, en la parte que guarda relación con las personas con discapacidad y el ejercicio pleno de sus derechos y de su igual capacidad jurídica, sin restricciones ni mermas de ninguna clase, y que promueva la creación de un grupo de trabajo, con presencia del sector de la discapacidad, que prepare una propuesta normativa de apoyo a la toma de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen acorde con el artículo 12 de la Convención»* [<http://semanal.cermi.es/boletin/188/seccion/documentos.aspx> (consulta: 12 de febrero de 2016)].

su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial”. (asimismo STS de 14 julio 2004). 2. No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad. 3. La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección». A pesar de la defensa de la incapacitación como un mecanismo tuitivo, se debe reconocer que a partir de esta sentencia, los tribunales y juzgados hacen todo lo posible por utilizar medidas de guarda menos invasivas de la capacidad como la curatela⁸⁵⁶.

En fin, a la vista de la regulación del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar y del régimen de guarda establecido en Derecho español, apremia

⁸⁵⁶ *Vid.* SAP Málaga de 24 de enero de 2012. Sin embargo, en aras de la flexibilidad absoluta algunos están llegando al punto de desvirtuar la naturaleza de la curatela. Algunas sentencias establecen una curatela de contenido personal: *vid.* STS de 17 de diciembre de 2015; STS de 14 de octubre de 2015; STS de 24 de junio de 2013; SAP Zaragoza de 26 de octubre de 2010 y SAP Madrid de 17 de junio de 2010. En otras, no se descarta la posible conciliación de la rehabilitación de la patria potestad con una incapacitación parcial (*vid.* SAP Guipúzcoa de 11 de febrero de 2011), aunque se sigue manteniendo la incompatibilidad de aquella con la curatela (*vid.* STS de 4 de noviembre de 2015).

revisar las características y funciones actuales de los cargos tutelares⁸⁵⁷. Sin embargo, soy consciente de que si bien se puede trabajar en la aplicación del principio de graduabilidad, esto no es cosa fácil cuando no se cuenta con figuras intermedias con consecuencias jurídicas más tenues⁸⁵⁸; ni con una estructura judicial especializada en discapacidad.

IV. LA GUARDA DE HECHO COMO INSTRUMENTO DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La crisis del sistema tuitivo español se pone de manifiesto por la existencia de una realidad que va *in crescendo*: sujetos que tienen limitada su capacidad para gestionar sus propios intereses, pero que no están incapacitados ni lo estarán. No cuentan con un representante legal, pero esta ausencia es suplida por una persona que cuida adecuadamente de ellos (familiar, allegado, o Centro residencial)⁸⁵⁹. En estos casos, no se hallan motivos para iniciar un procedimiento de modificación de la capacidad de obrar.

SANTOS URBANEJA hace un minucioso análisis de la causa y motivo de la incapacitación civil. Según este autor, hasta ahora los tribunales solo se han

⁸⁵⁷ Cfr. PÉREZ BUENO, Luis, «La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios», *Capacidad jurídica y discapacidad (Un estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)*, SOTO RUIZ, José Javier (Dir.), t. I, 2009, p. 15, http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad_new.html (consulta: 29 de marzo de 2015). Respecto a la adaptación, modificación o integración de los mecanismos de guarda para asegurar, de modo real, la protección y promoción de la persona con discapacidad no puedo desconocer la labor del legislador aragonés, que en el art.150.2 CDFA, recoge la posibilidad de dotar a la curatela de un contenido estrictamente personal; esto es una curatela de dimensiones asistenciales, dirigida exclusivamente al cuidado de la persona protegida. Este es un paso inicial que podría contribuir a modificar el tratamiento que hace el legislador estatal a la curatela.

⁸⁵⁸ CASAS PLANES pone de relieve esta dificultad. Tal es el caso del enfermo psíquico de carácter cíclico que requiere un tratamiento legal específico; no obstante, el sistema normativo es rígido. Cada una de las soluciones posibles en la regulación actual adolece de graves deficiencias para su aplicación práctica [cfr. «Breve reflexión acerca del futuro de la incapacitación judicial (Referencia a la reforma de la protección de mayores en Francia por la Ley de 5 de marzo de 2007)», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 482 (contenido en CD-Rom)].

⁸⁵⁹ Según RUEDA ESTRADA, no todas las personas susceptibles de ser incapacitadas lo están. Hay algunos grupos de población que sufren enfermedades degenerativas que les impiden gobernarse por sí mismos y que persistirán, incluso agravándose hasta el día de su fallecimiento. Muchos de ellos, cuando carecen de familia o éstas no pueden atenderles adecuadamente, acaban ingresando en una residencia (cfr. «Alternativas a los procesos de incapacitación judicial a la Luz de la Convención Internacional de las personas con discapacidad», *Revista Atlántida*, Núm. 2, diciembre 2010, p. 202).

preguntado por la causa: si la persona demandada tiene o no suficiente autogobierno para atender sus necesidades. En caso de que lo tenga, la demanda será rechazada; en caso de que carezca de autogobierno o se encuentre disminuido procederá la incapacitación total o parcial y el nombramiento de un representante que cubra ese déficit de capacidad. Los Tribunales no han pasado del análisis de la causa porque la ley, en concreto el artículo 200 del Código Civil, no alude para nada a los motivos, sin duda por presumir que todos son aceptables. Pero eso no es así en todos los casos. Propone que no se detenga el análisis en el elemento «causa» y se extienda a los «motivos», cosa que si bien es cierto no está expresamente prevista en el tenor literal de la ley, no solo no está prohibida sino que es de duro sentido común⁸⁶⁰. La jurisprudencia, aunque en pocas resoluciones, ha hecho alusión al motivo para incapacitar⁸⁶¹.

Cuando una persona con discapacidad, mediante los cuidados y atenciones que recibe de su entorno (familiar o tercero), tiene cubiertas sus necesidades de autogobierno, no existe motivo aceptable, concreto y suficiente que justifique la apertura del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, porque los beneficios serían mínimos frente al coste temporal y personal que demanda. En consecuencia, si el Ministerio Fiscal entiende que un incapaz no incapacitado recibe protección adecuada y suficiente por el guardador de hecho, no debe instar necesariamente el procedimiento de incapacitación. La guarda de hecho puede ser el

⁸⁶⁰ Para este autor, el motivo tiene unas ciertas características: 1. Debe ser aceptable, en cuanto repercute en protección y bienestar del incapaz no incapacitado y sea conforme a sus intereses. Son inaceptables los que buscan su perjuicio. 2. Debe tener cierta concreción, conectado a una situación de necesidad presente o sobre la que sea verosímil que pueda plantearse en un plazo no muy lejano. Incapacitar «por si acaso surge la necesidad», cuando ésta se juzgue poco probable no es buena práctica. 3. Será inexistente cuando la protección deseada no requiera para nada la incapacitación o se pueda lograr acudiendo a otras alternativas [cfr. «Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código civil», *Jornadas sobre la protección jurídica en la incapacidad, op. cit.*, pp. 148-151].

⁸⁶¹ En la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, en el primer motivo de casación, los recurrentes argumentan que la demanda presentada no se fundamenta realmente en el estado de la recurrente, sino en «*su importante patrimonio, la situación de conflicto entre los hijos y el otorgamiento de un poder general a favor de tres de sus hijos, para administrar sus bienes y negocios*». El Alto Tribunal, desestimando el recurso, aclara que «*(l)a sentencia recurrida establece de una forma clara y precisa los fundamentos de la incapacitación, de acuerdo con las pruebas practicadas, que se han resumido en el Fundamento primero de esta sentencia. Los argumentos relativos al patrimonio y a la situación de conflicto familiar se utilizan a mayor abundamiento, lo que queda demostrado al resumir las razones por las que se mantiene la medida de incapacitación*».

mecanismo idóneo de apoyo, sin afectar el estado emocional de la persona con discapacidad y la de sus familias. En efecto, si la sentencia de incapacitación en nada cambia la situación del guardado (aunque en realidad sí lo hace, pero a peor generando un perjuicio anímico)⁸⁶², no se entiende por qué hay que incapacitar⁸⁶³. La persona con discapacidad no necesita resoluciones que modifiquen su capacidad; lo que demanda es afecto, recursos sociales, sanitarios, educacionales, ocio y cultura y que las intervenciones judiciales busquen la efectividad y la protección, con la menor intromisión en sus derechos y en su dignidad. Las instituciones jurídicas de protección deben ser instrumentos al servicio de la persona, que sirvan «para algo». «No estamos hablando de instituciones “en el vacío”, ni de conceptos que son simples teorías. Estamos hablando de un instrumento que sirve “para algo”. Y ese “para algo” consiste en que va a proporcionar algún tipo de beneficio (de mejora) a esas personas que pueden necesitar algún tipo de ayuda para realizar mejor sus actividades; en fin, se trata de proporcionar una mejor calidad de vida a personas que carecen de ella porque no tienen su competencia en su total funcionamiento»⁸⁶⁴.

El conocimiento de una incapacitación no decretada, puede llegar a crear un estado de cosas susceptible de una tutela fáctica (guarda de hecho) que debe gozar de una cierta posesión de estado; sin condicionar su validez a que la persona luego sea incapacitada con sometimiento a tutela o curatela; pues si así se exigiese se privaría de eficacia a la figura solicitando los mismos requisitos que la guarda formal, lo que

⁸⁶² Para MARTÍN PÉREZ, «el recurso universal a la incapacitación judicial aleja en muchos casos al discapacitado de la protección que el Derecho debe prestarle, en buena medida, al tener que iniciar y soportar un procedimiento al que se resisten los afectados y sus familiares, por ser considerado costoso, penoso e incluso vejatorio para el discapacitado» («Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: Revisión del modelo de protección basado en la incapacitación», *op. cit.*, p. 1472).

⁸⁶³ Según FÁBREGA RUIZ, para graduar la capacidad y comprobar la afectación de autogobierno, como elemento fundamental de las causas de incapacitación, es necesario poner en paralelo los efectos que la enfermedad origina, con las circunstancias en que se desarrolla la vida del incapaz no incapacitado. Para determinar que una persona debe ser incapacitada debe valorarse qué necesita hacer de forma ordinaria para atender sus asuntos, autorrealizarse y ser feliz; determinar qué puede hacer por sí misma para conseguir esos objetivos y comparar ambos aspectos. Solo si la persona debe hacer más de lo que puede, habrá que buscar el mecanismo de protección que supone la incapacitación, limitándola a aquello que el incapaz necesita hacer ordinariamente y que no puede realizar por sí solo. En otro caso, no se darán los requisitos del art. 200 CC (cfr. *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 10).

⁸⁶⁴ ELÓSEGUI SOTOS, Aurora, «Aspectos judiciales. Taller de trabajo», *La tutelas de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, MADRAZO JUANES, José Luis; BASOKO EIZAGIRRE, José Luis y POZO CHICO, José Ignacio (Dirs.), Diputación Foral de Guipúzcoa, Donostia-San Sebastián, 2007, p. 87.

sería totalmente ilógico y dejaría fuera del campo de protección situaciones tan necesitadas de amparo como las descritas en la norma⁸⁶⁵. Si a todas las situaciones de falta de capacidad se le da una única solución (instar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar), está claro que este planteamiento se opone rotundamente a la Convención y supone una violación flagrante a sus principios⁸⁶⁶. En consecuencia, frente una guarda de hecho que atiende a los intereses del guardado, es pertinente mantener el escenario y valorar positivamente este instrumento de apoyo. Solo se incapacitaría cuando la causa de falta de autogobierno fuera acompañada de un motivo válido y suficiente, porque «¿para qué vamos a incapacitar a una persona que se encuentra guardada de hecho y no tiene problemas?... Si la guarda de hecho está funcionando correctamente, no sé qué beneficio mayor le pueda dar la incapacidad»⁸⁶⁷.

ELÓSEGUI SOTOS, comentando su experiencia como jueza dice: «pasando revista al tipo de persona para la que se suele solicitar una incapacitación, resulta que hay personas incapaces a las que en nada puede beneficiar este proceso porque están perfectamente atendidas, no hay ninguna disfunción en su entorno, ni familiar ni médica ni patrimonial. No se detecta ningún abuso, falta de atención, maltrato, abandono, existen mecanismos jurídicos instituidos (poderes) que permiten su representación y por tanto, nada se obtendría en su beneficio con su declaración de incapacidad. En estos casos creo que no debería plantearse el procedimiento en los momentos actuales. Debe partirse de la existencia de una guarda de hecho que funciona adecuadamente y, en todo caso, si se requiere algún instrumento jurídico para solventar algún problema puntual, intentar arbitrarlo sin necesidad de previo procedimiento contencioso para declarar la incapacitación. La ley debería proveer a estas circunstancias fórmulas ágiles y sencillas. La jurisdicción voluntaria puede ser el cauce adecuado. En todo caso, la red social debe estar muy atenta por si la

⁸⁶⁵ Según GETE-ALONSO, bastaría con la demostración de una situación de riesgo o peligro personal o patrimonial en el guardado con una cierta permanencia (cfr. *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 306-307).

⁸⁶⁶ Cfr. CABELLO DE ALBA JURADO, Federico, «Alternativas al procedimiento de incapacitación», *La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención*, Centro de Estudios Jurídicos Fundación Aequitas, 2013, <http://aequitas.notariado.org/lifecray/web/aequitas/documentacion/trabajos-y-ponencias> (consulta: 22 de diciembre de 2015).

⁸⁶⁷ ELÓSEGUI SOTOS, Aurora, «Aspectos judiciales. Taller de trabajo», *op. cit.*, p. 97.

apariencia de correcto funcionamiento, no se corresponde con la realidad y tras ella existe alguna situación de abuso»⁸⁶⁸.

La guarda de hecho puede solucionar, sin necesidad de iniciar un expediente judicial, los problemas tanto personales, como sociales o patrimoniales de las personas que se encuentren en situación de *facto* con pérdidas importantes de su capacidad de autonomía y autogobierno. Pienso que esta solución no es aplicable solamente a las personas que carecen de patrimonio, sino a todas aquellas personas mayores que teniendo patrimonio y familiares, están a salvo de cualquier intromisión, abuso o posible extorsión. Sin embargo, a pesar de todo lo positivo, soy consciente que la propia configuración de la guarda de hecho (ejercicio sin control judicial o administrativo), permite realizar actos perjudiciales (engaños, coacción, violencia, etc.) al guardado, que no se denuncian por temor a represalias, o al confinamiento en instituciones, o simplemente porque no quieren reconocerse como víctimas y prefieren negar una realidad que les resulta insoportable⁸⁶⁹. Frente a ello, lo lógico es actuar y poner en marcha todos los mecanismos de protección oportunos, para garantizar una vida digna. Si los actos fraudulentos, dolosos, los engaños cometidos contra el común de los individuos son merecedores de reproche; mucho

⁸⁶⁸ «Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal», *op. cit.*, pp. 251-252 y «Aspectos judiciales. Taller de trabajo», *op. cit.*, pp. 87-114. Por su parte, según LÓPEZ SÁNCHEZ-VIZCAÍNO, «se hace preciso analizar con sumo cuidado y exquisitez las particulares circunstancias de toda índole que rodean a la persona sometida (al procedimiento de incapacidad) medio rural o urbano en que habita, existencia o no de personas que atiendan, instrucción con que cuenta, que sea o no titular de un importante patrimonio, en definitiva, determinar qué necesidades reales tiene dicha persona, y en qué parcelas de su vida precisa, en su caso, de ayuda» («La declaración de incapacidad: requisitos, problemas, ventajas, inconvenientes. Otras soluciones», *Deficiencia, Enfermedad Mental y senilidad: Mecanismos Legales de Protección*, Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental, 1997, p. 46). Siguiendo esta línea, SANTOS URBANEJA afirma que «es tristemente frecuente que desde el ámbito jurídico se acuda a la incapacitación judicial como receta universal cuando tal medida es a todas luces excesiva y perfectamente evitable. Hoy existen mecanismos jurídicos diversos para proteger sin incapacitar. La comprensión cabal del concepto legal de incapacidad (artº. 200 CC), la utilización de determinadas posibilidades notariales y el aprovechamiento de otras instituciones como la Guarda de Hecho y las medidas de protección del Art. 216 del CC (artº. 762 LEC) permiten proteger preservando al propio tiempo sus derechos y su dignidad» [«Dos cuestiones relativas a la protección legal de las personas mayores: ¿Qué debemos proteger?, ¿qué significa capacidad para decidir por sí mismas?»], *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas Legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas Mayores*, GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel y GALLEGU DOMÍNGUEZ, Ignacio (Coords.), Obra Social y Cultural Cajastur, Córdoba, 2001, p. 85].

⁸⁶⁹ Cuando el abuso viene de parte de la familia, el anciano no puede entender cómo las personas a las que él más aprecia pueden tratarle de esa manera, se generan sentimientos contradictorios que muchas veces le llevan a encubrir dichas situaciones (cfr. MONDEJAR PEÑA, María Isabel, «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, pp. 2060-2061).

más se reprenden cuando se cometen en contra de personas que, por su circunstancia, no pueden valerse por sí mismas. No hay nada más retorcido que aprovecharse de alguien que no está en las mismas posibilidades de defensa que los demás. Por estos motivos, muchos autores proclaman la transitoriedad de la guarda de hecho.

En mi opinión, creo que es necesario potenciar y repensar esta figura. Su importancia en la realidad asistencial debe ser el fundamento para afrontar su estudio; sin que la escueta regulación estatal sea óbice para este compromiso. Lo conveniente no es desecharla, sino que podría defenderse su ejercicio controlado por la autoridad judicial; o pensar en una nueva regulación como mecanismo de apoyo, en clara alternativa al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, adecuado a los postulados de la Convención de 2006; o quizá tener en cuenta otros instrumentos que puedan cumplir la loable labor desempeñada por el guardador.

Ahora bien, el reconocimiento de la guarda de hecho como mecanismo estable de protección resulta atractivo, pero objetivamente el ordenamiento español rechaza esta opción, porque supondría el ejercicio de facultades tutelares sin un procedimiento contradictorio. De otro lado, se puede defender su subsistencia a través las medidas de control y vigilancia, las cuales elevarían al guardador de hecho a la categoría de cargo tutelar, naturaleza que jamás se le reconoció⁸⁷⁰. En consecuencia, respetando la existencia e importancia de la guarda de hecho, creo conveniente la propuesta de una regulación legal de la guarda como mecanismo de apoyo⁸⁷¹ con participación en el tráfico jurídico. Se trataría de un medio que garantiza la protección de las personas con discapacidad sin modificar su capacidad

⁸⁷⁰ Cfr. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, op. cit., p. 41.

⁸⁷¹ Construcción semántica que se compeadece mejor con sus fines (protección de intereses patrimoniales y personales), a diferencia de la expresión italiana *amministrazione di sostegno* que, en principio, parece aludir solo al aspecto patrimonial. Al respecto, VIVAS TESÓN, considera «desacertado el uso de la palabra “administración” pues si bien da la impresión de una medida que protege a la persona sin reprimirla, evoca de inmediato, la idea de gestión de los intereses patrimoniales de la persona necesitada de protección, una especie de “contable”, más que de sus intereses personales, de la cual, precisamente, se pretende huir. Tal vez junto a la palabra “apoyo”, hubieran sido más adecuadas las palabras “asistencia” (como Cataluña, si bien dicho término, tal vez, podría generar algún equívoco con la curatela), “colaboración”, “acompañamiento”, “refuerzo”, “guía”, “auxilio” (así: “asistente de apoyo”, “colaborador de apoyo”, “acompañante de apoyo”, “refuerzo de apoyo”, “guía de apoyo”, “auxiliar de apoyo”) o cualesquiera otras similares, siempre y cuando estén desprovistas de toda connotación económica» (*Más allá de la capacidad de entender y querer... Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, op. cit., p. 61).

de obrar, y que respeta los lineamientos y objetivos planteados por la Convención. Situando a la persona con discapacidad en un paradigma de personalidad jurídica plena, indemne a toda forma de intervención restrictiva.

Esta guarda de colaboración se corresponde con los diferentes mecanismos tuitivos existentes en los diferentes ordenamientos del entorno, como la *sauvegarde de justice* francesa o la *amministrazione di sostegno* italiana; pero de momento, mientras no se lleve a cabo una reforma en el ordenamiento jurídico español, de todas las instituciones de protección, es la curatela la que mejor se adapta a los postulados del Tratado de 2006, ofreciendo un apoyo a la autonomía de las personas con discapacidad⁸⁷².

872

La STS de 29 de abril de 2009 establece que « (...) la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta». De igual forma, el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 2014 hace constar que «la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicado a una persona mayor de edad que implica una medida de mayor contenido y alcance, no sólo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención (SSTS 29 de abril RJ 2009, 2901), 11 de octubre 2009 SIC, 24 de octubre 2013). Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), aspecto en el que también se revoca la sentencia». Esta opinión se encuentra extendida entre los autores. Al respecto, vid. DE SALAS MURILLO, Sofía, «Repensar la curatela», *op. cit.*, pp. 11-48 y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «La curatela como institución de protección en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 732, 2012, pp. 2248-2297, <http://vlex.com/vid/407503694> (consulta: 7 de diciembre de 2015). Así como, en la Instrucción Núm. 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas (p. 8).

CAPITULO QUINTO
RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DE HECHO

La escasa regulación que contiene el Código Civil sobre la figura, no prevé la responsabilidad del guardador de hecho, ni por los daños ocasionados al propio guardado ni por los que éste pueda causar a terceros. Sin embargo, a partir de los diferentes preceptos que recoge sobre este asunto es posible encontrar alguna solución.

I. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DE HECHO POR LOS DAÑOS OCASIONADOS AL GUARDADO

A. Responsabilidad general

De acuerdo a la opinión mayoritaria⁸⁷³, si se le ocasionan daños al guardado, el guardador de hecho responde desde el régimen de la responsabilidad extracontractual (cfr. artículo 1902 del Código Civil)⁸⁷⁴.

⁸⁷³ Vid. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 99; BERROCAL LANZAROT, Ana, «La guarda de hecho como instrumento de protección de las personas mayores y discapacitados», *op. cit.*, p. 26; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, «Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés», *op. cit.*, p. 646; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José María, «La institución tutelar», *op. cit.*, p. 582; ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Artículos 303 a 306», *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 479 y MONDÉJAR PEÑA, María, *Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 2075. En contra LECIÑENA IBARRA. Para esta autora los establecimientos residenciales y hospitalarios no tienen la condición de guardadores de

Esta posición ha sido avalada por la jurisprudencia a propósito de la responsabilidad de los centros de internamiento de discapaces. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 marzo de 1998, después de hacer unas aclaraciones respecto a la importancia de la culpa en la responsabilidad extracontractual, en su considerando tercero establece que ésta, *«en su proyección a la posible responsabilidad a imputar a los centros hospitalarios por la vía indicada, tendría que ser indagada a través de las medidas de seguridad, control y vigilancia adoptadas, para cada caso concreto, en definitiva, por culpa in eligendo o in vigilando, es decir, exigiéndoles, desde el punto de vista de organización de los servicios, una individualización en la adopción de las medidas o medios materiales y personales en orden al caso particular de que se trate»*⁸⁷⁵.

hecho ex art. 303 CC. «El Centro ejerce las funciones que como Administración tiene asumidas sin que en las mismas interfiera el estatus de guardador de hecho; el paciente puede tener un guardador de hecho que sea el que lo ha ingresado o un guardador legal (...)». El fundamento de la responsabilidad hospitalaria «no cabe reconducirlo a la responsabilidad civil del guardador de hecho (...), sino a la responsabilidad patrimonial de la Administración ya que en un alto porcentaje se trata de centros públicos estatales y a partir de la transferencia de las competencias en sanidad a las Comunidades Autónomas, en centros de éstas» (*La guarda de las personas mayores, op. cit.*, pp. 225-226).

874 Art. 1902 CC: *«El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».*

875 En términos similares, la STS de 17 de febrero de 2000, establece: *«Y es que debe ratificarse la tesis de la Sala “a quo”, ya que, habida cuenta la transcrita mecánica del suceso, en la que sobresale que, del Centro Psiquiátrico en donde estaba ingresado el fallecido recibiendo terapia ocupacional, se escapa del mismo, tal y como lo había realizado dos veces, y en vez de dirigirse a su casa, como lo había realizado con anterioridad se tira a la ría y se ahoga, de lo que se deriva, que no se puede, dentro de la labor asistencial de todo Centro, como dice el Motivo, sostener se ha cometido por éste un «incumplimiento genérico de vigilancia del enfermo» porque, entonces esa vigilancia –en este caso la llamada vigilancia visual– (sobre esa vigilancia visual ordenada por los facultativos correspondientes, según consta en el Historial Clínico –a los ff. 90 y ss.– muy minucioso, aparece tal orden en los días 6-10, 16-10 y 30-10-1987, día de la fuga y suicidio, y asimismo, en los “Facta” de la Sentencia absolutoria del procedimiento penal de la Audiencia Provincial de Bilbao de 15-3-1993, se describe dicha orden diciendo: “la orden de que el enfermo señor M., debía bajar vestido a Terapia Ocupacional, realizando la transmisión de forma oral y desde el umbral... tal orden fue cumplida por los Auxiliares...”); habría de rebasar los extremos de un normal entendimiento, según la lógica de los hechos, pues, la tesis del Motivo, equivaldría, sin más, que en el supuesto de los enfermos mentales y sin perjuicio de que como el de autos, hubiera ejecutado conductas anteriores alusivas o semejantes a la posterior causante del fatal resultado, el establecimiento hospitalario albergante, debía imponer, a toda costa y permanentemente, al interesado, personal y exhaustiva vigilancia casi determinante de la privación total y absoluta de libertad del paciente, con lo que ese control completo de todos los movimientos y actos del así vigilado, aparte de que, como mínimo debía auxiliarse con un vigilante/s, adscritos al mismo en todas las horas y quehaceres diarios, a buen seguro, que trasladaría la custodia a un modelo de como lo pudiera ser un seguimiento más propio del “Hortus Clausus” acaecible dentro de un establecimiento penitenciario en donde impera la privación absoluta de libertad. De consiguiente, **inexiste la relación de causalidad que denuncia el Motivo, pues, la vigilancia***

En consecuencia, si el centro recibe a un interno aquejado de una determinada patología en un estado de presunto riesgo, o con antecedentes que lo hagan suponer, y no adopta las medidas adecuadas destinadas a evitar el accidente o la fuga, será responsable civilmente de los perjuicios que se le causen, aunque procedan de este mismo; basándose en las culpas «*in vigilando*» o «*in eligendo*».

Si bien comparto la postura de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, creo conveniente la necesidad de demostrar el daño causado, el nexo causal con el comportamiento del centro y la existencia de la culpa *in vigilando* (si la vigilancia era adecuada, según las circunstancias y estado del enfermo, no habría responsabilidad)⁸⁷⁶.

visual y su asistencia a la Terapia Ocupacional adoptada por el Centro en cumplimiento de la Orden médica, no determina la escapada y el suicidio, sino que la voluntad del paciente quebró por completo esa supuesta causalidad. 3º) La tesis que se sostiene coincide, en lo esencial, con la de la Sentencia de esta Sala de 1-6-1996 (RJ 1996\4717) que afirmaba: "...pues cualquiera que sean los razonamientos que traten de defender su postura en punto a la procedencia de la pretensión ejercitada, es llano no dejan de ser opiniones parciales que, en caso alguno, pueden prevalecer porque frente a las mismas, e incluso, la apreciación de la primera sentencia, se sobrepone la recta convicción de la decisión apelada, que, fundamentalmente, se deriva en que la muerte del hijo de los actores, se debió al hecho de estar internado en el Centro Sanitario tras un trastorno mental, y que ingresado en la planta de agudos, rompiendo una ventana, se arrojó al vacío ocasionándose unas lesiones que posteriormente le causan la muerte; lo cual ha de contemplarse con el resto de las propias apreciaciones del Tribunal "a quo", demostrativo de no haberse incurrido en negligencia alguna en la debida atención de repetido enfermo, habida cuenta su estado psiquiátrico, según se ha constatado del transcrito F. 3º, y de las circunstancias indicadas respecto al tratamiento, vigilancia o atenciones y medidas adecuadas de control dispensadas al interesado frente a las que no cabe prevalezcan las opiniones ni de los peritos que se indican, irrelevantes para estimar un motivo en esta técnica casacional, ni, sobre todo, pueden pasar de meros juicios interesados inoponibles ante aquélla, recta convicción de la Sala sentenciadora, pues habida cuenta esas circunstancias, de forma indubitada se declara no existe nexo causal entre la conducta de vigilancia y atención del Centro Sanitario y sus profesionales con respecto a la actitud que motivó la conducta determinante de la muerte del fallecido... sin que por último, por los elementos que incorpora el motivo, sea posible a la Sala que juzga apreciar si, en efecto las medidas de atención o de prestación de los servicios correspondientes al estado del enfermo pudiera determinar la falta de diligencia adecuada para este cometido..."; módulo de adecuación que habrá de ajustarse a un parámetro de normalidad como al resolverse una contingencia semejante se razonó en Sentencia de esta Sala de 14-4-1999 (RJ 1999\2615): «...sobre dicha cuestión, hay que añadir que la organización sanitaria debe proporcionar en general todos los medios a su alcance para proporcionar una asistencia médico-sanitaria, pero concretando que dichos medios han de estar disponibles de un modo y para un caso, dentro de un parámetro de normalidad, lo que no se puede exigir utopías en relación a prestaciones de cualquier centro hospitalario, que, en todo caso, estarán determinadas por la finalidad específica del mismo y las limitaciones presupuestarias». Análogamente, vid.: STS de 11 de marzo de 1995; STS de 3 de junio de 1996; STS de 22 de julio de 1997; STS de 13 de mayo de 1998 y STS de 8 de mayo de 2001.

⁸⁷⁶

Cfr. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, «Aproximación a la guarda de hecho como mecanismo de cierre del sistema de protección de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 216.

B. Responsabilidad específica

Algunos autores y cierta jurisprudencia atribuyen responsabilidad al guardador de hecho de los daños que cause un incapaz no incapacitado *ex* artículo 229 del Código Civil⁸⁷⁷, por no haber promovido la tutela a pesar de conocer el hecho que la motivare⁸⁷⁸.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1984 establece la responsabilidad de los padres y hermanos del enajenado por no haber cumplido con la obligación del artículo 293 (contenido del artículo 229 en su versión anterior de la reforma de 1983). Dice el Tribunal: *«se acoge la pretensión indemnizatoria postulada aplicando los preceptos a los que antes se hizo alusión, al establecer que, conocido por los codemandados el estado psíquico del autor del hecho delictivo, abiertamente incumplieron lo dispuesto en el artículo doscientos noventa y tres, párrafo segundo del Código civil, en orden a promover la*

⁸⁷⁷ Art. 229 CC: *«Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y, si no lo hicieren serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados».*

⁸⁷⁸ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Aspectos civiles del nuevo Código penal. Responsabilidad Civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos*, *op. cit.*, pp. 247-248. Igualmente, *vid.* LATOUR BROTONS, Juan, «Responsabilidad civil de los incapaces», *Libro-Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre*, vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, pp. 155-156; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Derecho de la Persona*, Montecorvo, Madrid, 1976, p. 83; CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines: Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, *op. cit.*, p. 50; RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 439-441; NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo Alfonso, «Comentarios a los artículos 222 a 258», *Comentarios al Código civil*, RAMS ALBESA, Joaquín José (Coord.), t. II, vol. II, Bosch, Barcelona, 2000, p. 1815; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, *op. cit.*, pp. 267-270; DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 350; MORALES & SANCHO, *Manual práctico de responsabilidad civil*, Comares, Granada, 1995, p. 579; GARCÍA GARNICA, María del Carmen, «Comentarios a los artículos 215-233», *op. cit.*, p. 2059; MONDÉJAR PEÑA, María Isabel, «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *op. cit.*, p. 2075; DE SALAS MURILLO, Sofía, *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, *op. cit.*, p. 168; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2004, p. 308; LETE DEL RÍO, Manuel, «Comentarios a los artículos 199-332», *op. cit.*, p. 281 y SERRANO ALONSO, Eduardo, «Artículo 229», *Comentario del Código civil*, 2, SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Coord.), Bosch, Barcelona, 2000, p. 586. Por su parte, GASPAS LERA también acoge esta postura porque el legislador no hace ninguna precisión, y además porque esta interpretación «permite incluir entre los obligados a tomar la iniciativa constituyente de la tutela al cónyuge del emancipado o incapacitado que convive con éste, excluido inicialmente de la referida obligación en el propio art. 229 –lo que resulta de difícil justificación– por las circunstancias de no ser pariente» [«Artículos 228 a 230», *Código civil comentado. Vol. IV*, CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro y otros (Dirs.), Civitas, Madrid, 2011, p. 1067].

constitución del organismo tutelar, a lo que venían obligados todos los interpelados, determinando tal omisión, la indemnización de los daños y perjuicios, dado que la enfermedad mental de su hijo y hermano era preexistente y conocida de los mismos, con mucha antelación al momento del hecho ilícito penal (...)»⁸⁷⁹.

No obstante, otros autores, como ROGEL VIDE, defienden una aplicación restrictiva del precepto, porque los guardadores de hecho, las más de las veces por ignorancia, no promueven la tutela formal dado que, a cambio, se han encargado de hecho de la guarda del tutelado⁸⁸⁰. Esta postura se complementaría con la segunda locución del artículo 229, que alude solo a la guarda de menores no emancipados (sujetos a patria potestad o en situación de desamparo) e incapacitados (ya sea por sentencia judicial o sujetos a patria potestad prorrogada)⁸⁸¹, y no a los incapaces no incapacitados.

Dejando de lado el rigor literal del precepto y asumiendo que incluye al guardador del incapaz no incapacitado, creo que de todos modos éste no responde porque el artículo 229 del Código Civil hace referencia a la obligación de promover la tutela⁸⁸², de lo que se infiere la existencia previa de un procedimiento de

⁸⁷⁹ En genero similar, *vid.* SAP Cádiz de 22 de diciembre de 2004. No obstante, hay sentencias que declaran como único responsable de los hechos al incapaz no incapacitado. Por ejemplo, la STS de 8 de marzo de 1984 en su último considerando establece: «*lo cierto es que, el acusado (...) el día de autos, 23 junio 1981, tenía 19 años, era, por tanto, mayor de edad y no estaba sometido a la patria potestad. Y como, por otra parte, no consta que hubiera sido declarado civilmente incapaz y, consecuentemente, sujeto a tutela, ni tampoco que, la patria potestad, previa declaración de la dicha incapacidad, se hubiera prorrogado por ministerio de la Ley tal como previene el art. 171 del C. Civ. tras la reforma de 13 mayo 1981, dicho se está que, ausentes los presupuestos legales indispensables para que, el imputado, respondiera tan sólo subsidiariamente, resulta él, con sus bienes, el único responsable civil.*»

⁸⁸⁰ Cfr. «Comentario al artículo 229», *Comentarios del Código civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, Díez-PICAZO, Luis y otros (Dirs.), t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 713.

⁸⁸¹ Cfr. ORDÁS ALONSO, Marta, «Artículos 222 a 233», *op. cit.*, p. 374 y BUSTOS VALDIVIA, Inmaculada, «El guardador de hecho ante los actos dañosos producidos por su guardado», *op. cit.*, pp. 281-283.

⁸⁸² Esta obligación la tienen los parientes o personas que se encuentran de forma más próxima al incapaz, como modo de «colaborar» para poner en marcha los mecanismos de nombramiento del tutor; y si no lo hacen, se les «castiga» haciéndolos responsables de los daños que se ocasionen. Esta responsabilidad es objetiva porque, frente al incumplimiento del deber, se imputa sin analizar el grado de diligencia. Esta situación se verifica en la LEC; sin embargo, en la antigua regulación no estaba claro que sea un deber legal. Para DE SALAS MURILLO, «la legitimación activa para solicitar la incapacitación, con anterioridad a la promulgación de la LEC 2000, se hallaba regulada en los arts. 202 a 207 CC. El tenor del art. 202 –“Corresponde promover la declaración...”– planteaba múltiples dudas respecto a su interpretación: no se sabía a ciencia cierta si imponía una obligación, o simplemente abría una posibilidad. Un nutrido sector doctrinal lo interpretaba como una obligación, cuyo incumplimiento determinaba la correspondiente responsabilidad. Sin embargo, otros autores entendían que la literalidad del precepto del Código civil relativo a la legitimación en los procesos de

modificación de la capacidad de obrar⁸⁸³, y en este caso, justo por tratarse de un incapaz no incapacitado, dicho procedimiento no existe. Sin embargo, para GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO el legislador, en el artículo 229 del Código Civil, se refiere en realidad al deber de promover la incapacitación y no a la tutela, porque este precepto «procede del 293 de la anterior redacción. Como es sabido, en la antigua redacción la preocupación principal de la ley era regular la tutela, sin prestársele tanta atención a la incapacitación. Es por ello que dicho art. 293 decía que “Están obligados a poner en conocimiento del Juez municipal el hecho que da lugar a la tutela en el momento en que lo supieren”. El “hecho” al que se refería el art. 293 no era la incapacitación (aunque propiamente es la circunstancia que desencadena la tutela), sino las perturbaciones psíquicas del mayor de edad (u otros acontecimientos en el menor). Hoy, la ley presta una mayor atención a la incapacitación, pero sigue hablando, creemos que por pura inercia, de “promover la constitución de la tutela” (y no de “promover la incapacitación”), que si bien es válido para el caso del menor, no lo es para el enfermo mental. En consecuencia, opinamos que el art. 229 es perfectamente aplicable al caso del guardador de hecho del presunto incapaz (art. 303), en cuanto persona que conoce las perturbaciones mentales que pueden dan lugar a la incapacitación»⁸⁸⁴.

Pienso que la postura del autor citado no tiene asidero legal, porque el guardador de hecho, salvo sea familiar del guardado, no está legitimado para instar la incapacitación. A lo único que está habilitado, como cualquier otro ciudadano, es a poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal; y si así lo hace se libera de toda responsabilidad⁸⁸⁵, aunque esta comunicación tampoco es obligatoria⁸⁸⁶.

incapacitación contenía una facultad, no una obligación. Por eso se decía, con razón, que confundía el deber legal de promover la tutela, con la facultad de promover la incapacitación, que es su paso previo» (*Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en la que concurre causa de incapacitación*, op. cit., p. 263).

⁸⁸³ Vid. SEISDEDOS MUIÑO, Ana, «Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales. A propósito de los artículos 118.1.1 del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil», *Actualidad Civil*, Núm. 1, 1999, p. 261.

⁸⁸⁴ *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, op. cit., p. 266. De la misma opinión, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Responsabilidad civil y guarda legal», op. cit., p. 86 y APARICIO AUÑON, Eusebio, «De los procesos sobre la capacidad de las personas», op. cit., p. 3985.

⁸⁸⁵ Según PARRA LUCÁN, «los autores que se apoyan en este precepto (el art. 229) mezclan la constitución de la tutela con lo que consideran un deber de promover la incapacitación que, a mi juicio, no es tal: (...); b) porque las personas llamadas a la tutela no tienen por qué coincidir con las legitimadas para promover la incapacitación. En mi opinión, y habida

Según el análisis precedente, se descarta que el régimen de responsabilidad del artículo 229 del Código Civil recaiga sobre el guardador de hecho del incapaz no incapacitado; sin embargo, habrá que examinar qué supuesto de guarda de hecho del incapacitado encaja en el ámbito del referido precepto. Desde el estudio de la utilidad del precepto, podemos llegar a una posible respuesta.

Cuando se incapacita a una persona, el juez conoce las circunstancias y condiciones que darán lugar a la tutela (cfr. artículo 199 y 200 del Código Civil⁸⁸⁷); en consecuencia, debería establecerla y no esperar a la actuación de los parientes o guardadores de hecho. En esta línea, GÓMEZ OLIVEROS señala que cuando el hecho que motive la constitución de la tutela se encuentre en una sentencia de incapacitación, será preferible la obligación de su constitución, *ex* artículo 228 del Código Civil, para el juez y el Ministerio Fiscal y no la del artículo 229 del Código Civil para otras personas⁸⁸⁸. Si estas autoridades incumplen su obligación, serán responsables de los daños ocasionados por el guardado⁸⁸⁹.

cuenta de las especiales circunstancias que en cada caso puedan rodear a las personas que se encuentran en el ámbito del artículo 200 del Código civil, no sería sensato que se estableciera un deber legal de incapacitar» («Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997. Responsabilidad civil por los daños causados por enfermo mental no incapacitado; responsabilidad derivada de delito; responsabilidad de los padres por no incapacitar al dañante», *op. cit.*, p. 786).

⁸⁸⁶ No obstante, no hay que olvidar que algunas legislaciones autonómicas sí prevén el deber de comunicación. (cfr. art. 157 CDFA y 225-2 CCC).

⁸⁸⁷ Art. 199 CC: «Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley». Art. 200 CC: «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

⁸⁸⁸ Cfr. «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, p. 1409. De la misma opinión, SEISDEDOS MUIÑO, Ana, «Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales. A propósito de los artículos 118.1.1 del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil», *op. cit.*, p. 267; DE SALAS MURILLO, Sofía, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en la que concurre causa de incapacitación*, *op. cit.*, p. 257; SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, p. 318; SAURA MARTÍNEZ, Fernando, *Incapacitación y tuición*, *op. cit.*, p. 53; SERRANO FERNÁNDEZ, María, «Artículos 222 a 233», *Comentarios al Código civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), Lex Nova, 2010, p. 356 y GARCÍA GARNICA, María del Carmen, «Comentarios a los artículos 215-233», *op. cit.*, p. 2119.

⁸⁸⁹ No obstante, para ROGEL VIDE, las responsabilidades de unos no precluyen las de otros y, en todo caso, la inexistencia de responsabilidad no excluye la existencia de legitimación para instar la constitución de la tutela (cfr. «Comentario al artículo 229», *op. cit.*, p. 713). Por otro lado, si existe responsabilidad del juez y del Ministerio Fiscal, ésta, en mi opinión, tendrá carácter solidario [*vid.* OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás y LETE DEL RÍO, José Manuel, «Artículos 181 a 332», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (Dirs.), t. IV, Edersa, Madrid, 2004, p. 351].

Lo indicado no puede defenderse íntegramente, porque la organización de la tutela y el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar obedecen a trámites procesales distintos⁸⁹⁰; y de ahí que se entienda la obligación del artículo 229 del Código Civil. La constitución del organismo tutelar se integra en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que debe iniciarse a partir de la firmeza de la sentencia donde se declara la incapacidad. No obstante, no es ajeno a los repertorios de jurisprudencia los pronunciamientos en los que alterando los trámites procesales, en la misma sentencia que puso fin al procedimiento declarativo de incapacidad, de naturaleza contenciosa, el juzgador efectúa el nombramiento del tutor⁸⁹¹.

En mi opinión, el juez tiene el deber de nombrar al tutor en el mismo proceso de incapacitación, cuando la causa sea la sentencia de modificación de la capacidad⁸⁹², aunque también procede a instancia de parte. Este planteamiento es reflejado en la Ley de Enjuiciamiento Civil que en su artículo 759, en cuanto a las pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación, determina *«cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere*

⁸⁹⁰ Así lo dispone el art. 44 LJV: *«Se aplicará lo dispuesto en esta Sección para la constitución de la tutela y de la curatela, siempre que no se solicite dicha constitución en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona».*

⁸⁹¹ La STS de 28 de abril de 2003, en su considerando cuarto establece: *«La finalidad de la norma que estatuye la formalidad del proceso contencioso para obtener la declaración de incapacidad y la simplicidad del procedimiento de jurisdicción voluntaria para que el nombramiento de tutor se haga en proceso no contencioso, no es la de excluir la petición del nombramiento del tutor de su ámbito, sino la de disponer de un cauce, lo más desformalizado posible, no sólo aplicable a los supuestos en los que no se provea o pueda proveerse con la celeridad debida (sin menoscabo, por tanto, de la pronta resolución sobre la capacidad) a su designación en el mismo proceso, sino también a otros prevenidos en el artículo 222 del Código civil. Lo que no cabe es objetar sobre la decisión adoptada, con todas las garantías, que comporta un juicio ordinario, en el que, por definición interviene el Ministerio Fiscal. Históricamente, además, no se puede desdeñar la fluidez de las fronteras, entre estos terrenos de la jurisdicción voluntaria y de la jurisdicción contenciosa en cuestiones como la presente. Esta diferenciación de linderos se plantea respecto de derechos no dispositivos o derechos-deberes o respecto de estados o situaciones en los que el interés privado y el interés público están equiparados».* Análogamente, *vid.*: STS de 22 de julio de 1993; SAP Toledo de 7 de febrero de 2001; STS de 31 de enero de 2003 y SAP Ávila de 1 de marzo de 2002. En contra, la SAP Valladolid de 21 de julio de 1988.

⁸⁹² Se enfatiza que la causa debe ser el procedimiento de modificación de la capacidad, porque la constitución de la tutela también puede realizarse por testamento u otros documentos públicos.

oportuno». Del mismo modo, el artículo 760, respecto a la sentencia de incapacitación, dispone: «1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento (...)». Finalmente, y de forma análoga, el artículo 763, en relación a la medida de internamiento, prescribe: «2. Si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él»⁸⁹³.

En efecto, creo que esta práctica conjunta se impondrá en el ámbito judicial y ayudará a superar las imprecisiones de la norma, dejando sin efectividad el artículo 229 del Código Civil⁸⁹⁴. Sin embargo, aún quedan supuestos para los cuales conviene mantener su existencia, ya que de ellos no tienen conocimiento ni el juez ni el Ministerio Fiscal. Por ejemplo, un mayor de edad incapacitado cuya tutela o patria potestad prorrogada o rehabilitada se ha extinguido a causa de muerte del titular⁸⁹⁵. Si en esta situación se ocasionan daños, el guardador que asuma la guarda fáctica será responsable sin que pueda alegar desconocimiento del deber de promoción de la tutela⁸⁹⁶.

Delimitado el supuesto de responsabilidad del guardador de hecho, ahora incumbe especificar los daños por los que responde: por los ocasionados al propio guardado o por los que éste genere a terceros. El artículo 229 del Código Civil no lo especifica.

Según BUSTOS VALDIVIA, «son los que se han producido por causa de no haberse constituido la tutela, y por tanto aquellos que ha sufrido directamente el

⁸⁹³ Con anterioridad a la LEC, algunas sentencias de las Audiencias Provinciales defendieron la constitución del organismo tutelar en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que debe iniciarse a partir de la firmeza de la sentencia donde se declara la incapacidad, pues esta resolución constituye el presupuesto exigido en el número 2 del artículo 222. *Vid.* SAP Ávila de 14 de enero de 1998 y la SAP Zaragoza de 10 de julio de 1996.

⁸⁹⁴ Para DE COUTO GÁLVEZ, con la Ley de Enjuiciamiento Civil ya se ha modificado el momento en que se solicita la institución tutelar, y por ello, no es necesario el inicio de otro procedimiento para el nombramiento del cargo tutelar (cfr. *La protección jurídica de los ancianos. Procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protegen. El internamiento involuntario y su incidencia penal*, Colex, Madrid, 2007, p. 54).

⁸⁹⁵ Cfr. GARCÍA GARNICA, María del Carmen, «Comentarios a los artículos 215-233», *op. cit.*, p. 2116.

⁸⁹⁶ *Vid.* SERRANO FERNÁNDEZ, María, «Artículos 222 a 233», *op. cit.*, p. 356.

guardado por no tener tutor, como por ejemplo sería el no poder concluir un contrato por no tener la representación adecuada, o no poder realizar cualquier actividad por no tener representante legal (...). No se extendería esta responsabilidad a los daños causados por el guardado a terceros (...), porque la causa de que el guardado ocasione daños a terceros, no está en la falta de constitución de la tutela, sino en la falta de vigilancia (ya sea guardador de hecho o legal). Por tanto, el que se esté bajo guarda legal o de hecho no contribuye en nada a que exista más probabilidad o menos de que se produzca daño»⁸⁹⁷. En términos similares, GÓMEZ OLIVEROS señala «que el incumplimiento de la obligación que impone el artículo 229 del Código civil convierte al causante del mismo en responsable de los perjuicios directos y los que son consecuencia (...), quedando reducida la responsabilidad señalada a los daños directos (...)»⁸⁹⁸.

Comparto el parecer de estos autores, porque el cumplimiento de la obligación recogida en el artículo 229 del Código Civil de ninguna manera reduce las posibilidades de que el guardado ocasione daños a los terceros. Los puede causar tenga o no tenga tutor⁸⁹⁹. Por ello, según DE SALAS MURILLO, «es evidente que el solo hecho de la incapacitación no implica por sí solo un *plus* de vigilancia sobre el enfermo que le impida cometer tales daños: esto va unido a otros factores (asistencia

⁸⁹⁷ «El guardador de hecho ante los actos dañosos producidos por su guardado», *op. cit.*, p. 282.

⁸⁹⁸ «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, p. 1410. En términos similares, ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 128 y BERENGUER ALBALADEJO, María Cristina, «Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros: especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del *Common Law*», *op. cit.*, p. 33.

⁸⁹⁹ Comparte esta posición ORDÁS ALONSO, Marta, «Artículos 222 a 233», *op. cit.*, p. 375; SERRANO ALONSO, Eduardo, «Artículo 229», *op. cit.*, p. 586; GARCÍA-RIPOLL MONTIJO, Martín, «Comentario al artículo 118 del Código penal», *op. cit.*, p. 467; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 77; ROGEL VIDE, Carlos, «Comentarios al artículo 229», *Comentarios del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, p. 712 y SERRANO FERNÁNDEZ, María, «Artículos 222 a 233», *op. cit.*, p. 357. Por su parte, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, refiriéndose al menor, dice que los daños a los que alude el art. 229 son los que sufra el menor (cfr. *Curso de Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 207). En contra DÍAZ ALABART para quien, el guardador de hecho, en virtud del artículo 229, estará obligado a indemnizar todos los daños causados al guardado, tanto los daños y perjuicios causados al guardado, tanto los daños y perjuicios padecidos directamente en el patrimonio, como los daños producidos por el guardado a un tercero, ya que si no responde el guardador de hecho de los perjuicios que el menor o incapacitado causó a un tercero, pero sí responde de los causados en el propio patrimonio del menor, resultará que el guardado (al no responder el guardador) lo hará con su propio patrimonio, y eso en definitiva supondrá un perjuicio al patrimonio del menor (cfr. «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *Anuario de Derecho Civil*, 1987, p. 835). El Tribunal Supremo, se muestra acorde con esta posición en la sentencia de 23 de septiembre de 1988.

médica acertada, diligencia en el deber de vigilancia, o en su caso, internamiento en un centro especializado) que son independientes de la incapacitación»⁹⁰⁰.

También el legislador catalán ha seguido esta postura y señala la responsabilidad del guardador de hecho por los daños ocasionados al guardado (artículo 224-14.1): «*Las personas a que se refiere el artículo 222-10 y las personas o las instituciones que tengan en su guarda a un menor o una persona que debe ponerse en tutela están obligadas a promover su constitución y responden de los daños y perjuicios que causen a aquella persona si no la promueven*».

La acción resarcitoria englobaría, en mi opinión, el daño emergente y el lucro cesante como derivada aplicación del artículo 1902 del Código Civil⁹⁰¹.

Por otro lado, el artículo 229 del Código Civil tampoco precisa cuál es el momento de conocimiento del hecho que motivare la tutela. En unos casos se puede hablar de la existencia clara del hecho y en otros no. Del mismo modo, no se establece el plazo para que los parientes o la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, cumplan con la obligación de comunicación. Entiendo que debe atenderse a las circunstancias particulares del caso, actuando siempre con la diligencia del buen padre de familia (con urgencia y prontitud)⁹⁰². Fijar un plazo específico, tal vez, sea imposible. Además, la obligación de prontitud no viene motivada por un hecho objetivo (conurrencia del hecho), sino por un hecho subjetivo (su conocimiento), lo que conlleva que en determinadas circunstancias haya un periodo de tiempo durante el cual no podrá imputarse responsabilidad a las personas obligadas a promover la tutela, y ello a pesar de que se trata de una responsabilidad prácticamente objetiva.

⁹⁰⁰ *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en la que concurre causa de incapacitación*, op. cit., p. 275. De opinión parecida es PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997. Responsabilidad civil por los daños causados por enfermo mental no incapacitado; responsabilidad derivada de delito; responsabilidad de los padres por no incapacitar al dañante», op. cit., p. 786.

⁹⁰¹ Cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, «Comentario al artículo 229», <http://vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-civil-75201939> (consulta: 10 de diciembre de 2015).

⁹⁰² Cfr. SERRANO FERNÁNDEZ, María, «Artículos 222 a 233», op. cit., p. 356. En opinión del Tribunal Supremo el espacio de tiempo que medie entre el momento que las indicadas personas tengan noticia del hecho que determine la tutela, y el que cumplan el precepto de la ley, ha de ser tan próximo e inmediato como aconseja la prudencia del hombre más escrupulosamente exacto del cumplimiento de sus obligaciones (vid. STS de 1 de mayo de 1894).

II. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DE HECHO POR LOS DAÑOS QUE OCASIONE EL GUARDADO A TERCEROS

La persona bajo guarda de hecho puede ocasionar daños a las cosas ajenas e incluso a las personas. Ante ello, surge la inquietud de saber si el perjudicado puede exigir al guardador la reparación de esos daños; y si éste debe responder por hecho ajeno.

Previamente a dar una respuesta a la cuestión planteada es importante conocer el régimen por el que probablemente el guardador de hecho deba responder.

A. Responsabilidad por hecho ajeno. Justificación

Según el artículo 1903 del Código Civil: *«La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».*

Del tenor del precepto, los llamados a responder por el acto dañoso de otro, en principio, son los padres que tengan bajo su guarda al hijo, los tutores que tengan bajo su autoridad al pupilo y habitan en su compañía, los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de sus dependientes y el Centro de enseñanza no superior por los daños que ocasionen los alumnos menores de edad cuando estén bajo el control y vigilancia del personal del Centro.

Delimitado el ámbito subjetivo, importa tratar la razón que fundamenta la configuración de esta responsabilidad.

Los redactores del Código Civil Francés, comentando sus trabajos preparatorios del artículo 1384, precedente directo del artículo 1903 del Código Civil Español, afirmaron que el deber de responder por hecho ajeno hallaba su fundamento en una doble razón. En primer lugar, la presunción de que por parte de los responsables había existido culpa o negligencia en el control del comportamiento de sus hijos, pupilos o dependientes o en la elección de estos últimos; y en segundo lugar, la conveniencia de asegurar a las víctimas la percepción de una indemnización por los daños sufridos, dada la presumible insolvencia de los autores materiales de éste⁹⁰³.

Siguiendo el modelo francés, el Código Civil Español ha tomado partido por los sujetos lesionados y, evitando la dificultad que para ellos supondría probar la existencia de culpa en los responsables, establece una presunción de culpabilidad de los sujetos que declara responsables (se invierte la carga de la prueba)⁹⁰⁴, por lo que deberán ser éstos últimos los que prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (cfr. artículo 1903 *in fine* del Código Civil). La función de garantía y protección de la víctima del evento dañoso, es lo que justifica esta derogación de la regla general en materia probatoria. RUBIO GARCÍA-MINA, claramente lo explica y dice: «lo que el ordenamiento en definitiva hace es escoger, con arreglo a la escala de valores en cada tiempo y lugar prevaleciente, y entre los patrimonios de quienes intervienen en el proceso dañoso, aquél que debe

⁹⁰³ Cfr. DE SALAS MURILLO, Sofia, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en la que concurre causa de incapacitación*, op. cit., p. 222; LEÓN GONZÁLEZ, José, «Responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», *Estudios de derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, t. IV, EUNSA, 1969, p. 269 y DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 326.

⁹⁰⁴ Esta inversión de la carga de la prueba se suele expresar en términos de presunción «*iuris tantum*». En estos términos *vid.* DE COSSÍO CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Alianza Editorial, Madrid, 1977, p. 305; DÍEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2001, p. 566; ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, op. cit., pp. 522-523 y MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, t. XII, Reus, Madrid, 1973, pp. 878 y 885. También, la STS de 14 de febrero de 1964; STS de 15 de febrero de 1975; STS de 24 de marzo de 1979; STS de 17 de junio de 1980; STS de 10 de marzo de 1983; STS de 22 de septiembre de 1984; STS de 4 de diciembre de 1984; STS de 21 de septiembre de 1987; STS de 22 de junio de 1988; STS de 26 de noviembre de 1990; STS de 22 de enero de 1991; STS de 7 de enero de 1992; STS de 30 de junio de 1995 y STS de 10 de marzo de 1997.

soportar los perjuicios. Entre la situación del responsable civil y de la víctima se inclina por favorecer el interés de ésta última, que estima moralmente menos implicada, menos próxima a las circunstancias causantes del daño. Si por un momento fuera lícito trasladar el término culpa desde un sentido técnico-jurídico a otro vulgar muy predilecto de nuestro vocabulario cotidiano, diría que lo que hace la ley es determinar cuál es el patrimonio del titular que le parece tiene más culpa, con objeto de impedir que los perjuicios recaigan sobre el que la tiene menos»⁹⁰⁵. Responde aquí el Código a una razón de *utilitas* o interés social, que es suficiente por sí sola para justificar la especial regulación que el artículo 1903 del Código Civil introduce en el tema de responsabilidad, frente a la regla general del artículo 1902.

Para cierta parte de la doctrina, la inclusión en el párrafo final del artículo 1903 de una presunción de culpa o negligencia por parte de las personas declaradas responsables, ha servido para sostener que el Código Civil Español establece un sistema de responsabilidad subjetiva o culposa⁹⁰⁶. En opinión de estos autores, la posibilidad de exoneración que este precepto recoge constituye la prueba inequívoca de la naturaleza subjetiva de esta responsabilidad. La responsabilidad por hecho ajeno se basaría, por tanto, en la existencia de un elemento de culpabilidad que si bien éste no se proyecta directamente sobre el productor del daño, sí lo hace sobre el deber que tiene una persona de vigilar, educar, cuidar y controlar a aquellas otras que se encuentran bajo su guarda o potestad; así como en elegir adecuadamente a sus colaboradores para el desempeño de cualquier empresa. Son las denominadas *culpa in vigilando* o *culpa in eligendo*.

Pese a la aparente solidez de esta argumentación, algunos autores creen que la culpa no puede admitirse como fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno desde el momento en que «con frecuencia es puramente imaginaria»⁹⁰⁷. Si la culpa fuese el fundamento, habría que concluir necesariamente que siempre que las personas declaradas responsables probaran haber obrado con la diligencia exigible, quedarían exoneradas de responsabilidad. Sin embargo, probada ésta, los Tribunales,

⁹⁰⁵ *La responsabilidad civil del empresario. Discurso leído el día 11 de enero de 1971*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971, p. 36.

⁹⁰⁶ *Vid.* DÍAZ ALABART, Silvia, «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, p. 803.

⁹⁰⁷ LEÓN GONZÁLEZ, José, «Responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», *op. cit.*, p. 276.

lejos de admitir la exoneración, prescinden de la culpa para declarar la responsabilidad. La presunción de culpa se convierte, por tanto, en una mera apariencia⁹⁰⁸.

Apoyándose precisamente en la aplicación que los Tribunales han hecho de esta presunción de culpabilidad, un gran número de autores han abandonado la posición clásica, afirmando que pese a todas las referencias que el Código Civil realiza al concepto de culpabilidad (su ubicación en el Capítulo II, del Título XVI, del Libro IV; bajo la rúbrica «De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia»), la responsabilidad civil por hecho ajeno es, en realidad, un supuesto de responsabilidad objetiva⁹⁰⁹.

A continuación veremos los argumentos utilizados por cada una de estas posiciones.

1. Fundamentación subjetiva de la responsabilidad por hecho ajeno

a. Por culpa *in vigilando*

Esta culpa encuentra su razón de ser en la obligación de vigilancia y cuidado que, implícitamente, deriva de la patria potestad y tutela (cfr. artículo 154 y 269 del Código Civil, respectivamente). De este modo, cuando un menor o incapaz comete un acto dañoso, se presume que éste ha tenido lugar como consecuencia de una falta de vigilancia por parte de los padres o el tutor bajo cuya potestad se encontraban, sin la cual el daño nunca se hubiera producido. La responsabilidad surge, por lo tanto, no como consecuencia de una acción, sino de una omisión.

⁹⁰⁸ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Capítulo 47. La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *Tratado de Derecho de la familia. Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (Dirs.), Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 899-900 y 913.

⁹⁰⁹ Para ESPÍN CÁNOVAS, la extrema dificultad que para el responsable supondrá probar su no culpabilidad, hace que, «aun partiendo de principios opuestos, tal presunción conduzca a resultados prácticos casi equivalentes o, al menos, próximos a los de la responsabilidad objetiva» (*Manual de Derecho civil español, op. cit.*, p. 484). Por su parte, DE ÁNGEL YAGÜEZ destacó la clara tendencia jurisprudencial a la objetivización de la responsabilidad del empresario «no ya rompiendo declaradamente con la teoría de la culpa, pues eso sería contradecir dogmáticamente la letra del último párrafo del artículo 1903, sino mediante una vía indirecta» (*Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, p. 328). En términos similares, GÓMEZ CALLE, Esther, *La responsabilidad civil de los padres*, Montecorvo, Madrid, 1992, p. 350.

La utilización de la culpa *in vigilando* como respuesta exclusiva para explicar la existencia de esta responsabilidad es hoy rechazada de forma casi unánime⁹¹⁰. Ciertamente podía ser esta una posibilidad aceptable en el momento de la aprobación del Código Civil, en el que la sociedad y la familia respondían a unos esquemas distintos, muy alejados de los imperantes hoy en día. PANTALEÓN PRIETO, señala que «el Código Civil de 1889 contemplaba a unos menores que no tenían derecho al libre desarrollo de la personalidad, sometidos a una patria potestad tiránica, que estaban siempre bajo la vigilancia de alguien: su criada (...), o su madre (...), o su padre (...); unos menores que no salían de noche, ni conducían motocicletas y cuyos bienes usufructuaba el titular de la patria potestad»⁹¹¹. Visto de esta forma, sí es posible admitir que los padres pueden evitar los actos dañosos de sus hijos, la autoridad y poder absoluto que ostentaban sobre ellos, así lo garantizaban.

No obstante, hoy los menores gozan de una situación palmariamente distinta⁹¹², esto se desprende de la regulación que recoge la Ley de Protección Jurídica del Menor que en su Exposición de Motivos dispone: «*El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás (...). La mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a*

⁹¹⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ cita como ejemplos de la fragilidad de este razonamiento, el caso del niño que hiere a su compañero con ocasión de un juego normal entre pequeños hallándose las madres cerca; o cuando el padre acredita que en el momento del hecho dañoso se encontraba en el trabajo; o si el causante del daño es un joven de 17 años que al ir a su oficina conduciendo una motocicleta de pequeña cilindrada atropella a un peatón [cfr. «Comentario del artículo 1903», *Comentarios del Código civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Coord.), t. 9, Bosch, Barcelona, 2000, p. 13].

⁹¹¹ «Responsabilidad Civil extracontractual. Responsabilidad por los daños causados por menores no emancipados», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 6, 1984, pp. 1979-1990.

⁹¹² Antes de la Ley de Protección Jurídica del Menor, CARBAJO GONZÁLEZ ya advertía esta realidad. Para este autor, la idea de culpabilidad parte de una situación familiar «muy alejada de los esquemas básicos por los que se rige hoy en día el grupo familiar, donde sus miembros gozan de una libertad muy amplia desde edad temprana y donde la potestad paterna ha experimentado una fuerte evolución en sentido decreciente; el padre no es el Júpiter tonante, dueño de personas y bienes, (si es que lo fue alguna vez) sino en la mayoría de los casos un simple gerente de la economía familiar, principal y muchas veces única fuente de ingresos, dotado de un cierto ascendiente moral sobre sus hijos. Evolución de la institución familiar que está en consonancia, como es lógico, con la experimentada por la propia sociedad en la que se desenvuelve» («La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos», *Actualidad Civil*, Núm. 44, 1992, p. 735).

la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro»⁹¹³. Reflejo de esta primordial autonomía que se concede al menor será el elenco de derechos que, en perfecta consonancia con el estatuto jurídico que la Constitución reconoce al menor, establece el Capítulo II, del Título I de la Ley de 1996, el cual bajo la rúbrica «Derechos del menor», va a englobar: el derecho al honor; a la intimidad; a la propia imagen; a la información; a la libertad ideológica, de participación, asociación y reunión, a la libertad de expresión y a ser oído y escuchado.

Es evidente que el reconocimiento de este ámbito de libertad y autodeterminación del menor, va a significar una quiebra de los conceptos e ideas mantenidas tradicionalmente. Dado que los menores son sujetos de unos derechos que les garantizan un ámbito de libre actuación y desenvolvimiento de su personalidad lejos de intromisiones externas, incluidas las paternas, y que los padres y tutores tienen la obligación de respetar y promover estos derechos; se puede concluir que padres y tutores se convierten en responsables por actos que ni siquiera tienen el derecho a controlar. En esta línea, acertadamente, se pregunta ROGEL VIDE, ¿dónde queda ya la culpa *in vigilando* si se reconoce que los padres de hoy no pueden vigilar a sus hijos y, sin embargo responden?⁹¹⁴.

b. Por culpa *in educando*

También se ha acudido a la hora de fundamentar la responsabilidad de los padres y tutores a la llamada culpa *in educando*. No es ésta, sin embargo, una posición que cuente con muchos adeptos en doctrina española.

⁹¹³ Según ALONSO PÉREZ, «quizás sea esta Ley el final, por ahora de un itinerario histórico que parte y se desenvuelve durante siglos en el marco de una concepción de los menores como apéndices de sus padres, tutores y educadores, súbditos fieles de un antiguo régimen en el que domina la patria potestad, la *auctoritas tutoris* o la férula implacable de preceptores, guardadores o parientes. Con lentitud secular se va logrando una gradual emancipación, y en un estadio final, en el que ahora estamos, se está consiguiendo una autonomía, en ocasiones excesiva y hasta revolucionaria» («La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras», *op. cit.*, p. 19).

⁹¹⁴ Cfr. «La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 4, 1976, p. 1245.

GARCÍA VICENTE parece admitir la posibilidad de basar la responsabilidad de padres y tutores en este tipo de culpa, si bien destaca la conveniencia de relacionar el grado de vigilancia con el de educación. Afirma este autor que «la idónea vigilancia para impedir los hechos perjudiciales no concluye, en lo que se refiere a los padres y el tutor del menor, con la vigilancia inmediatamente anterior al momento de producirse los hechos, sino que debe entenderse en el sentido de comprender una obra reiterativa de educación moral, adecuada a las condiciones personales y sociales de cada ambiente. Correlativamente con ello la *culpa in vigilando* comprende también la omisión culpable de esta acción educativa»⁹¹⁵. Esta fue la posición mantenida por la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975 en la que se dijo que «*el deber de educar se extiende a la vigilancia preventiva del daño*», y la de 24 de marzo de 1979 que exige a los padres «*una adecuada vigilancia y educación orientadora a la no realización de los hechos como los que son objeto de enjuiciamiento*».

En contra de esta teoría se ha argumentado la ausencia de nexo causal que necesariamente debe existir entre la conducta del agente responsable y el evento dañoso para que surja el deber de responder. Ciertamente aun reconociéndose el influjo negativo que la mala educación puede tener sobre la personalidad del menor, es muy difícil ver en ésta el antecedente de un «determinado» hecho ilícito. Se dice que entre la vigilancia y el comportamiento del menor sí puede existir un nexo causal directo e inmediato dado que tal vigilancia debe de proyectarse sobre todos los actos del menor. No obstante, la educación, señala GÓMEZ CALLE, supone un proceso en el que, junto a los padres, tendrán una influencia decisiva otras personas (como los maestros) o incluso múltiples mensajes, principalmente a través de los medios sociales de comunicación de que será receptor el menor, todo lo cual le hará asimilar modelos de conducta que pueden tener poco o incluso nada que ver con los que los padres tratan de inculcarles⁹¹⁶. Por otro lado, aun cuando fuera posible establecer en todo momento tal relación de causa-efecto entre la mala educación del menor y el evento dañoso, como se ha señalado por algunos autores, en buena lógica, los padres habrían de seguir respondiendo de los hechos ilícitos incluso después de haber

⁹¹⁵ «La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 4, 1984, pp. 1046-1047.

⁹¹⁶ Cfr. *La responsabilidad civil de los padres*, op. cit., p. 52.

alcanzado la mayoría de edad, ya que la causa de estos hechos, la mala educación, subsiste después de los dieciocho años, y esto no ocurre⁹¹⁷. La posibilidad de exigir responsabilidad civil de los padres por los actos dañosos de los menores termina cuando éstos llegan a la mayoría de edad.

Los defensores de la culpa *in educando* han intentado superar el problema de la necesaria relación de causalidad, manteniendo que la prueba deberá referirse a aquella faceta concreta de la educación que se manifestó al causar el daño, no siendo necesario referirse a la educación total recibida por el menor, por lo que bastaría para exonerar al responsable la prueba de que ha educado correctamente al menor para desarrollar la actividad que produjo el evento dañoso. La dificultad de esta prueba (tanto se refiera a la educación global del menor como la recibida para un aspecto concreto), junto a la imposibilidad de fijar *a priori* un criterio que marque la frontera entre la buena y mala educación; bastan para negar a la culpa *in educando* la entidad necesaria para que pueda considerarse el fundamento de la responsabilidad de padres y tutores.

En primer lugar, puede existir una conducta culposa de las personas declaradas responsables y, sin embargo, no surgir responsabilidad alguna al no producirse acto ilícito dañoso por parte de las personas por quienes se debe responder. En sentido contrario, puede haberse producido un acto ilícito dañoso y no observarse conducta culposa alguna. El daño no es, por tanto, una consecuencia inmediata y segura de la conducta culposa de las personas responsables. En segundo lugar, las circunstancias que concurren en el caso concreto relativizan la culpa, que no puede servir como criterio único para fijar *a priori* la responsabilidad de padres y tutores en todo caso. En efecto, lo que en unas ocasiones puede considerarse una conducta negligente o culposa de las personas declaradas responsables; en otras, apreciadas unas determinadas circunstancias (la edad, la peligrosidad de la actividad desempeñada, los juegos en los que participa el menor, etc.), ha de considerarse una conducta totalmente diligente⁹¹⁸.

⁹¹⁷ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código Civil en materia de tutela», *op. cit.*, p. 175.

⁹¹⁸ Los tribunales casi nunca han tomado en cuenta estas circunstancias, limitándose a establecer que el hecho mismo del daño, es prueba suficiente de la negligencia paterna. Para GÓMEZ CALLE, «un dato tan significativo como la edad del hijo a veces ni tan siquiera aparece en la

2. Fundamentación objetiva de la responsabilidad por hecho ajeno

a. Responsabilidad por el riesgo creado

Parte de la doctrina, siguiendo la tendencia actual hacia la objetivización de la responsabilidad, ha acudido a la teoría del riesgo. Como señala TAULER ROMERO, la idea de riesgo como fundamento de la responsabilidad, supone que aquél que ejerce una actividad que necesariamente lleva aparejada, como consecuencia inevitable, la eventualidad de que se produzca daño para otras personas, responda de los daños derivados del ejercicio de aquélla, con independencia de que exista o no culpa por su parte. El titular de la actividad responde porque tiene el poder de control, porque está en condiciones de asegurarse frente a sus consecuencias dañosas y porque el ejercicio de la actividad que genera el riesgo le reporta la obtención de beneficios a ella aparejados⁹¹⁹.

Con esta teoría del riesgo parecen superarse los inconvenientes planteados por la idea de culpa. Ya no será necesario acudir a ficticias presunciones de culpabilidad; se responde únicamente porque el daño se ha producido y es consecuencia del peligro o riesgo que una determinada actividad, cuya titularidad corresponde al declarado responsable, conlleva. Existe una relación de causalidad entre el daño y la actividad del responsable, «el mero hecho de realizar una actividad riesgosa o peligrosa implica una atracción causal de todos los efectos que de ésta deriven. Lo único que se precisa para poner en funcionamiento el mecanismo de reparación es que la consecuencia perjudicial esté en estrecha conexión con la actividad gobernada por principios de carácter objetivos»⁹²⁰. La víctima, excluida la culpa, deberá únicamente probar la existencia de tal relación de causalidad entre el daño y la actividad realizada por el presunto responsable; y éste ya no quedará exento probando su falta de culpa, sino que deberá probar la inexistencia de tal relación causal entre la actividad y el resultado dañoso.

Sentencia, cuando obviamente, su papel, unido a la consideración de las demás circunstancias del caso, podría haber cobrado una enorme relevancia» (*La responsabilidad civil de los padres, op. cit.*, p. 350).

⁹¹⁹ Cfr. «La responsabilidad civil en el desarrollo de la actividad educativa privada», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 78, 1994, p. 644.

⁹²⁰ DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños. Su perspectiva desde la doctrina del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 353.

En esta teoría se baraja, sin embargo, junto con el riesgo y el daño, un tercer elemento: el lucro o beneficio que el titular de la actividad va a obtener de ella. Se está creando un riesgo del que, eventualmente, puede derivarse un daño, pero del que siempre se va a obtener un beneficio. El acreedor del beneficio deberá ser además deudor del daño si éste se produce (*ubi commoda ibi et incommoda*). La responsabilidad se convierte así en una contrapartida justa al lucro que se obtiene.

Alguna jurisprudencia también se ha pronunciado a favor de la teoría del riesgo. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1983, haciendo caso omiso de la culpa, determina que «*dada la complejidad de la vida moderna y su consiguiente aumento de riesgos, es patente la tendencia a hacer responder de los daños derivados de esos riesgos a quienes los crean, y en este sentido el padre o cuidador de un menor responde de los daños que éste causa a terceros, pues creó el riesgo de una conducta nociva del menor traducida en daño efectivo y real y debe por ello resarcirlo*»⁹²¹.

En la jurisprudencia española es muy difícil encontrar sentencias en las que la genuina *ratio decidendi* haya sido la creación del riesgo. Esta idea de riesgo ha funcionado más desde un punto de vista argumentativo o retórico que como opción decidida⁹²². No obstante, existen supuestos en los que la responsabilidad por riesgo ha encontrado predicamento; es el caso de la responsabilidad de los empresarios por los actos de los dependientes, que diseñada en el Código Civil como una responsabilidad por *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*, ha terminado siendo una responsabilidad básicamente por el riesgo de tener empleados y por lo que éstos puedan hacer⁹²³. Por eso, DE SALAS MURILLO considera que, «la teoría del riesgo no se puede aplicar en sentido estricto más que a la responsabilidad del empresario, pues ni padres ni tutores obtienen, en principio, beneficio alguno de la actividad de sus hijos o de aquellos cuya tutela ostentan. Si se aplica esta teoría sería más bien por el

⁹²¹ En términos similares *vid.* STS de 4 de mayo de 1983 y STS de 31 de julio de 1998.

⁹²² Para CARBAJO GONZÁLEZ, la teoría del riesgo «no está perfectamente asentada, en lo que se refiere al menos a la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos. Se sigue manteniendo, siquiera sea de forma esporádica, el criterio tradicional de la culpa “in vigilando”, e incluso no parece que deba descartarse (...) el de la culpa “in educando”, por muy anacrónico e incomprensible que resulte» («La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos», *op. cit.*, p. 741).

⁹²³ Cfr. Díez-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 123.

“riesgo” creado cuando se omite o incumple el deber de vigilancia, lo que se traduce en la producción del daño»⁹²⁴.

b. Garantía de la víctima

Otros autores, siguiendo esta línea objetiva, se apartan incluso del concepto de riesgo, basando la responsabilidad en la mera producción del daño y la necesidad de buscar un responsable: alguien que soporte las consecuencias resarcitorias del hecho dañoso. El único objetivo es resarcir a la víctima, garantizándole siempre la reparación del daño.

Esta teoría, de acuerdo a la extraordinaria importancia adquirida por el principio *pro damnato* en el Derecho de daños, rechaza, por incompletas, la teoría que basa la responsabilidad en la culpa y aquélla que se apoya en el riesgo, dado que reducen el fundamento de la responsabilidad al ámbito del causante del daño, omitiendo toda referencia a la víctima. Una idea de justicia o equidad parece alumbrar a esta teoría. Se trata de evitar a toda costa que sea el propio perjudicado el que sufra las consecuencias del acto dañoso. Se declararán siempre responsables civiles a los padres y tutores, aun cuando se hayan comportado con la diligencia debida, solo por la utilidad de buscar un patrimonio que cubra la contingencia. Para ROCA I TRÍAS esta posición está ganando más adeptos, porque los tribunales, cada día, hacen más difícil la prueba de la diligencia del responsable⁹²⁵.

3. Responsabilidad civil por hecho ajeno como obligación ex lege

LEÓN GONZÁLEZ, intentando superar los insalvables escollos de las teorías expuestas, basa la responsabilidad de padres y tutores en «los especiales poderes y deberes inherentes a la patria potestad y tutela»⁹²⁶. La ley, únicamente, impone el

⁹²⁴ *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación, op. cit.*, p. 145. El tribunal Supremo se pronuncia en este sentido. *Vid.* STS de 10 de junio de 1983; STS de 4 de mayo de 1984 y STS de 22 de enero de 1991.

⁹²⁵ Cfr. *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 94.

⁹²⁶ Según este autor, «los padres, y de igual modo los tutores están encargados de la dirección de los menores y tienen la obligación de ejercer sobre ellos una continua vigilancia y como quiera que la patria potestad y la tutela (...) son instituciones creadas en (...) interés de los menores y de la sociedad, es natural que la ley les declare responsables de los daños realizados por los sometidos a su guarda, puesto que tal responsabilidad es una sanción al deber de vigilancia» «Responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», *op. cit.*, p. 285). Se remite a esta posición, entre otros, ROGEL VIDE, Carlos, «La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a

deber de reparación por el acto del otro, en presencia de un determinado vínculo jurídico que coloca al agente en una especial situación de dependencia. En consecuencia, será «precisamente esta relación jurídica la razón necesaria y suficiente para que alguien pueda ser llamado a responder por el hecho dañoso ajeno». Tal relación aparece diseñada en los artículos 154 y 269 del Código Civil, de acuerdo a los cuales padres y tutores respectivamente tendrán el deber de velar por el menor, tenerle en su compañía, alimentarle, educarle y procurarle una formación integral.

Lo dicho no significa que esta relación de dependencia sea la única razón de la responsabilidad; de ser así se incurriría en el error de considerar responsable al padre o tutor por el mero hecho de serlo. El artículo 1903 del Código Civil solo hace responsables a los padres cuando los hijos «se hallen bajo su guarda», y a los tutores cuando el pupilo se encuentre bajo su autoridad y habite en su compañía. Se exigen así, junto a la titularidad de la patria potestad o la tutela, unos requisitos que aseguran que padres y tutores se encuentran verdaderamente en situación de controlar y vigilar a sus hijos y pupilos; y, por tanto, de evitar que se produzca el daño.

El autor citado señala, que tal responsabilidad no es «una sanción al mal ejercicio de la patria potestad, sino una de las consecuencias ineludibles de la condición de padre o tutor». De acuerdo con ello, resulta indiferente, a la hora de declarar la responsabilidad, si ha precedido al daño causado un adecuado o inadecuado cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, lo cual supondría volver a situaciones subjetivas basadas en la culpa. Los sujetos declarados responsables están obligados en virtud de la potestad que ejercen al vigilar y educar a sus hijos y pupilos; de este modo, responderán de los actos dañosos de éstos porque, independientemente de que el menor esté bien o mal vigilado, bien o mal educado, a ellos les corresponde obligación legal de educarlos y vigilarlos. La responsabilidad se convierte en una obligación *ex lege* derivada del ejercicio de los poderes inherentes a la patria potestad y tutela.

Cabe oponer a esta teoría, las referencias que a la idea de culpa realiza el artículo 1902 y 1903 del Código Civil al exigir la prueba de la diligencia de un buen

patria potestad o tutela. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975», *op. cit.*, p. 1246.

padre de familia para eludir la responsabilidad. No obstante, el Tribunal Supremo ha pasado de esta referencia, afirmando que «*tal responsabilidad, si bien se declara en el artículo 1903, siguiendo a un artículo que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no obstante no menciona tal dato de culpabilidad*»⁹²⁷. De modo similar, para LEÓN GONZÁLEZ, el hecho de que esta referencia a la idea de culpa aparezca en el sentido negativo de ausencia, como prueba de haber obrado con la diligencia de un buen padre de familia, lleva a pensar que se trata únicamente de la causa o condición que excluye la responsabilidad, y no al criterio o cauce legal para su imputación. Será indiferente, por tanto, para el nacimiento de la responsabilidad, cuál haya sido la conducta previa de las personas declaradas responsables. La prueba liberatoria no podrá consistir, entonces, en la ausencia de culpa, sino que deberá probarse que el hecho dañoso se encuentra fuera de la órbita de control, que por el ejercicio de tales poderes y deberes, corresponde a padres y tutores⁹²⁸.

En conclusión, puede afirmarse que la responsabilidad de padres y tutores se fundamenta en la obligación legal vinculada al ejercicio de la patria potestad y tutela, sin que sea una objeción válida a su aceptación el hecho de que la jurisprudencia en ningún momento haga referencia a ella como fundamento de tal responsabilidad. A decir de YZQUIERDO TOLSADA, el legislador no ha establecido la obligación de responder por el solo hecho de ser padre o tutor, y como las obligaciones legales no se presumen «los jueces tienen que dictar sus sentencias acomodándose a aquello de lo que disponen: unos preceptos que, como el art. 1903 CC, basan *nominalmente* la responsabilidad sobre la culpa o negligencia»⁹²⁹.

Esta postura de la responsabilidad civil como obligación legal, parece haber sido acogida por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor. El artículo 61.3 de esta ley, al regular la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal cometido por un menor de dieciocho años, tras declarar la responsabilidad solidaria del menor y sus padres,

⁹²⁷ *Vid.*, entre otras, la STS de 22 de enero de 1991 y la STS de 7 de enero de 1992.

⁹²⁸ Al parecer este autor se refiere a los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, porque dice: «la prueba liberatoria consiste en (...) que el daño se ha producido por una causa extraña y no previsible en los límites normales dentro de los que opera esa garantía de resarcimiento vinculada a la patria potestad» («Responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», *op. cit.*, p. 289).

⁹²⁹ «Capítulo 47. La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, p. 914.

tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, añade expresamente «cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos». No se concede, por tanto, la facultad de exoneración alguna. De este último párrafo, no cabe afirmar que la conducta dolosa o gravemente negligente por parte de los padres y guardadores es el fundamento de la responsabilidad, porque, probada su ausencia, la responsabilidad pervive igualmente; si bien puede ser moderada. No hay duda, que esta responsabilidad civil por acto ilícito penal es, dada la redacción del precepto, una obligación legal inherente a la condición de padre, tutor, acogedor, guardador legal o guardador de hecho.

B. Enumeración exhaustiva o meramente ejemplificativa de los supuestos contemplados en el artículo 1903 del Código Civil

El planteamiento consiste en saber si existe la posibilidad de incluir otros supuestos distintos a los expresamente recogidos en el artículo 1903. Determinar si se trata de una enumeración *ad exemplum* o taxativa (*numerus clausus*), con el fin de fijar una posible responsabilidad del guardador de hecho por los daños ocasionados por su guardado. En la doctrina y jurisprudencia se han establecido varias posturas que a continuación pasamos a ver.

1. Enumeración taxativa

La doctrina mayoritaria⁹³⁰, defiende el carácter taxativo del artículo 1903 del Código Civil por diversas razones: se trata de una lista cerrada (*numerus clausus*) que no admite más supuestos que los descritos en la norma⁹³¹; como recoge una obligación civil y una excepción respecto al artículo 1902 del Código Civil, no admite la analogía (cfr. artículo 4.2 del Código Civil⁹³²)⁹³³; prevé una

⁹³⁰ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, t. IV, Reus, Madrid, 1981, p. 941; PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 577; LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco, y otros, *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 564; DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, p. 285 y GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado, op. cit.*, p. 266.

⁹³¹ Vid. LE TOURNEAU, Philippe, *La Responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 1976, p. 571.

⁹³² Art. 4.2 CC: «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

responsabilidad objetiva y una presunción, circunstancias que no admiten extensión⁹³⁴. Por ende, para que exista responsabilidad por hecho ajeno debe haber una declaración expresa del legislador, sin que el intérprete esté autorizado a completar la enumeración contenida en el artículo 1903 del Código Civil⁹³⁵.

⁹³³ Según, LEÓN GONZÁLEZ, frente al principio general, de que nadie responde más que sus propios actos, lo único que hace el artículo 1903 es establecer la excepción a esta regla, señalando aquellas categorías de personas que, por su especial situación en la sociedad, pueden ser llamadas a responder incluso por los hechos dañosos ajenos (cfr. «Responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», *op. cit.*, p. 285). De forma similar PUIG BRUTAU advierte, que la previsión de supuestos que incluye el artículo 1903 ha de ser considerada agotadora, por su mismo carácter excepcional (cfr. *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, Bosch, Barcelona, 1983, p. 106). Igualmente, MÉNDEZ PÉREZ considera que el art. 1903 CC «se halla dentro del círculo de las leyes, cuyo principio inspirador no es el que de un modo, general o común ha de servir, sino que responden a una razón particular o de especial *utilitas* en virtud de la cual se justifica la desviación o excepción» (*El acogimiento de menores. Comentarios. Procedimientos. Formularios. Textos Legales*, *op. cit.*, p. 201). En idéntico sentido, *vid.* PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 565; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, *op. cit.*, p. 855; MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André, *Traité theorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, Paris, 1965, pp. 469-477 y LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, p. 564. En contra, LECIÑENA IBARRA, quien no cree que estemos ante una norma penal, excepcional ni tampoco de ámbito temporal, sino que se impide el empleo de la analogía porque no hay identidad de razón entre los presupuestos previstos en la norma y el que se halla falto de regulación (cfr. *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 219).

⁹³⁴ Para LALOU no se puede extender una presunción legal de culpabilidad a personas distintas ni a supuestos distintos de los expresamente mencionados en la ley (cfr. *Traité pratique de responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 497-506). Para LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «si el art. 1903 establece una presunción de culpa destruible mediante la prueba del empleo de la diligencia *debida* para prevenir el daño y esa prueba puede ser aportada por las personas mencionadas en el citado artículo (“La responsabilidad de que trata este artículo, cesará cuando las personas en él mencionadas prueben...”)). De tal párrafo parece desprenderse con transparencia que si solo las personas mencionadas pueden aportar la prueba de su diligencia, no cabe la extensión de la presunción de la culpabilidad a las no mencionadas. Realmente sería excesivamente duro hacerles responder por el hecho ajeno sin haberlo podido evitar por no estar mencionadas en la Ley y además, precisamente por no estar mencionado, privarles de la posibilidad de liberarse de la obligación aportando la prueba de su no culpabilidad». Además, «sobre los responsables por otro pesa una presunción de culpa difícilmente destruible dado el rigor de nuestros Tribunales en la apreciación de la prueba de la diligencia liberatoria, por lo que el responsable del hecho ajeno se ve obligado en la práctica como si de una responsabilidad objetiva se tratase y siendo que tal responsabilidad no es, afortunadamente, norma general en nuestro Derecho civil, sería desatinado que la presunción de culpa establecida en el 1.903 y que objetiviza los supuestos considerados en el mismo, pudiera extenderse a quien no está expresamente mencionado en el precepto» (*La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos*, *op. cit.*, p. 53). En términos similares *vid.* ALONSO SOTO, Ricardo, *El seguro de la culpa*, Montecorvo, Madrid, 1977, p. 411. En relación a la responsabilidad objetiva, *vid.* DE AGUIAR DIAS, José, *Da responsabilidade civil*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1983, p. 151.

⁹³⁵ Para LECIÑENA IBARRA, el intérprete no debería completar la supuesta voluntad del legislador (cfr. *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 218).

Para el supuesto de responsabilidad de padres y tutores, de acuerdo a los argumentos reseñados, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1969, absolvió al abuelo de un niño de la demanda que contra él y contra la madre del menor había interpuesto el padre de otro niño, herido de una pedrada por el primero. Aunque se probó la ausencia de la madre y se acreditó también que el abuelo ejercía de hecho el cuidado y la educación del menor causante de la lesión, el Tribunal Supremo, interpretando literalmente el párrafo segundo del artículo 1903, limitó la responsabilidad a la madre⁹³⁶.

2. Exégesis analógica

En contra de la taxatividad de los supuestos del artículo 1903 del Código Civil, un segundo grupo de autores, se inclina por la aplicación analógica de la norma⁹³⁷. Niegan que la responsabilidad de la norma sea una excepción al artículo 1902, se trata de dos regímenes distintos, previstos para supuestos de hecho diferentes: responsabilidad por hecho ajeno, o por hecho propio. Superado por tanto el carácter excepcional del artículo 1903, sostienen la posibilidad de su aplicación analógica, siempre que exista identidad de razón (cfr. artículo 4.1 del Código Civil), que en este caso concreto se cifrará en la existencia de una relación de subordinación entre el agente causante y el sujeto a quien quiere responsabilizar, relación que habrá de tener suficiente entidad para justificar tal aplicación analógica. Para GÓMEZ CALLE, el artículo 1903 «no es una norma penal ni de ámbito temporal, y tampoco tiene carácter excepcional (...), no hay inconveniente para su aplicación analógica en

⁹³⁶ En idéntico sentido, *vid.* STS de 16 de octubre de 2003.

⁹³⁷ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO se inclina a favor de la analogía por la identidad de fundamento jurídico (cfr. «Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces», *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, vol. 2, EUNSA, Pamplona, 1969, p. 105). En el mismo género, SANTOS BRIZ, quien rectificando el criterio mantenido anteriormente, en el que, debido a la aplicación del *in dubio pro reo*, justificaba la interpretación restrictiva del artículo 1903, entiende que «la enumeración no puede considerarse exhaustiva, aunque trate de imponer una obligación, sino simplemente enunciativa o ad exemplum, por lo tanto podrá aplicarse la analogía. Esto beneficia al perjudicado, ya que en cuanto a éste, no estaría justificada la interpretación restrictiva» (*Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Montecorvo, Madrid, 1981, p. 407; *Derecho de Daños*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 285 y *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 269-270). Del mismo modo, BERENGUER ALBALADEJO, María Cristina, «Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros: especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del *Common Law*», *op. cit.*, p. 35 y

supuestos que guarden identidad de razón con los que explícitamente contempla (art. 4.2 CC)»⁹³⁸.

Planteada en tales términos la cuestión, solo quedaría establecer cuándo es posible afirmar la existencia de tal relación de subordinación y principalmente, qué entidad ha de tener ésta para permitir la aplicación del artículo 1903.

PUIG BRUTAU señala como rasgo común e identificador, independientemente del carácter peculiar de cada uno de los supuestos incluidos en el artículo 1903, la situación de superioridad o predominio en la que se encuentra aquél al que se le imputa la culpa respecto del causante del daño («*Respondeat superior*») ⁹³⁹. DíEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, por su parte, analizando los supuestos recogidos en el artículo 1903, observan en todos ellos la existencia de una relación jurídica determinante de un nexo de jerarquía o subordinación, la cual permite dar órdenes e instrucciones a otra persona ⁹⁴⁰.

Esta postura ha sido aceptada en varias sentencias del Tribunal Supremo. Así, tras señalar expresamente que «*por lo que concierne al artículo 1903, hay que considerar que la enumeración de los casos que comprende dicho precepto no es cerrada o exhaustiva, sino simplemente enunciativa*» ⁹⁴¹, parece haber admitido con carácter general la aplicación analógica del artículo 1903. Para ello exige como presupuesto indispensable, una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y el demandado, es decir una relación de subordinación que permita al sujeto declarado responsable dirigir o controlar de algún modo la actividad del causante material.

Es tradicional, en este tema, referirse a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1976, donde se declara responsable civil a la propietaria de un automóvil, que había prestado a su novio, por los daños causados por éste último. Establecía esta sentencia «*Que conjugadas sistemáticamente las normas contenidas en los artículos 1902, 1903 y 1908, párrafo primero, e interpretadas en consideración al presente momento y atendiendo fundamentalmente al espíritu y*

⁹³⁸ «Artículo 1903 y 1904», *Código civil comentado. Vol. IV*, CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro y otros (Dir.), Civitas, Madrid, 2011, p. 1468. También, *vid.* LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, t. II, Trivium, Madrid, 1994, p. 354 y CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 115.

⁹³⁹ Cfr. *Fundamentos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 629.

⁹⁴⁰ Cfr. *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1990, p. 629.

⁹⁴¹ *Vid.* STS de 13 de septiembre de 1988.

finalidad de aquéllas, como se establece en el artículo 3.1 del Código Civil, y haciendo uso de la analogía, que de manera expresa recoge el artículo 4 de dicho texto legal, se pueden entender incluidos en el artículo 1903 otros supuestos en los que exista o se genere alguna relación distinta de las que el precepto contempla “ad exemplum”, como puede ser las del comodato, originado por la cesión gratuita y temporal que el propietario de un automóvil asegurado hace a otra persona a la que ligan lazos familiares o cuasifamiliares, o de gran afecto, cuya relación crean deberes recíprocos».

Junto a ésta puede citarse también, la sentencia de 13 de setiembre de 1988 que consideró la autorización habitual de un padre para conducir el vehículo de su propiedad como relación de suficiente entidad para condenarle por los daños causados por su hijo mayor de edad, pues como señala expresamente: *«conlleva el responder a una petición y, por ello, a la formalización de una relación de carácter cuasi-negocial»*. En la misma línea, la sentencia de 8 de mayo de 1990 estima esta autorización habitual como *«relación de dependencia a los efectos previstos en el art. 1903 del Código Civil»*, y añade, *«la complejidad de la vida moderna enseña que se vienen creando manifestaciones nuevas en el ámbito social, a las que la doctrina civilista denomina “compromisos sociales”, que se caracterizan porque de ellos pueden derivar relaciones contractuales y extracontractuales más o menos típicas, dando lugar a la formalización de una relación de carácter cuasinegocial»*. Análogamente, la sentencia de 11 de enero de 1994, respecto a la responsabilidad del propietario de un turismo, en el considerando segundo establece: *«teniendo muy presente la realidad social (...), se ha de hacer una exégesis analógica, ampliando el reducido campo que ofrecen los cuatro supuestos recogidos en el art. 1903, debiendo analizar en cada caso las circunstancias concurrentes para comprobar no sólo si se dan los elementos de comparación necesarios para extender el ámbito de la norma, sino si se precisa para cumplir con la finalidad social pretendida. Se pueden entender incluidos en el art. 1903 otros supuestos en los que exista o se genere alguna relación distinta de las que el precepto contempla ad exemplum»*⁹⁴².

⁹⁴²

En la misma línea, *vid.* STS de 4 de mayo y 13 de setiembre de 1984; STS de 16 de marzo de 1992; STS de 1 de junio de 1994; STS de 19 de julio de 1996; STS de 4 de marzo de 1997; la SAP Asturias de 18 de julio de 2001; SAP Cáceres de 5 de abril de 2005 y la SAP Cádiz de 5 de diciembre de 2005.

3. Interpretación extensiva

Este enfoque admite la extensión de los supuestos de responsabilidad por el hecho de otro a situaciones similares⁹⁴³. PEÑA LÓPEZ entiende que «el artículo 1903 CC no es una norma excepcional y, por consiguiente, admite su interpretación extensiva e incluso aplicación analógica (art. 4º CC)»⁹⁴⁴. Antes de la reforma de 1981, esta solución fue acogida por LEÓN GONZÁLEZ para declarar a la madre responsable de los actos de los menores fuera de los estrechos márgenes que permitía el precepto. Según este autor, «para que la norma conserve su eficacia social organizadora es preciso interpretarla no como el legislador quiso *entonces* sino como hubiese querido ahora»⁹⁴⁵.

La interpretación extensiva no pretende la inclusión de supuestos no incluidos en la norma, lo que supondría una aplicación analógica no permitida por la taxatividad de ésta, sino a la luz de la realidad existente hoy, cuál será el auténtico

⁹⁴³ Vid. en doctrina extranjera, PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, Temis, Montevideo, 1956, pp. 492-499. En España, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Aspectos civiles del nuevo Código penal. Responsabilidad Civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos*, op. cit., p. 247; NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen, «La guarda de hecho», op. cit., p. 445; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*, Marcial Pons, Madrid, 2008; DÍAZ ALABART, Silvia, «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», op. cit., p. 835; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «En torno al artículo 220 del Código Civil», op. cit., p. 507; VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional. Ley 21/87 de 11 de noviembre*, op. cit., p. 157; MAYOR DEL HOYO, María Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, op. cit., p. 424; DE SALAS MURILLO, Sofía, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en la que concurre causa de incapacitación*, op. cit., pp. 277-278; Díez-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, op. cit., p. 557; GÓMEZ CALLE, Esther, «Responsabilidad de los padres y centros docentes», *Tratado de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), vol. 3, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 1030; YAÑEZ VIVERO, María Fátima. «La responsabilidad derivada de los daños causados por las personas mayores incapaces», *La protección de las personas mayores incapaces*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 287; PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Artículos 1902 a 1910», *Comentarios al Código civil, Tomo IX*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 13003; DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y otros, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, Bosch, Barcelona, 2008, p. 654 y BERENGUER ALBALADEJO, María Cristina, «Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros: especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del *Common Law*», op. cit., p. 31.

⁹⁴⁴ «Artículos 1902 a 1910», *Comentarios al Código civil, Tomo IX*, op. cit., p. 13003.

⁹⁴⁵ «Responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», op. cit., p. 292.

significado de los términos empleados en ella, o en palabras de DÍAZ ALABART, «ver hasta dónde llega su espíritu»⁹⁴⁶.

En el ámbito jurisprudencial también se acepta este carácter extensivo. Tal es el caso de la sentencia ya mencionada de 23 de febrero de 1976 que dice: «(...) *el afán progresivo del Tribunal Supremo adaptando viejas normas a las necesidades del vivir actual, ha dado lugar a una interpretación extensiva de los casos en que se debe responder por hechos ajenos, superando los estrechos moldes de la rigurosa exigencia del subjetivismo (...) para matizarla con referencias objetivas a una relación que comenzó siendo de dependencia familiar o laboral, pasó a ser de beneficio económico o espiritual y ahora basta con que simplemente exista, sin que sea necesariamente de naturaleza jurídica, ni típica, gratuita o remunerada, permanente o transitoria, en solo condicionamiento de que la actividad de la persona esté al menos potencialmente sometida a la posible intervención de quien ha de ser responsabilizado (Sent. De 20 de marzo de 1973, Sala 2.^a) sin necesidad tampoco de previa relación laboral y aunque se trate de relaciones esporádicas y gratuitas, porque lo que vincula no es la naturaleza de la relación sino la existencia de ella (...)».*

Igualmente se contempla la posibilidad extensiva del artículo 1903 en la sentencia de 8 de mayo de 1990, que habla de «*la tendencia que viene manteniendo la jurisprudencia de la Sala acerca de conceder mayor amplitud al contenido del susodicho art. 1903*», y en la sentencia de 13 de septiembre de 1988, que establece: «*porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, la interpretación de las normas debe hacerse, no solo conforme a los antecedentes históricos y legislativos, sino también a la realidad social del tiempo en que se aplican, lo cual, además de estar declarado de modo reiterado por la doctrina de esta Sala, es de muy especial aplicación en todo cuanto se relaciona con ciertos temas de cada día mayor actualidad y frecuencia a la vez que influidos por los nuevos adelantos de la técnica, cual acontece, precisamente, con los de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual*».

⁹⁴⁶ «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, p. 834.

4. Postura intermedia

Esta postura intenta superar los graves inconvenientes derivados de la consideración del artículo 1903 del Código Civil como lista cerrada, entendiendo que, en los supuestos no expresamente contemplados por la norma se incurre en responsabilidad por hecho propio, siendo de aplicación el artículo 1902 del Código Civil⁹⁴⁷.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de febrero de 1976, que en principio mantiene la tesis de la aplicación analógica del artículo 1903 del Código Civil, apoya esta postura. Así dispone: *«que, a mayor abundamiento, aunque hubiere que estimar que el artículo 1903 del Código Civil había sido indebidamente aplicado al caso controvertido, por no darse en él ninguna de las relaciones jurídicas que dicho precepto contempla, ni la vinculación de dependencia que en él se exige, aún en este supuesto, ninguno de los motivos del presente recurso podría acarrear la casación de la sentencia impugnada, porque ésta no se basa exclusivamente en el mencionado precepto, sino que se apoya también en el contenido del artículo 1902, que igualmente se invocaba en la demanda; y además, en el caso resuelto por la sentencia que ahora se examina concurren los supuestos de hecho que ésta última norma exige para ser actuada, y tales hechos fueron oportunamente alegados por los actores y su realidad fluye de las afirmaciones fácticas admitidas por los juzgadores de instancia, que reflejan una conducta ciertamente negligente en la demandada, que no cuidó de elegir una persona que tuviera la necesaria prudencia para conducir el vehículo sin originar daños»*. La misma conclusión cabe extraer de la sentencia de 29 de noviembre de 1988, en la que se condena solidariamente a responder de los daños causados en una finca, por el incendio iniciado a consecuencia de unas chispas desprendidas de una cosechadora que trabajaba en el predio colindante, al propietario de la cosechadora, al conductor y al dueño de la finca en la que trabajaba la cosechadora, entendiendo que *«aunque la relación de dependencia (entre el dueño de la finca y el conductor de la cosechadora) no*

⁹⁴⁷ Vid. BARCELÓ DOMENECH, Javier, *La responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 172 y SALVADOR CORDECH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio, «Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», Barcelona, 2002, en http://www.indret.com/pdf/088_es.pdf (consulta: 14 de diciembre de 2015).

existiera, la responsabilidad del dueño de la finca deriva también de conducta propia, conforme al artículo 1902».

Del mismo modo, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1964 afirma que *«cuando entre el autor material del hecho y el que queda responsable hay un vínculo tal que la ley puede presumir cumplidamente que, si hubo daño, debe atribuirse, más que al autor material, al descuido o defecto de vigilancia de la otra persona, por lo que el fundamento de esta responsabilidad es una presunción de culpa in vigilando o in educando, distinto o independiente de la que contrae el autor material, que responde por culpa in operando».*

Se plantean varias objeciones a esta postura: 1. La inversión de la carga de la prueba que el artículo 1903 del Código Civil recoge a favor de la víctima de un acto dañoso. 2. La necesidad de respetar la clasificación que el propio Código establece entre responsabilidad por hecho propio y responsabilidad por hecho ajeno, para cada una de las cuales reserva un precepto diferente. 3. La lógica del derecho de repetición establecido en el artículo 1904.

Frente a los supuestos del artículo 1903 del Código Civil, donde se presume (*iuris tantum*) la culpa del responsable (a quien le corresponde acreditar que no ha incurrido en responsabilidad por haber obrado de acuerdo con la diligencia de un padre de familia para prevenir el daño); el artículo 1902 no recoge esa presunción, siendo necesario que el perjudicado pruebe la culpa del sujeto responsable⁹⁴⁸. El efecto desfavorable de la presunción legal no alcanza al responsable⁹⁴⁹. Esta divergencia debería considerarse razón suficiente para huir de la aplicación del artículo 1902 del Código Civil. Sin embargo, la tendencia hacia la objetivización que, en el tema de la responsabilidad civil, vive hoy la jurisprudencia, le ha restado

⁹⁴⁸ Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, «Comentario del artículo 1903», *op. cit.*, p. 7 y PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Artículos 1902 a 1910», *Comentarios al Código civil, Tomo IX, op. cit.*, pp. 13005-13006. No obstante, la jurisprudencia ha ido reconociendo paulatinamente una posible inversión de la carga de la prueba en el art. 1902 CC. Es interesante la opinión de ALBALADEJO GARCÍA sobre este tema. Señala este autor que, según se dice, en estos casos (se refiere al art. 1902 cc) habrá que probar la culpa del interesado, culpa que en los casos del art. 1903 CC se presume. Sin embargo, a su juicio, como la culpa del que realizó el acto se presume siempre, lo que ocurre es, no que haya que probarla en estos casos y no en los del art. 1903, sino que en los de este artículo se presume que hay acto dañoso del responsable (falta de vigilancia), mientras que en los otros hace falta probar que éste realmente cometió el acto y que dicho acto fue la verdadera causa del daño (cfr. *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 953-954).

⁹⁴⁹ Cfr. SOTO NIETO, Francisco, *La responsabilidad en el accidente automovilístico. Responsabilidad objetiva*, Revista de Derecho Judicial, Madrid, 1972, p. 749.

importancia. Hasta el punto de que difícilmente puede mantenerse el contraste entre ambos preceptos sobre la base de la carga de la prueba; llegando a afirmar algún autor que poco importa movernos en una u otra norma⁹⁵⁰. De modo distinto piensa DÍAZ ALABART, para quien la equiparación entre ambos preceptos, pese a la tendencia jurisprudencial, en ningún caso puede considerarse absoluta, porque la prueba será distinta en uno y otro caso. Así, mientras en el artículo 1903 la prueba de que no existió negligencia es prácticamente imposible (de ahí que se pueda hablar de una responsabilidad que la jurisprudencia ha transformado en objetiva); en el artículo 1902 no ocurre lo mismo, por ello «la prueba en contrario debería ser más fácil en el artículo 1902, que en el 1903, porque la previa existencia en éste de una obligación legal (de guarda y educación que no existe en el 1902) debe implicar, en el fondo, la exigencia de un mayor grado de diligencia»⁹⁵¹.

Respecto a la distinción entre la responsabilidad por hecho propio y hecho ajeno habrá que indicar que la mayor parte de la doctrina no acepta esta clasificación. De hecho, son muchos los autores que afirman que si una persona responde por los actos cometidos por otra, sea su hijo menor de edad, su pupilo, o su dependiente, es porque en realidad ha incurrido en negligencia a la hora de educar o vigilar a ese menor o a la hora de elegir al dependiente, con lo cual la responsabilidad por hecho ajeno es en realidad una clase más de responsabilidad de hecho propio.

Otros autores afirman que calificar los supuestos del artículo 1903 del Código Civil como de responsabilidad por hecho propio «no respeta la estructura de responsabilidad por hecho propio y responsabilidad por hecho ajeno que dispone el Código»⁹⁵². Además, que no se debe confundir el hecho y la culpa, porque el primero es el suceso material directamente productor del daño, y, la segunda es la imputabilidad en el grado de diligencia exigible. En los supuestos contemplados por el artículo 1903 del Código Civil, la culpa será propia del sujeto responsable por la norma (el padre, tutor, el empresario), pero no así el hecho, que será siempre propio de la persona de la que aquél responde (el menor o dependiente), el que la culpa sea

⁹⁵⁰ LLEBARÍA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, op. cit.*, p. 213.

⁹⁵¹ «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, p. 827.

⁹⁵² MAYOR DEL HOYO, María Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil, op. cit.*, p. 423.

propia del sujeto responsable no convierte, en ningún caso, el hecho, en propio de éste⁹⁵³.

Este juego del artículo 1902 y 1903 del Código Civil, estructurado de forma separada en responsabilidad por hecho propio y por hecho ajeno, respectivamente, se baraja también por la jurisprudencia como un criterio adecuado de clasificación. Es el caso de la sentencia de 24 de febrero de 1993, en la que el Tribunal Supremo, admite el recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, entendiéndose que, la aplicación del artículo 1903 al supuesto controvertido, en el que el daño había sido causado por hechos propios y exclusivos de las personas demandadas, y no de su dependiente, dejaba imprejuizada la acción ejercitada. Dice expresamente, *«la sentencia recurrida ha aplicado indebidamente el referido precepto (artículo 1903 del Código civil), cuando en este proceso, como acaba de decirse, y se reitera, la actora no ha ejercitado ninguna acción basada en dicho precepto (...), sino la derivada del art. 1902, por actos u omisiones propios y exclusivos de las entidades demandadas»*. Igualmente, la sentencia de 1 de junio de 1994 advierte de la confusión que puede producirse *«al no quedar claro si lo que se dice es que algún tipo de acción u omisión es imputable a la recurrente de forma directa, en cuyo caso se aplicaría el artículo 1902, o si esta imputación lo es de manera indirecta, como dueña de la obra, en cuyo caso entraría en juego el artículo 1903»*.

Otro argumento que viene a corroborar que el artículo 1903 regula los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, se encuentra en el artículo 1904, el cual al establecer el derecho de repetición contra el causante material del daño, confirma que nos encontramos ante una responsabilidad por hecho ajeno, pues si se tratase de una responsabilidad por hecho propio del sujeto responsable, carecería de sentido que éste pudiera dirigirse contra otro en reclamación de la cantidad abonada⁹⁵⁴.

⁹⁵³ Cfr. LLEBARÍA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, op. cit.*, p. 211.

⁹⁵⁴ Cfr. NAVARRO MICHEL, Mónica, *La responsabilidad Civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 101.

C. Responsabilidad del guardador de hecho por aplicación extensiva del artículo 1903 del Código Civil

Vista la falta de uniformidad respecto a los supuestos que abarca el artículo 1903 del Código Civil, incumbe determinar si el guardador de hecho responde por los actos de su guardado. Este precepto prescribe expresamente solo la responsabilidad de los padres, tutores, Centros de enseñanza no superior y responsables de un establecimiento o empresa, pero no dice nada sobre el guardador de hecho.

Algunos, respetando la taxatividad del artículo 1903 no admiten su responsabilidad por esta vía. En consecuencia, habrá que buscar su acomodo en otras disposiciones del Código Civil: el guardador no contemplado en el artículo 1903, puede incurrir en responsabilidad *ex* artículo 1902 por culpa *in vigilando*, cuando el daño causado por el guardado se deba a la falta de diligencia debida en la custodia que voluntariamente ha asumido⁹⁵⁵.

Para PUIG PEÑA «las prescripciones del artículo 1903 no obstan para que a personas no mencionadas en él se les declare responsables en virtud de la fórmula general del artículo 1902»⁹⁵⁶. Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, «el guardador de una persona distinta a las mencionadas en el art. 1903 puede incurrir en responsabilidad, cuando el daño causado por ella, se deba a una falta propia de la diligencia que debió observar en la custodia que le incumbía. La responsabilidad del encargado sería, entonces, por su propia culpa, como causante del daño, frente al tercero perjudicado, conforme al artículo 1902»⁹⁵⁷.

Por su parte, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA propone que, respetando la taxatividad del artículo 1903, se mantenga la responsabilidad del guardador de hecho, no por declaración del legislador, sino de acuerdo con el artículo 1902 si el hecho dañoso se debió a su culpa o negligencia. Si bien, la diferencia entre estos artículos es la carga de la prueba de la culpa; de todas maneras existirá responsabilidad en ambos casos⁹⁵⁸.

⁹⁵⁵ Cfr. DE SALAS MURILLO, Sofia, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, op. cit., p. 217.

⁹⁵⁶ *Compendio de Derecho Civil*, op. cit., p. 577.

⁹⁵⁷ *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 564.

⁹⁵⁸ Cfr. *La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos*, op. cit., pp. 47 y ss.

En términos similares, FÁBREGA RUIZ defiende esta postura, porque «la relación de dependencia que puede haber entre un guardador de hecho y un pupilo no es comparable a la que se establece en los casos de patria potestad o tutela, no pudiendo darse la analogía en estos casos». Además, continúa este autor, en caso exista una guarda de hecho paralela a una guarda legal, dicha «responsabilidad modularía por razones de equidad, la responsabilidad de los padres y tutores del artículo 1903 CC, si bien la misma podría ser imputada a los mismos por culpa *in vigilando*»⁹⁵⁹. Por su parte, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, considera que el guardador de hecho debe ser responsable de alguna manera, aunque sea por el artículo 1902 del Código Civil, porque éste «aunque la doctrina tradicional habla de una responsabilidad por hecho de otro, se trata en realidad de una responsabilidad por hecho propio, en cuanto lo que se reprocha al que se hace responsable por el sedicente acto ajeno, es haber omitido los cuidados que debían haber prevenido la acción causante del daño»⁹⁶⁰.

Otro sector de la doctrina entiende que resulta aplicable el régimen del artículo 1903 del Código Civil por una interpretación extensiva. Está claro que, por lo que se refiere a los actos realizados por los menores de edad, tanto los «*padres*» (párrafo segundo), como «*las personas titulares de un Centro docente de enseñanza no superior*», dejan escaso margen a una posible ampliación interpretativa. No

⁹⁵⁹ *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad, op. cit.*, p. 68.

⁹⁶⁰ «Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces», *op. cit.*, p. 86. Análogamente, ROGEL VIDE cree que el guardador de hecho puede incurrir en responsabilidad, porque el daño ocasionado ha sido consecuencia de su falta de diligencia. «La responsabilidad del encargado sería, entonces, por su propia culpa, como causante del daño (único, principal, solidario o subsidiario)» (*La guarda de hecho, op. cit.*, pp. 131-136). Siguen este razonamiento, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Responsabilidad por hecho ajeno», *Enciclopedia Jurídica Básica*, MONTOYA MELGAR, Alfredo (Dir.), vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 5957; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal (3 de junio de 2015), *Responsabilidad civil y penal de tutores, guardadores de hecho y curadores* (Audio podcast). Recuperado de http://www.ivoox.com/podcast-conferencias-cristobal-fabrega_sq_fl155519_1.html; LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones, op. cit.*, p. 521; PARRA LUCÁN, Ángeles, «Artículos 1902-1910», *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, LÓPEZ FRÍAS, Ana María y PASQUAU LIAÑO, Miguel (Coords.), Comares, Granada, 2000, p. 3331; ROCA I TRÍAS, Encarnación, *Derecho de daños. Textos y materiales, op. cit.*, p. 95; DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, p. 350 y «Comentario del artículo 1903», *op. cit.*, p. 16; DE AGUIAR DIAS, José, *Da responsabilidade civil, op. cit.*, p. 150; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, Bosch, Barcelona, 1972, p. 494; ALONSO SOTO, Ricardo, *El seguro de la culpa, op. cit.*, p. 396; PIRSON, Roger y DE VILLÉ, Albert, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Bruxelles, Paris, 1935, p. 178 y LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores, op. cit.*, p. 220.

sucede lo mismo, sin embargo, con el término «*tutor*» (párrafo tercero) sí susceptible de ampliación. Deberá procederse, por lo tanto, a un análisis *ad casum*, de cada uno de aquellos supuestos en los que puede plantearse la responsabilidad por los actos del menor o pupilo y ver si cabe en el espíritu de este término.

Siguiendo a DE SALAS MURILLO, creo que es posible la responsabilidad del guardador de hecho *ex* artículo 1903. Las razones son las siguientes: el término tutor incluye al guardador de hecho⁹⁶¹, ya que éste realiza una actuación material equiparable a la aquél⁹⁶²; existe una relación de subordinación entre el guardador y el guardado que permite dar órdenes⁹⁶³; el defecto de vigilancia crea un riesgo para

⁹⁶¹ Según RUIZ-RICO RUIZ, la expresión tutor del artículo 1903 del Código Civil es hoy un cajón de sastre en la que deben incluirse todas las figuras de protección que suponen relaciones de compañía y vigilancia más o menos estables entre aquellos sujetos y sus protectores (cfr. «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», *op. cit.*, p. 160). Por su parte, DÍAZ ALABART, estudia la posibilidad de extender la aplicación del artículo 1903 a los nuevos cargos tutelares introducidos tras la reforma del Código civil en materia de incapacitación y tutela por la Ley de 24 de octubre de 1983 (cfr. «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, p. 828). También, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ cree que, tras la reforma de los artículos del Código relativos a la tutela, en el término «tutores» del artículo 1903 deben entenderse incluidos tanto al tutor pleno como al tutor personal, y también al guardador de hecho, e incluso abarca otras situaciones como la del tutor provisional. Mayores dificultades reporta, a su juicio, la inclusión del defensor judicial y el curador, dado el carácter de tales cargos (cfr. «En torno al artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, p. 507). Del mismo modo, YZQUIERDO TOLSADA es partidario de la interpretación extensiva del término «tutor», el cual puede ir referido a cualquier forma legal diferente de la tutela que suponga o conlleve los mismos elementos requeridos por el artículo 1903 del Código Civil (cfr. *Aspectos civiles del nuevo Código penal. Responsabilidad Civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos*, *op. cit.*, p. 79).

⁹⁶² PEÑA LÓPEZ apoya esta tesis, porque «los preceptos de responsabilidad civil derivada del delito contenidos en el Código Penal equiparan ambas situaciones cuando se trata de responder por los hechos de los sujetos a guarda (*vid.*, por ejemplo, art. 118 CP)» («Artículos 1902 a 1910», *Comentarios al Código civil, Tomo IX, op. cit.*, p. 13012). Defienden también esta posición, GÓMEZ CALLE, Esther, «Artículo 1903 y 1904», *op. cit.*, p. 1468 y DE SALAS MURILLO, Sofía, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en la que concurre causa de incapacitación*, *op. cit.*, p. 278.

⁹⁶³ En estos términos se expresa Díez-Picazo, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2006, p. 649; Jiménez Muñoz, Francisco Javier, «Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés», *op. cit.*, p. 647; DE SALAS MURILLO, Sofía, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en la que concurre causa de incapacitación*, *op. cit.*, p. 278 y BERENGUER ALBALADEJO, María Cristina, «Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros: especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del *Common Law*», *op. cit.*, p. 34. En contra, NAVARRO MICHEL quien, si bien distingue el supuesto del guardador de hecho (abuelo) complementario a los padres (en el que no aprecia estas relaciones de jerarquía), de aquel donde el primero sea el único responsable posible (en cuyo caso sí se aprecia la jerarquía), que le haría responder de los daños causados por el guardado; considera que la relación de jerarquía no justifica la aplicación del art. 1903 CC (cfr. *La responsabilidad Civil de los padres por los hechos de sus hijos*, *op. cit.*, p. 33).

terceros⁹⁶⁴; el guardador de hecho ostenta una determinada condición que le hace responder por hecho ajeno⁹⁶⁵; la convivencia del guardado con un tercero debería determinar el correspondiente traspaso de responsabilidad⁹⁶⁶; una exclusión de responsabilidad equivaldría a un premio para el guardador de hecho⁹⁶⁷; los preceptos sobre responsabilidad civil no tienen una finalidad sancionadora sino reparatoria, y de cara a la víctima le convendrá optar por el régimen del 1903 que le exime de probar la culpa y le asegura una indemnización⁹⁶⁸; si se aplica un régimen más liviano (como el del artículo 1902 del Código Civil) se desincentivarían las guardas legales⁹⁶⁹.

En realidad, se sugiere una interpretación extensiva del artículo 1903 del Código Civil a la luz de la realidad existente hoy⁹⁷⁰. Se trata de ver hasta dónde llega

⁹⁶⁴ Cfr. MORALES & SANCHO, *Manual práctico de responsabilidad civil*, op. cit., p. 579.

⁹⁶⁵ Para ASÚA GONZÁLEZ, basta ser, en las condiciones establecidas en el precepto, progenitor, empresario, etc., para venir obligado a indemnizar [cfr. «Responsabilidad civil médica», *Tratado de Responsabilidad Civil*, REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 1031].

⁹⁶⁶ Cfr. DE SALAS MURILLO, Sofia, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en la que concurre causa de incapacitación*, op. cit., p. 278. Para GUTIÉRREZ CALLES, «en el mantenimiento de la convivencia voluntariamente admitida con el demente se haya la aceptación de esta responsabilidad (...)» [*La guarda del enfermo mental: Deberes y responsabilidades (con formularios para facilitar el ejercicio de funciones tutelares)*, op. cit., p. 89].

⁹⁶⁷ Cfr. LETE DEL RÍO, Manuel, *La responsabilidad de los órganos tutelares*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Valladolid, 1965, p. 186; ORTEGA PARDO, Gregorio, *La tutela de hecho*, op. cit., p. 106 y BONET RAMÓN, Francisco, *Compendio de Derecho Civil*, op. cit., p. 819. Para DE SALAS MURILLO, así como el artículo 306 del Código Civil dispone una indemnización de los daños sufridos en el ejercicio de la guarda para el guardador de hecho, de igual modo debe sufrir las consecuencias dañosas que puedan derivar de su falta de vigilancia del sometido a su cuidado porque si no el guardador gozaría de una posición más provechosa que la del tutor. En definitiva parece que al guardador se le imputa una responsabilidad similar a los padres o a la del tutor, ya que, en otro caso, la responsabilidad más atenuada, sería un premio al tutor aformal (cfr. *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en la que concurre causa de incapacitación*, op. cit., p. 278).

⁹⁶⁸ *Ibidem*

⁹⁶⁹ *Ibidem*

⁹⁷⁰ Sin embargo, para RUIZ JIMÉNEZ se aplica la analogía, porque en los supuestos de guarda legal y de hecho hay identidad de razón; la única diferencia es que «el guardador de hecho asume voluntariamente la obligación de vigilancia del incapaz, mientras que el tutor ha sido designado en un procedimiento judicial de incapacitación» («La responsabilidad de los tutores por los daños cometidos por sus tutelados», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 85, Núm. 715, 2009, p. 2673). No obstante, para YZQUIERDO TOLSADA, la aplicación del artículo 1903 del Código Civil no supone una aplicación analógica del precepto por identidad de razón, sino una interpretación extensiva correctora, en un intento de búsqueda de verdadero significado del concepto de «tutor», tal y como debe entenderse en el marco de la responsabilidad por hecho ajeno descrita en ese artículo (cfr. *Aspectos civiles del nuevo Código penal. Responsabilidad Civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos*, op. cit., p. 241). Análogamente, vid. DÍAZ ALABART, Silvia, «La

el espíritu de la norma. Si el guardador de hecho ha decidido no dar cuenta al Ministerio Fiscal de la persona que está bajo su custodia, ha de ser responsable de su decisión y asumir todas las consecuencias, en la misma medida que lo sería un padre o un tutor; permitiendo la exoneración de la responsabilidad en los casos de diligencia en la guarda del incapaz.

Esta postura ha sido fuertemente criticada, porque hace decir a la norma lo que expresamente no dice, creyendo que esa fue voluntad del legislador. Asimismo, la falta de previsión de una norma de responsabilidad para el guardador de hecho conduce a un supuesto de laguna legal, donde más que interpretar el artículo 1903 del Código Civil (desentrañar el sentido que encierra), se debe someter a una integración jurídica⁹⁷¹.

En verdad pocos o inexistentes son los pronunciamientos judiciales⁹⁷². Parece que algunas sentencias admiten la responsabilidad del guardador de hecho *ex* artículo 1903, pero no está del todo claro. De este modo, el Tribunal Supremo parece admitir la aplicación del artículo 1903 en la sentencia de 16 de octubre de 2003 de haberse probado *la culpa in vigilando*. Los hechos se centran en la muerte a tiros de un hombre causada por un funcionario de prisiones jubilado. Los hijos del fallecido demandan a la hija del homicida que había fallecido y subsidiariamente contra el Estado. En primera instancia se estima en parte la demanda y se declara la falta de competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la pretensión resarcitoria deducida frente a la Administración del Estado, condenando a la hija a que abone a los demandantes la cantidad de 20.000.000 pesetas. Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia absolviendo a la hija y al Estado de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda. El Tribunal rechaza el recurso de casación y afirma: «*En el supuesto que nos ocupa la demandada, aunque hija del autor de los hechos dañosos, hacía muchos años que no convivía con el mismo, lo que de forma inexcusable aleja toda posibilidad de exigencia de la misma de “culpa in vigilando” y no se encuentra modo lógico alguno de atribuir a*

responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, p. 834.

⁹⁷¹ Cfr. LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, *op. cit.*, pp. 218-219.

⁹⁷² Cfr. PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Artículos 1902-1910», *op. cit.*, p. 3331.

su persona la posible responsabilidad por hecho ajeno que prevé el artículo 1903 del Código civil».

Por otro lado, la jurisprudencia menor no termina por aclarar si la responsabilidad del guardador es por el artículo 1903 o 1902 del Código Civil. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 1 de julio de 1997 declara: *«La responsabilidad de doña Juliana y por ende, la de sus herederos tiene su fundamento en el artículo 1902 del Código Civil, a cuyo tenor “el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”, concurriendo en el presente supuesto los tres requisitos que son exigibles para que nazca la responsabilidad extracontractual: 1) la acción u omisión culposa o negligente (resulta plenamente acreditado que doña Juliana se dejó los grifos abiertos), 2) la realidad del daño (tal resulta del informe aportado como documento número 3 de los acompañados con la demanda y de su posterior ratificación por el Perito emisor del mismo, y sometimiento a contradicción y 3) la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño causado (ésta resulta igualmente acreditada, ya que ningún tipo de negligencia puede ser imputada al actor, que rompa el nexo de causalidad). (...) La responsabilidad del resto de los codemandados tiene su fundamento en el artículo 1903 del Código Civil. El Tribunal Supremo ha establecido en diversas sentencias “que conjugadas sistemáticamente las normas contenidas en los artículos 1902 y 1903, e interpretadas en consideración al presente momento y atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, se pueden entender incluidas en el artículo 1903 otros supuestos en los que exista o se genere alguna relación distinta de las que el precepto contempla “ad exemplum”. Así existe doctrina que afirma (Comentarios del Código Civil –Ricardo de Ángel Yagüez–) que parece defendible que, a falta de tutor, deberán responder las personas que teniendo la obligación de promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados. De esta manera se sitúa a los sobrinos de doña Juliana en el ámbito de responsabilidad del artículo 1903 del Código Civil, toda vez que tras su incapacitación posterior, a doña Juliana se le*

nombró tutor, cargo que recayó en la persona de su sobrino don José C. I., uno de los codemandados, y dicho cargo hubiera podido recaer en cualquiera de los codemandados. Asimismo, matiza la doctrina mencionada que la responsabilidad en este caso, al igual que la del mero guardador, acaso tenga más fundamento en el artículo 1902 que en el 1903 del Código Civil, es decir, parece que se exige el elemento culpabilístico, que ha de ser probado por quien acciona, frente a la presunción de culpa de los responsables que enumera el 1903, con que viene siendo interpretado este último precepto. Así pues, planteada de esta forma la cuestión, es procedente discernir si en la actuación de los sobrinos codemandados hubo negligencia o culpa. Esta parece clara desde el momento en que conociendo todos ellos que su tía padecía de una enfermedad mental, que mermaba sensiblemente sus facultades, consintieron en que viviera sola en un piso de su propiedad, dejándola sin ningún tipo de control o vigilancia».

Análogamente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 10 de setiembre de 2001, que atribuye responsabilidad a la esposa del incapaz por los daños personales y materiales tras una explosión de gas butano por acumulación del gas al dejar las llaves abiertas. Dice la Audiencia que «en el art. 1903.3 CC. se pueden entender incluidos supuestos distintos a los que el precepto contempla y si bien es cierto que en este caso el Sr. M. no estaba sujeto a la tutela de su esposa no lo es menos que esta actuaba como guardadora de hecho sin que promoviera, como lo exige el art. 202 del CC, la incapacitación del mismo por lo que adoptaba una posición de vigilancia respecto del comportamiento de su esposo que debe llevarnos a atribuirle responsabilidad por estos hechos (por su propia conducta), tanto por la vía del art. 1903 como, incluso, por la omisión de sus deberes en relación con el posible incapaz, por la vía del art. 1902 al haber dejado a una persona con sus facultades mentales afectadas viviendo sola en una casa de su propiedad y con una cocina de gas en perfecto estado de funcionamiento, como ha resultado acreditado en esta causa».

Independientemente del argumento utilizado, la generalidad de la doctrina se posiciona a favor de la responsabilidad de la persona o personas que ejercen la guarda de hecho por los daños que pueda causar el guardado a un tercero. Esta responsabilidad del guardador, legal o de hecho, también es reconocida en los

Principles of European Tort Law (PETL) al declarar en su artículo 6:101 que «la persona que tiene a su cargo otra persona que es menor o sufre discapacidad psíquica responde por el daño causado por esa otra persona a menos que demuestre que ella misma cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión».

En mi opinión, el propio carácter fáctico de la guarda de hecho impide plantear una respuesta general a todos los casos. No obstante, «lo cierto es que, al menos para los casos de exención de responsabilidad criminal a que se refiere la regla primera del art. 118 CP (anomalías o alteraciones psíquicas o en la percepción), la cuestión ha quedado resuelta de manera afirmativa»⁹⁷³.

D. Responsabilidad de padres y tutores en el supuesto de guarda de hecho

Es posible que la patria potestad o la tutela se presente junto a una guarda de hecho. Para determinar la responsabilidad en este supuesto, es importante conocer, primero, cuáles son los requisitos que establece el artículo 1903 para atribuir responsabilidad a los padres y tutores; y, segundo, si ésta desaparece ante la existencia de una guarda de hecho.

1. Presupuesto de responsabilidad civil de padres y tutores

a. Los padres deben tener a los hijos «bajo su guarda»

El artículo 1903, segundo párrafo, del Código Civil, en la redacción dada por Ley 11/1981 de 13 de mayo exige como requisito único para declarar la responsabilidad de los padres por los actos dañosos de sus hijos, que éstos se encuentren «*bajo su guarda*»⁹⁷⁴. El Código Civil no explicita el contenido y alcance de la palabra «*guarda*», por lo tanto habrá que delimitarla.

⁹⁷³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Capítulo 47. La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, p. 963. Para GUTIÉRREZ CALLES, la responsabilidad del tutor y el guardador se deben equiparar porque el legislador penal así lo ha hecho. Dice este autor: «Para nosotros esta declaración elimina cualquier duda sobre el alcance de la responsabilidad que examinamos (se refiere a la guarda del enfermo mental) por cuanto la misma le es exigible al tutor legal o de hecho, con independencia de que la declaración del artículo 118 se halla hecho en sede penal, pues, en definitiva, no hay más que dos tipos de responsabilidad civil: la derivada del incumplimiento de un contrato y la extracontractual» [*La guarda del enfermo mental: Deberes y responsabilidades (con formularios para facilitar el ejercicio de funciones tutelares)*, *op. cit.*, p. 90].

⁹⁷⁴ Esta modificación del art. 1903 CC (segundo párrafo) tuvo dos versiones, coincidentes con los dos proyectos de modificación del Código Civil en materia de patria potestad. El primero, el Proyecto de 1978, publicado en el BOCG de 15 de septiembre de 1978, recogió la

Con anterioridad a la Ley de 1981, el legislador exigía como requisito para declarar la responsabilidad de los padres que el menor «viviera en su compañía». De acuerdo con ello, algún autor continúa considerando como presupuesto para la exigencia de tal responsabilidad, este requisito de convivencia⁹⁷⁵. De hecho, DÍAZ ALABART ha afirmado que esta modificación introducida en el párrafo segundo del artículo 1903 «que parece eliminar el preexistente paralelismo entre padres y tutores, fue probablemente tan solo de estilo y sin pretender un cambio de fondo»⁹⁷⁶.

No me parece posible mantener una correlación entre guarda y convivencia, son conceptos distintos⁹⁷⁷. Porque si bien la guarda supone en la mayoría de los casos la convivencia con el menor (ya que facilita el cumplimiento de esta guarda), no son en absoluto conceptos intercambiables como lo demuestra el hecho de que puede existir guarda sin convivencia, e igualmente, se puede convivir con una persona sin guardarla. En efecto, el mero hecho de la no convivencia con el menor no exonerará automáticamente a los padres de su responsabilidad.

En otro extremo, descartada la convivencia como fundamento de la responsabilidad de los padres, se ha acudido a otro concepto ampliamente barajado en materia de protección de menores: el deber de velar por ellos. Así, algún autor se ha planteado la posibilidad de equiparar esta guarda del artículo 1903, segundo párrafo, con el deber de velar por el menor a que se refiere el artículo 154 del Código

redacción del artículo referido como sigue: «Los padres son solidariamente responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su potestad». El segundo Proyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, publicado en el BOCG de 14 de septiembre de 1979, prescribió lo siguiente: «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda». En efecto, este segundo Proyecto pasa al Código Civil sin ninguna modificación. La única enmienda (número 373) realizada por el Grupo Socialista donde proponía declarar expresamente el carácter solidario de esta responsabilidad paterna, fue rechazada.

⁹⁷⁵ Para RIVERO HERNÁNDEZ, la guarda alude a la posición que ocupa, respecto del hijo, el progenitor que convive con él [cfr. «Artículos 92 a 94», *Comentarios al Código civil*, RAMS ALBESA, Joaquín (Coord.), t. II, vol. 2, Bosch, Barcelona, 2000, p. 931]. Por su parte, GARCÍA PASTOR, refiere que la guarda «significa encomendar el cuidado directo del niño (...) que necesita de la convivencia con él, a uno de los progenitores, dado que la falta de convivencia entre los padres impide que tal tarea sea desempeñada por los dos» (*La situación de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 74).

⁹⁷⁶ «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, p. 820.

⁹⁷⁷ *Vid.* NAVARRO MICHEL, Mónica, *La responsabilidad Civil de los padres por los hechos de sus hijos*, *op. cit.*, p. 63.

Civil⁹⁷⁸. Esta equiparación tampoco resulta aceptable, pues ello conduciría a la inevitable conclusión de que todos los padres por el mero hecho de serlo serían responsables de los actos dañosos de sus hijos, cuando está claro que esa no era la intención del legislador, que cuando declara la responsabilidad de los padres, añade a este hecho, el requisito de la guarda.

Por otro lado, algunos autores buscan el cimiento de esta responsabilidad en la patria potestad. Según PANTALEÓN PRIETO, el término, «se encuentra directamente relacionado con la patria potestad y con el reparto de facultades respecto de los hijos en las situaciones de crisis matrimonial o de la pareja de hecho (...). En caso de crisis de pareja, matrimonial o no, que dé lugar a una resolución judicial que atribuya la custodia del hijo a uno de los progenitores (arts. 90 y 92) solo éste lo tendrá bajo su guarda, con independencia de que el otro siga ostentando la patria potestad»⁹⁷⁹. En este sentido, en caso de separación judicial, nulidad o divorcio, el responsable sería el padre que tenga encomendada la guarda del menor⁹⁸⁰.

Este contexto parece bastante injusto, porque además de cuidar y proteger al menor va a resultar más responsable. Para salvar esta situación, algunos hacen responsable al progenitor no custodio por *culpa in educando*, en la medida que han contribuido al daño porque han participado en la educación del menor. GÓMEZ CALLE entiende, que hay supuestos que pueden poner de manifiesto la existencia de una negligencia previa determinante del daño del progenitor que no tenía a su cargo al menor en ese preciso momento⁹⁸¹.

Por su parte, PEÑA LÓPEZ entiende que como el ejercicio de la patria potestad puede atribuirse de formas distintas, o como el daño puede ocasionarse durante el ejercicio del derecho de visitas, comunicación o estancia por parte del conviviente no habitual, puede entenderse que, a los efectos del artículo 1903, segundo párrafo, el hijo se encuentra bajo la guarda de éste último⁹⁸². Se da lo que NAVARRO MICHEL llama «traspaso de la responsabilidad». De acuerdo con ella, el derecho de visita transfiere la guarda durante los periodos de tiempo en que ésta tiene lugar, de su

⁹⁷⁸ Vid. *Ibidem*, p. 64.

⁹⁷⁹ «Artículos 1902 a 1910», *Comentarios al Código civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 2183-2184.

⁹⁸⁰ Cfr. «Responsabilidad por hecho ajeno», *op. cit.*, p. 5956.

⁹⁸¹ Cfr. «Artículo 1903 y 1904», *op. cit.*, p. 1469.

⁹⁸² Cfr. «Artículos 1902 a 1910», *op. cit.*, p. 2183.

titular al otro progenitor, en conclusión la responsabilidad se traspasará con la guarda y resultará responsable el progenitor que tenga al menor en el momento de la comisión del daño, aún cuando no sea el titular de la guarda»⁹⁸³. Esta es también la solución adoptada por la jurisprudencia, así en la sentencia de 11 de octubre de 1990, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Territorial de Palma que declaraba la responsabilidad del padre no guardador, pero al que en el momento de cometerse el daño correspondía el derecho de visita. Dice esta sentencia «no se puede ignorar el carácter flexible del concepto “bajo su guarda” (del artículo 1903.2 del Código Civil), que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita (...). Y la sentencia recurrida ha declarado hecho probado que el accidente se produjo cuando el hijo estaba bajo custodia del padre».

En situaciones de separación de hecho o abandono familiar, la guarda se ha traducido en el hecho de que el padre tenga al hijo «bajo su control» aunque no exista contacto físico. La conclusión de que el padre que no habita constantemente con los hijos, porque vive parte de la semana o del mes o del año en otra población, o incluso porque se halla ausente de hecho y ve a los hijos esporádicamente, no está exento de responsabilidad. Igualmente, una separación arbitraria no le autoriza para descargar sobre el otro esposo o progenitor las consecuencias desfavorables del cuidado de los hijos⁹⁸⁴.

En mi opinión, es difícil determinar con seguridad lo que signifique esta guarda, pero al menos se entiende que es una facultad de la patria potestad a medio camino entre el deber de velar por el menor y la obligación de convivencia. Más reducida que aquél y más amplia que ésta. FERRER VANRELL, habla de la guarda como «una potestad inferior a la patria potestad que abarca tan sólo el ámbito personal, no patrimonial, de protección al menor»⁹⁸⁵. Asimismo, creo que el

⁹⁸³ También admiten esta teoría: GÓMEZ CALLE, Esther, *La responsabilidad civil de los padres*, *op. cit.*, 309 y SALANOVA VILLANUEVA, Marta, «Aproximación al derecho de visita», *Actualidad Civil*, Núm. 2, 1995, p. 498 y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El derecho de visita*, *op. cit.*, p. 211.

⁹⁸⁴ Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, p. 526).

⁹⁸⁵ «El acogimiento familiar en la Ley 21/87 como modo de ejercer la potestad de guarda», *op. cit.*, p. 321.

legislador ha querido extender la responsabilidad de los padres, incluso más allá de los supuestos en los que el menor no esté con ellos.

b. El tutor debe tener al tutelado «bajo su autoridad» y habitar en su compañía

Según el artículo 1903, tercer párrafo, del Código Civil, al tutor se le exige responsabilidad por los actos del pupilo solo cuando esté bajo su autoridad y viva en su compañía. La autoridad del tutor se entiende por la constitución de la tutela⁹⁸⁶.

En este régimen, a diferencia de lo que sucede con los padres, se requiere que el pupilo conviva con el tutor como requisito indispensable para que exista la relación de dependencia que dé lugar a la responsabilidad. *Sensu contrario*, el tutor no responderá si no habita en compañía del pupilo. La obligación de convivencia parece no reflejarse en lo dispuesto en el artículo 269 del Código Civil⁹⁸⁷. En efecto, resulta coherente pensar que si no hay convivencia entre tutor y tutelado, éste debe vivir solo, con un tercero o en una institución que al final serían los que están ejerciendo la guarda efectiva sobre la persona incapacitada.

La responsabilidad del tutor se admite, incluso cuando hay eventuales separaciones transitorias, las cuales no exoneran de responsabilidad⁹⁸⁸.

Cuando se hubiese atribuido la tutela a más de una persona, todas ellas responderán indistintamente de los daños causados por el pupilo, salvo que haya habido un reparto de funciones entre ellos que permita individualizar el sujeto responsable en cada caso⁹⁸⁹.

⁹⁸⁶ GONZÁLEZ ORVIZ, María Eloina, *Responsabilidad por culpa «in eligendo» o «in vigilando»*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 18-19.

⁹⁸⁷ RUIZ JIMÉNEZ, Juana, «La responsabilidad de los tutores por los daños cometidos por los tutelados», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 715, 2009, pp. 2671-2677 y DE SALAS MURILLO, Sofía, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, *op. cit.*, p. 158.

⁹⁸⁸ *Vid.* DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Responsabilidad civil por daños causados por menores. Aspectos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 160. Al respecto, *vid.* PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Artículos 1902 a 1910», *op. cit.*, p. 2184; DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, «Comentario del artículo 1903», *op. cit.*, p. 30; ROCA I TRÍAS, Encarnación, *Derecho de daños. Textos y materiales*, *op. cit.*, p. 98 y MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, «Artículos 1902 a 1910», *Comentarios al Código civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 2058]. La jurisprudencia, también confirma esta posición en la STS de 7 de enero de 1992.

⁹⁸⁹ Cfr. DÍAZ ALABART, Silvia, «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, p. 828. Análogamente, DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, p. 350.

2. Responsabilidad civil cuando concurre patria potestad o tutela y guarda de hecho

Antes de realizar el análisis de este asunto, es importante hacer una breve alusión a la responsabilidad de las personas que sin ser guardadoras de hecho, se ocupan de hecho de un menor o pupilo.

Para el supuesto de menores, según DE SALAS MURILLO, si la guarda que asiste a los padres es esporádica, éstos siguen respondiendo por el artículo 1903, pero nada impide que posteriormente reclamen responsabilidad a los guardadores ocasionales por vía contractual o extracontractual (cfr. artículo 1902 del Código Civil)⁹⁹⁰. Para DÍAZ ALABART, el artículo 1903 del Código Civil no se aplica a los abuelos, tíos u otros parientes que de forma temporal se ocupen del menor⁹⁹¹. Según LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, se puede encomendar a una persona de confianza el cuidado de un menor. A estos los denomina auxiliares del guardador legal, que no sustituyen a los padres en la obligación legal de responder. Al respecto, advierte que «es posible que los padres aleguen que no tuvieron ninguna culpa *in vigilando*, puesto que no pudiendo vigilar a sus hijos, por motivos legítimos, precisamente se preocuparon de asegurar su correcta vigilancia, pero, aun así, se les puede achacar la culpa *in educando* o culpa *in eligendo*, si la persona a quien confiaron el menor no era la adecuada. De todas formas, cabe que la negligencia del guardador sea de tal entidad que permita su implicación por la vía del artículo 1.902 C.c., liberándose de este modo los padres. Aunque puede que, en algunos casos, quepa la acumulación de responsabilidad del guardador con la del padre o tutor, lo que eventualmente conducirá a una condena solidaria, repartiéndose en la relación interna entre padre y guardador el total del importe de la indemnización»⁹⁹².

Cuando exista una guarda cualificada, como el caso de un Centro de enseñanza, en principio los padres no responden sino éste último por disposición

⁹⁹⁰ Cfr. *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, op. cit., pp. 202-203. Al respecto, en la doctrina hay opiniones en contra. Para FONT SERRA, confundiendo los términos de delegado temporal con guardador de hecho, deben responder tanto los padres como el guardador de hecho temporal (cfr. *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 100).

⁹⁹¹ Para la autora, «en estos supuestos la responsabilidad civil –en su caso–, será de los que tengan en general la guarda del menor» («La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», op. cit., p. 825).

⁹⁹² *La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos*, op. cit., p. 140.

legal expresa (cfr. artículo 1903 del Código Civil). Sin embargo, creo que dicha exclusión no es absoluta porque los progenitores con su conducta negligente pueden contribuir a la causación del daño (*culpa in educando* o *culpa in vigilando*) aunque el menor esté en horario o actividad escolar⁹⁹³.

Por su parte, en el supuesto de un incapacitado que habita en compañía del tutor se admiten separaciones esporádicas, y éstas no justifican la exención de responsabilidad del tutor; aunque el guardador ocasional puede responder por el artículo 1902 del Código Civil. Pero, si el tutelado pasa la mayor parte de su tiempo en un Centro de enseñanza o de día, nada obsta que éste responda por el artículo 1903 (traspaso de responsabilidad al igual que el Centro de enseñanza) siempre que el incapacitado acuda de modo habitual, tengan la infraestructura que permita la vigilancia y el traspaso de responsabilidad se haga por contrato o acuerdo⁹⁹⁴. Si el pupilo no vive en compañía del tutor porque es mejor para su interés que lo haga en otro lugar y con otras personas, éstos asumen la responsabilidad (residencias o acogedores) porque hay un verdadero traspaso de responsabilidad⁹⁹⁵.

En otro extremo, tenemos la problemática de cómo determinar la responsabilidad cuando concurre la patria potestad o tutela y la guarda de hecho.

En el supuesto de menores de edad, la guarda de hecho generalmente se configura ante una conducta negligente de los progenitores o por una discapacidad (los cuales mantienen la patria potestad porque no se les ha privado de ella). Esto significa que hay otras personas (normalmente familiares) que se ocupan del cuidado

⁹⁹³ Cfr. DE SALAS MURILLO, Sofia, *Responsabilidad Civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, op. cit., pp. 204-205; GÓMEZ CALLE, Esther, *La responsabilidad civil de los padres*, op. cit., p. 407; DÍAZ ALABART, Silvia, «Notas a la responsabilidad de los profesores en la nueva Ley de 7 de enero de 1991», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, Núm. 11-12, 1991, p. 445 y ATIENZA NAVARRO, María Luisa, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Comares, Granada, 2001, p. 478.

⁹⁹⁴ Esto es lo que sucede en el ordenamiento francés, donde a partir del Arrêt Blicck (Cass. Civ. Plén. du 29 de marzo de 1991) la Corte de Casación admitió la extensión de la responsabilidad por hecho de otro ex artículo 1384 del Code Civil.

⁹⁹⁵ En la práctica, además de la institución tutelar correspondiente puede ser que el deficiente esté internado en un centro psiquiátrico. Estas normalmente responden por los hechos dañosos ocasionados a terceros, debido al deber de vigilancia que asumen estos centros. En este sentido, la STS de 6 de octubre de 1989 y la STS de 15 de julio de 1994 reconocen que “*aceptado el ingreso de un paciente en el establecimiento psiquiátrico surge un deber legal de custodia del mismo y todo quebrantamiento de la diligencia de vigilancia determina culpa o negligencia*”.

y protección del niño, surgiendo el problema de quién debe responder si el menor ocasiona un daño: los padres o los guardadores.

Esta realidad es compleja, y el Código Civil no otorga una solución en estos casos. En el ámbito penal, a pesar de que el artículo 61.3 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, recoge la responsabilidad del guardador de hecho, no se entiende cuándo efectivamente se configura. De la enumeración de los posibles responsables en «ese orden» se podría inferir que el guardador solo responde ante la ausencia de los anteriores (padres, tutores, acogedores y guardadores legales). Sin embargo, en unos casos se responsabiliza a los padres, en otros a los guardadores de hecho y en otros a ambos. Como vemos no hay una solución uniforme.

A modo de ejemplo tenemos las siguientes sentencias: la Audiencia Provincial de Asturias⁹⁹⁶; condenó, junto con el menor, a los padres; aunque la guarda la ejercía de hecho la abuela: *«Primero.- (...) por cuanto como bien indica el juez de menores en el presente caso lo que ha existido es una dejación total de las funciones que corresponden a los padres, habiendo sido el menor atendido por la abuela ante la falta de cuidado y atención prestados, no existiendo respecto de dicho menor a diferencia de sus hermanos, resolución judicial alguna declarando su situación de desamparo, y que evidencie que los padres no tenían su guardia y custodia, por lo que ostentando aquellos la patria potestad de su hijo, y no acreditándose la imposibilidad de ejercer las funciones inherentes a la misma es evidente que procede la íntegra confirmación en este punto de la sentencia recurrida, pues el deber de vigilancia, control y custodia permanece a favor de la persona o entidad a la que se le ha encomendado esta labor y no puede trasladarse la responsabilidad a otra persona diferente de la prevista mientras no se asuma de forma expresa y legalmente, por lo que los citados recurrentes deberán responder solidaria conjuntamente con su hijo Esteban de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de su comportamiento»*. Al parecer, el fundamento para que el Tribunal desatienda la petición de los recurrentes es el incumplimiento de sus deberes hacia el menor, de lo contrario favorecería la desidia de los progenitores.

⁹⁹⁶ Vid. SAP Asturias de 16 de diciembre de 2004. De modo distinto, vid. SAP Cáceres de 5 de abril de 2005.

Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 9 de mayo de 2003, condena a los abuelos maternos como guardadores de hecho por la incapacidad o imposibilidad de los padres. En esta sentencia se analizan los siguientes hechos: *«sobre las 16 horas del 3 de mayo de 2001, la menor, María Purificación, en compañía de otras mujeres de su familia, rodeó, en la calle Río Ebro de la localidad de Miranda de Ebro, a Susana, con motivo de que ésta había reprendido a un niño de la familia de aquéllas, que a su vez, había zarandeado a la hija de Susana. En el curso de la discusión que surgió, la menor golpeó en la cara a Susana, causándole heridas consistentes en herida inciso contusa en puente nasal y contusiones en ambas mejillas que requirieron para su sanidad tan solo la primera asistencia facultativa, no precisando tratamiento médico ni quirúrgico y curando en 7 días. Con ocasión de la agresión se rompieron las gafas de Susana que tuvo que comprar otras por el valor de 98'27'' y se afirma que “en el presente caso queda acreditado que una guarda legal y de hecho por parte de los abuelos maternos Luis Alberto y Melisa (prueba documental incorporada al folio 44 de las actuaciones) ejercitada durante el periodo en el que los hechos sometidos a enjuiciamiento acaecen, debiendo por ende responder los abuelos maternos solidariamente de los daños causados por la nieta, María Purificación, sin que quede acreditado, a través de prueba de descargo aportada por parte de los obligados, circunstancia alguna que lleve a una moderación mayor de la fijada por el Juzgador de instancia a la hora de determinar el quantum indemnizatorio del que deben responder los obligados por la vía civil».*

Finalmente, en otro supuesto se condena a los padres y al guardador de hecho. El caso era el siguiente: *«(...) el menor convivía con su abuela desde los ocho años debido a los problemas de consumo de tóxicos de los padres y de absentismo escolar. Y que en base a un acuerdo no documentado, pero admitido por toda la familia y el propio menor, la abuela pasaba a ostentar la guarda de hecho. No obstante, los padres no solo seguían ostentando la patria potestad, sino también un frecuente contacto con el mismo. El propio padre ha reconocido que la madre se ocupaba de él, durmiendo, comiendo y cenando en dicho domicilio, donde acudían a verlo, y no existe duda de que la madre del menor condenado se ocupaba de él, en coordinación con los servicios sociales de la zona, de que a sus hijos no les faltase ni*

de comer ni de vestir (...). Por lo que a la Sra. Emma se refiere, ésta deviene en una guardadora de hecho; figura de protección del menor contemplada en los arts. 303 a 306 del Código Civil y que también prevé el reiterado art. 61.3 de la LORPM. Y a tenor de lo anteriormente señalado, teniendo en cuenta que tenía a su cargo esas funciones de cuidado, protección y educación (el menor estaba matriculado también en un colegio de la zona donde residía su abuela) propias de la patria potestad o la tutela, ha de responder solidariamente de los perjuicios causados por el menor, pues, contrariamente a lo que se afirma en el recurso, ese art. 61.3 de la LORPM no excluye su responsabilidad a pesar de que también tenga unos padres que ejercen la patria potestad, como en este caso, quienes, evidentemente, también deben responder por esta circunstancia y por mantener, pese a esa delegación, sus facultades de superior vigilancia y cuidado (...)»⁹⁹⁷.

En el caso de la tutela, por otro lado, el tutor solo responde de los actos dañosos del pupilo si está bajo su autoridad y habita en su compañía. En mi opinión, si en esta hipótesis se presentara también una guarda de hecho, esta haría decaer el presupuesto de la convivencia. En consecuencia, ante un daño ocasionado por el incapacitado, no responde el tutor. El artículo 269 del Código Civil no impone el deber de convivencia; por lo tanto, normalmente, el incapacitado vivirá solo, con familiares o en alguna institución; quienes ejercerán la guarda efectiva sobre aquél⁹⁹⁸ y, en consecuencia, se les podría hacer responsables *ex* artículo 1903 del Código Civil de acuerdo a una interpretación extensiva del precepto.

En fin, siguiendo a YZQUIERDO TOLSADA, considero que otorgar una solución uniforme en materia de responsabilidad civil a los supuestos de guarda de hecho resulta ser bastante complicado, porque «una cosa es que, existiendo padres o tutor, haya también una persona que se ocupa de hecho del menor, y otra bien distinta la situación del guardador de hecho propiamente dicha que se ocupa de él ante la falta de patria potestad o de tutela constituida legalmente»⁹⁹⁹.

⁹⁹⁷ Vid. SAP Barcelona de 7 de abril de 2011.

⁹⁹⁸ Cfr. RUIZ JIMÉNEZ, Juana, «La responsabilidad de los tutores por los daños cometidos por los tutelados», *op. cit.*, p. 2672.

⁹⁹⁹ *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 262.

E. Derecho de repetición

Determinada la responsabilidad de padres y tutores, e incluso la de los guardadores, surge la interrogante si éstos tienen derecho a repetir contra el menor o pupilo. Para llegar a una solución, es de interés hacer un breve estudio del artículo 1904 del Código Civil para después determinar si se aplica a los sujetos referidos.

Según este precepto: «*El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho. Cuando se trate de Centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño*».

Esta norma ha sido criticada por la doctrina por su falta de correspondencia con el artículo 1903 que recoge una presunción *iuris tantum* de culpabilidad. Se entiende que si el empresario o el Centro docente de enseñanza no superior responden *ex* artículo 1903 es porque no han podido demostrar su falta de culpa y no es lógico que por el artículo 1904 se eximan de su responsabilidad recuperando lo pagado al perjudicado (derecho de repetición). Ante esta situación, la doctrina ha dado dos explicaciones. Primero, que la repetición no es por el todo sino por la proporción una vez que se hayan ponderado las culpas¹⁰⁰⁰. Segundo, que la responsabilidad del empresario y de los Centros docentes de enseñanza no superior es objetiva, pudiendo repetir lo pagado del autor material del daño¹⁰⁰¹.

Al respecto, GÓMEZ CALLE opina que «hay que partir del fundamento culpabilístico del art. 1903 CC en todas sus hipótesis, pues a todas ellas se refiere el último párrafo de ese precepto». Asimismo, en relación a la ponderación, esta autora cree «muy difícil justificar el desvío del claro tenor literal del art. 1904 CC en cuanto a la extensión de la repetición, más aún si se tiene en cuenta que la Ley 1/1991¹⁰⁰², al añadirle un segundo párrafo, insiste en referirlo a todas las cantidades satisfechas,

¹⁰⁰⁰ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Responsabilidad por hecho ajeno», *op. cit.*, p. 5957; ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y la enseñanza*, Montecorvo, Madrid, 2000, p. 165; PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Artículos 1902 a 1910», *op. cit.*, p. 2187 y DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, pp. 365-366.

¹⁰⁰¹ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 361 y RUBIO GARCÍA-MINA, Jesús, *La responsabilidad civil del empresario. Discurso leído el día 11 de enero de 1971*, *op. cit.*, pp. 56-57;

¹⁰⁰² Ley de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado.

debiendo ser conocida por el legislador la polémica relativa al alcance de esa facultad». Finalmente concluye que «del juego de los arts. 1903 y 1904.I CC resulta lo siguiente: de un lado, se amplían las posibilidades del perjudicado de obtener un resarcimiento, por lo que, frente a él responden, además de los dependientes que hubieran causado el daño culposamente, el empresario que hubiera contribuido a ello con su propia actitud negligente, reveladora de un defecto en el funcionamiento de la empresa; mas, en el plano interno y definitivo, el único llamado a responder es el causante material y directo del daño, contra el que el empresario puede repetir todo lo pagado. La negligencia del empresario se sanciona haciéndole responder en primera instancia, e incluso definitivamente, si no repite o lo hace sin éxito por insolvencia del dependiente; así, el riesgo de insolvencia del agente directo del daño recae sobre él, lo que también supone un claro beneficio para el perjudicado»¹⁰⁰³. Según esta autora, la responsabilidad, en última instancia, es solo del ejecutor material del daño. Esta postura la recoge el BGB (§840.I y II), estableciendo que la solidaridad solo opera frente a la víctima y no en la relación interna; de modo que si el autor material del daño paga la indemnización, nada tiene que reclamar al encargado de su vigilancia¹⁰⁰⁴.

Otro aspecto de interés, es saber si el término «dependiente», recogido en el artículo 1904, se puede entender en un sentido amplio. Una parte de la doctrina se muestra contraria a esta posibilidad, porque solo reconoce el derecho de repetición al empresario y al titular del Centro docente de enseñanza no superior; además, al tratarse de un precepto desfavorable no puede interpretarse ampliamente¹⁰⁰⁵. Asimismo, no puede repetir el padre o tutor porque su responsabilidad basada en una culpa propia, de lo contrario por esta vía tendrá la posibilidad de eximirse de toda responsabilidad¹⁰⁰⁶. Autores, como ALBALADEJO GARCÍA, que defienden la responsabilidad subsidiaria *ex* artículo 1903 del Código Civil, consideran que quien

¹⁰⁰³ «Capítulo V. Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», *Tratado de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 432.

¹⁰⁰⁴ Cfr. LATOUR BROTONS, Juan, «Responsabilidad civil de los incapaces», *op. cit.*, p. 155.

¹⁰⁰⁵ Cfr. RICO PÉREZ, Francisco, *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1980, p. 106.

¹⁰⁰⁶ Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, «Artículo 1904», *Comentario del Código civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, Díez-PICAZO, Luis y otros (Dirs.), t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2035.

responde de los daños nada tiene que reclamar contra el autor material¹⁰⁰⁷. Por otro lado, parte de la doctrina admiten la posibilidad de repetición cuando el menor o el pupilo sean imputables civiles (con capacidad suficiente para entender las consecuencias de sus actos dañosos)¹⁰⁰⁸.

En mi opinión, creo que los padres o tutores, e incluso guardadores de hecho, tienen posibilidad de recuperar lo pagado, pero no acudiendo al artículo 1904 que sólo está pensado para sujetos específicos; sino al artículo 1145 del Código Civil¹⁰⁰⁹. Una vez satisfecha la indemnización al perjudicado, se realiza una apreciación real de la proporción de las culpas y se repite por lo correspondiente. Esta actividad es difícil, pero los tribunales lo hacen¹⁰¹⁰.

En esta línea se sitúan los *Principles European Tort Law*. Este texto sí contempla expresamente la relación entre el perjudicado y la pluralidad de responsables, estableciendo, como regla general, la solidaridad (cfr. artículo 9:101). Además, regula con detalle la consiguiente acción de regreso en el artículo 9:102: «*La persona sujeta a responsabilidad solidaria tiene derecho de regreso frente a cualquier otra persona que sea responsable ante la víctima por el mismo daño (...)*».

¹⁰⁰⁷ Cfr. *Derecho Civil II*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 515.

¹⁰⁰⁸ Cfr. ROCA I TRIAS, Encarnación, *Derecho de daños. Textos y materiales*, op. cit., p. 101; ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 675, 2003, p. 22; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos*, op. cit., p. 196; SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil. Temas actuales*, op. cit., p. 278; GÓMEZ CALLE, Esther, *La responsabilidad civil de los padres*, op. cit., p. 102; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Responsabilidad civil extracontractual», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 2, 1983, p. 453; FARNÓS AMORÓS, Esther, FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio y SEUBA TORREBLANCA, Joan, «Daños causados por personas con trastornos mentales», Barcelona, 2004, http://www.indret.com/pdf/205_es.pdf (consulta: 14 de diciembre de 2015); SALVADOR CORDECH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio, «Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», op. cit.; GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, Madrid, 1852, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/concordanciasDelCodigoCivilT4.pdf> (consulta: 14 de diciembre de 2015) y MARTÍN-CASALS, Miquel, «La responsabilidad por hecho ajeno en los “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil”», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), Dykinson, Madrid, 2007, p. 507.

¹⁰⁰⁹ Vid. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Capítulo 47. La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», op. cit., pp. 989-990. ABRIL CAMPOY expresa que «si los padres satisfacen la indemnización por los daños causados por su hijo, van a poder, en la vertiente interna de la solidaridad, al haberse extinguido por pago la relación obligatoria solidaria, dirigirse contra el hijo causante del daño y nivelar así su situación patrimonial» («La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», op. cit., p. 23).

¹⁰¹⁰ PARRA LUCÁN, Ángeles, «Artículos 1902-1910», op. cit., pp. 3332-3333.

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado (3) de este artículo, la cuota de ese derecho será la que se considere justa a la luz de las respectivas responsabilidades por el daño, en cualquier otro aspecto relevante para establecer o reducir la responsabilidad. El importe de regreso puede ascender al importe total de la indemnización. Si no puede determinarse la responsabilidad que corresponde a cada una de las personas responsables, se considerarán responsables por igual. (...) La obligación de responder en vía de regreso por la parte respectiva es parciaria, es decir la persona obligada responde sólo por la cuota de responsabilidad que, según este artículo, le corresponda por el daño»¹⁰¹¹.

Por último, se podría plantear la posibilidad de reconducir la acción de regreso desde la remisión que hace el artículo 306 del Código Civil al artículo 220 (derecho del tutor –entiéndase también guardador de hecho– a la indemnización con cargo a los bienes del tutelado si no se puede resarcir de otro modo). Sin embargo, el artículo 220 del Código Civil alude a situaciones donde no ha intervenido culpa o negligencia, y a los daños ocasionados al propio tutor y no a los terceros¹⁰¹².

III. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO PENAL: CÓDIGO PENAL DE 1995 Y LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

El Código Penal y la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores también recogen supuestos donde una persona responde civilmente por otra que comete un acto ilícito penal. Se reconoce la responsabilidad de padres y tutores por los hechos de los hijos o pupilos (cfr. artículos 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000 y 118.1.1º y 120.1 del Código Penal) y la de los titulares de establecimientos o empresas (cfr.

¹⁰¹¹ Aunque estos Principios no tienen fuerza vinculante para los Estados miembros, sirven de criterio de referencia a los órganos judiciales en defecto de la norma nacional aplicable, o cuando no exista unanimidad en la interpretación de la misma.

¹⁰¹² Para ROGEL VIDE, «el juego del 1903 impide el del 220, porque si hay condena sobre la base del 1903, la culpa –aunque no haya pronunciamiento expreso sobre la misma– ya de suyo, presumiéndose además, desde el principio, en clave de responsabilidad subjetiva; en la objetiva se responde sin más, por encima y al margen, en ocasiones, de la culpa, pero se responde. Siendo ello así, es impensable, en mi opinión, repetir contra el patrimonio del guardado por parte de quien haya sido condenado *ex* artículo 1903 (...), el 220 se refiere a daños y perjuicios causados a las personas que ejercen funciones tutelares sin culpa por su parte, que no a los causados a terceros por las personas de que, en base al 1903, deben responder aquellas» (*La guarda de hecho, op. cit.*, p. 140).

artículo 120 numeral 2, 3 y 4 del Código Penal), pero muy distinta al régimen que recoge el Código Civil. Asimismo, se registran otros casos de responsabilidad como la de los de los guardadores legales o de hecho de menores o incapaces (cfr. artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000 y 118.1.1º del Código Penal) y acogedores (cfr. artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000); pero se omite toda referencia a los centros docentes¹⁰¹³.

Este tratamiento asistemático del ordenamiento jurídico español ha sido blanco de muchas críticas¹⁰¹⁴. FÁBREGA RUIZ considera que «debemos partir de que el delito, además de constituir un ilícito penal constituye también un ilícito civil»¹⁰¹⁵. Por su parte, RUIZ VADILLO indica, que la ordenación sustantiva de las responsabilidades civiles procedentes de delito o falta y de los actos u omisiones no delictivos, en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, debiera ser idéntica, independientemente del texto legal en que la misma se regulase, ya que la responsabilidad civil derivada del delito no pierde su naturaleza civil por ser ejercitada en un proceso penal. Esta doble regulación provoca que el ordenamiento español presente en esta materia una gran cantidad de problemas, sin que exista una razón válida que determine la necesidad de la duplicidad¹⁰¹⁶.

Asimismo, ROGEL VIDE, en su estudio histórico de la cuestión del año 1977, acerca de la guarda de hecho y su falta de correspondencia con la materia penal, precisaba que era curiosa la disociación, incluso la contradicción posible, entre el Código Penal, que admite la guarda de hecho, y el Código Civil, que no solo guarda silencio al respecto, sino que, a mayor abundamiento, fija con rigor las formalidades

¹⁰¹³ Para alguna parte de la doctrina, la expresión «guardadores de hecho» del art. 61.3 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor incluye a los centros de enseñanza, de lo contrario «la laguna es monumental» (cfr. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Capítulo 47. La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, p. 953). Esta consideración también se encuentra en la SAP Cantabria de 23 de diciembre de 2003: «En definitiva, el centro de enseñanza se va a equiparar a guardador de hecho (entendiendo por tal, en sentido amplio, aquella persona que, por iniciativa propia o por acuerdo con los padres o tutores, ejercita funciones de guarda, de forma continuada e independiente), ya que asumen por delegación las funciones de vigilancia y guarda de los menores desde su entrada en el centro hasta la salida del mismo, durante la jornada lectiva de forma regular durante todo el año escolar (sin olvidar, lógicamente, el relevante papel que desempeña en la formación y educación del menor)»

¹⁰¹⁴ No obstante, MANZANARES y CREMADES celebraron que se abandonara en su día la iniciativa de remisión de la responsabilidad civil del ámbito penal a las normas del Código Civil (cfr. *Comentarios al Código penal*, La Ley, Madrid, 1996, p. 54).

¹⁰¹⁵ *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰¹⁶ Cfr. *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1985, pp. 393-394.

requeridas para las instituciones tutelares previstas en el mismo¹⁰¹⁷. Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA advierte que «responsabilidad civil pura y responsabilidad civil derivada del delito son exactamente lo mismo. No existe propiamente eso que se da en llamar “*responsabilidad civil derivada del delito*”: la responsabilidad civil deriva solo del daño, y el hecho de que la acción que lo generó sea además constitutiva de infracción penal en nada modifica la naturaleza de la obligación. Como tampoco la modificará el que el hecho tenga repercusiones en otros sectores del ordenamiento (laboral, tributario, etc.). Así, si por los daños causados por el trabajador dependiente responde su empresario, y el hecho es también merecedor de despido, no por ello hablaremos de “responsabilidad civil derivada del ilícito laboral”, ni habrá que ir a buscar las normas reguladoras de la responsabilidad al estatuto de los Trabajadores. Las normas que sobre responsabilidad civil hay en el Código Penal y en la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores, son normas civiles»¹⁰¹⁸.

Comparto con DÍAZ ALABART que este tratamiento asistemático no tiene ningún sentido, no obstante, la única justificación a este «error» es la razón histórica. En España, la promulgación del Código Civil no se produjo hasta 1889 debido al rechazo que sufrió el Proyecto de Código Isabelino de 1851 por parte de los defensores de los derechos forales. Sin embargo, tal situación no impidió la publicación del Código Penal en el año 1822. Esto provocó que el legislador penal creyera necesario regular la responsabilidad civil derivada del delito o de la falta, a la espera de que el Código Civil vea la luz; pero las cosas no se dieron como se esperaba. Promulgado el Código Civil, se mantiene la dualidad de regímenes¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁷ Cfr. *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰¹⁸ «La responsabilidad civil en el proceso penal», *Tratado de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 447. De forma similar, *vid.* SILVIA MELERO, Valentín, *El problema de la responsabilidad en el Derecho penal*, Reus, Madrid, 1951, p. 38; DE SALAS MURILLO, Sofía, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, *op. cit.*, p. 111; BUSTO LAGO, José Manuel, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 259; GRACIA MARTÍN, Luis, ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 418 y Díez-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 279-283.

¹⁰¹⁹ «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, p. 800. Están de acuerdo con este planteamiento, entre otros, PACHECO, Joaquín

Otros países como, por ejemplo, Portugal, Italia, Suiza y Alemania no tienen esta doble ordenación.

En realidad, la duplicidad en la regulación conlleva una gran inseguridad debido a la disparidad de resultados que puede generar. De momento, es importante «realizar una labor integradora entre las normas civiles y penales, para evitar que tal dualidad desemboque, en la práctica, en situaciones diferentes ante pretensiones idénticas»¹⁰²⁰.

Continuando con las diferencias entre ambos textos legales, en el Código Penal, para exigir responsabilidad a los guardadores del inimputable hace falta demostrar la culpa de éstos (artículo 118.1.^a: en los casos de alteración o anomalía psíquica «son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su patria potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables. Los jueces o tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos»); y artículo 120.1: «Son también responsables, en defecto de la responsabilidad de los que lo sean criminalmente: (...) los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia»)¹⁰²¹; en cambio, el artículo 1903 del Código Civil presume la culpa¹⁰²².

Francisco, *Código Penal comentado y concordado*, Edisofer, Madrid, 2000, p. 279; GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos de Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la Legislación española*, Imprenta de Vicente de Lalama, Madrid, 1874, p. 82 y ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *op. cit.*, p. 12.

¹⁰²⁰ YÁÑEZ VIVERO, María Fátima, «La responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por personas que sufren un trastorno psíquico: dualidad normativa y necesidad de unificación», *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, BLASCO GASCÓ, Francisco, CLEMENTE MEORO, Mario y otros (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 2947.

¹⁰²¹ *Vid.* SAP Madrid de 21 de octubre de 2010, que no condena a los padres en cuanto guardadores de hecho porque no se ha acreditado que hayan actuado de manera culposa o negligente respecto al control que pudieran tener de su hijo. En cambio, reconoce esta culpa la SAP Álava de 12 de noviembre de 2008. Se trata de un caso en que los padres de un hijo esquizofrénico con patria potestad rehabilitada y encargados de su cuidado desde hacía años no solicitan su ingreso no voluntario a pesar de notar aumento de la agresividad en días previos a los hechos. «Por su condición de padres, máxime teniendo la patria potestad rehabilitada, y, en todo caso, de guardadores legales o de hecho (art. 303 CC), de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 757 1 y 3 y 763 LEC, debieron poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o el Juzgado o en su caso de las autoridades sanitarias la situación del

El Código Penal exige que la víctima pruebe la culpa de los progenitores o del guardador, legal o de hecho; y de este modo se ha pronunciado alguna jurisprudencia menor. Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 8 de junio de 1999, en la que se exime de responsabilidad a los padres, como guardadores de hecho de una persona que, en pleno episodio psicótico agudo, lesiona a otro con un cuchillo. La exención de la responsabilidad de los guardadores se fundamenta en que éstos «*logran demostrar una diligencia en la asistencia y cuidado de su hijo, mayor de edad no incapacitado*». «*Pero –añade el Tribunal– la ley no exigía tanto para que evitaran ser condenados civilmente; y era el perjudicado el que debía acreditar que había mediado culpa o negligencia por su parte, cuestión que no logra, y que ni siquiera se concreta o especifica en que consistió*» (Fundamento Jurídico Cuarto)¹⁰²³.

El diseño de la responsabilidad de los padres y tutores también es diferente. En el Código Civil, la responsabilidad de estos sujetos, recogida en el artículo 1903, es directa, porque la víctima del daño puede demandar directamente al responsable,

denunciado, para que se pudiera proceder al internamiento no voluntario, y, sin embargo, no lo hicieron, por lo que, ex. Art. 1104 CC, no cumplieron con la diligencia que exigía su obligación como padres, con patria potestad rehabilitada y guardadores legales o de hecho, que correspondía a las circunstancias de la persona del denunciado (peligro de causación de perjuicios o lesiones) y de la época (enfermedad grave) que estaba pasando éste (...). Puede que efectivamente el denunciado no haya estado ingresado siempre en un centro psiquiátrico porque los médicos no lo han considerado procedente, y probablemente no haya sido una medida necesaria en todo momento, pero la obligación de los padres era realizar un cierto control sobre el denunciado y poner en conocimiento de los servicios médicos o judiciales la situación de riesgo, si empeoraba su salud mental, y, al no haber cumplido tal obligación, le es imputable, según el art. 118 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), la responsabilidad civil correspondiente. Aunque controlaran su medicación y le atendieran y vigilaran la asistencia del enfermo al psiquiatra (no siempre) omitieron esa obligación de comunicación o notificación antes reseñada, que se muestra como esencial en personas de cierto peligro para las personas, como era el caso, según hemos indicado».

1022

Según YZQUIERDO TOLSADA, la diferencia de ambos regímenes reside en el temor del legislador de imponer una presunción de culpa en el ámbito penal (cfr. «La responsabilidad civil en el proceso penal», *op. cit.*, p. 456). Sin embargo, para YÁÑEZ VIVERO, «Hoy carece de sentido (...), partir de una presunción de responsabilidad de los tutores y acogedores y de la consiguiente exención de responsabilidad de los sometidos a tutela o guarda de hecho. Lo lógico sería partir, justamente, de lo contrario: los incapaces son responsables salvo que se pruebe que carecían del mínimo grado de discernimiento y, por ende, los tutores y guardadores no responden salvo, obviamente, que se pruebe su falta de diligencia en el cuidado y atención de los incapaces. Habrá que pensar, pues, en extender la aplicación de las normas del Código Penal (sobre la responsabilidad de los incapaces y de sus guardadores) a la responsabilidad por hechos dañosos que no sean constitutivos de delitos» [«La responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por personas que sufren un trastorno psíquico: dualidad normativa y necesidad de unificación», *op. cit.*, pp. 2938-2939].

1023

En idéntico sentido, *vid.* SAP Santa Cruz de Tenerife de 12 de abril de 2000.

sin necesidad demandar al causante material del daño; en cambio, en el artículo 120.1 del Código Penal es subsidiaria¹⁰²⁴, y en el artículo 118.1.^a se «entiende» que es directa¹⁰²⁵. En relación a éste último precepto, es ejemplificativa la sentencia de la

¹⁰²⁴ Este artículo crea muchas incertidumbres. No se sabe a qué supuestos de responsabilidad se refiere. Se trata de mayores de edad, imputables penalmente, que por alguna razón (no se sabe exactamente cuál) no responden en el ámbito civil, y que en su lugar lo harán las personas que tienen la patria potestad o tutela. Algunos han justificado su existencia para los casos de daños ocasionados por mayores de edad con el vehículo de sus padres (*vid.* LÓPEZ GARRIDO, Diego y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Closas-Orcodor, Madrid, 1996, p. 79). Otros consideran que éste artículo únicamente podría referirse a la patria potestad prorrogada o a la tutela, y como estas situaciones ya están previstas en el art. 118 CP, no tiene sentido mantener el artículo. Su presencia solo se puede justificar, si se trata de un mayor de edad que sea inimputable civil, pero no penal; cosa que no se da frecuentemente por lo que el artículo está demás (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «La responsabilidad civil en el proceso penal», *op. cit.*, p. 459; «Capítulo 47. La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, p. 946 y *Aspectos civiles del nuevo Código penal. Responsabilidad Civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos*, *op. cit.*, pp. 265-269). Empero, algunos autores creen, que si al menos un caso puede encajar en la norma está justificada su presencia (cfr. DE SALAS MURILLO, Sofía, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, *op. cit.*, p. 103 y GRACIA MARTÍN, Luis, ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, *op. cit.*, p. 453). Por su parte, según YÁÑEZ VIVERO, este artículo puede resultar aplicable a la curatela: «si en lugar de “padres y tutores” el citado precepto se hubiese referido a la figura del curador, probablemente gozaría de mayor utilidad porque el sometido a curatela (...) puede comprender perfectamente el significado y trascendencia del ilícito penal cometido, a pesar de la anomalía psíquica que padezca» ([«La responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por personas que sufren un trastorno psíquico: dualidad normativa y necesidad de unificación», *op. cit.*, p. 2943 (nota 26).

¹⁰²⁵ Según la doctrina mayoritaria este razonamiento se desprende de término «también» y de la facultad moderadora del juez (*vid.* GRACIA MARTÍN, Luis, ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, *op. cit.*, pp. 442-443; DE PABLO CONTRERAS, Pedro, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel y PARRA LUCÁN, Ángeles, *Curso de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Colex, Madrid, 2000; DE SALAS MURILLO, Sofía, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, *op. cit.*, p. 100 y BERENGUER ALBALADEJO, María Cristina, «Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros: especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del *Common Law*», *op. cit.*, p. 37). Sin embargo, para YÁÑEZ VIVERO, la responsabilidad del art. 118.1.^a CP debería ser subsidiaria porque ya hay un responsable civil principal (cfr. «Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por personas que sufren un trastorno psíquico: Dualidad normativa y necesidad de unificación», *op. cit.*, p. 2942). Por otro lado, este artículo ha sido blanco de muchas críticas por la interpretación de la expresión «(...) responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables (...)», no se entiende cómo el legislador, que en un primer momento recoge la inimputabilidad criminal, luego, en la última línea del párrafo, alude a la responsabilidad civil de los imputables. De las múltiples explicaciones –error del legislador o que es un inciso innecesario– (*vid.* GRACIA MARTÍN, Luis, ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*

Audiencia Provincial de Cantabria, de 14 de diciembre de 1998 (jurisdicción penal). El caso trataba de una persona que resulta detenida por la Policía en el momento en que se encuentra rompiendo las barandillas de la valla delimitadora de la calle con la acera y guardándolas en un cajón. Asimismo, consta un informe facultativo del médico forense en el que se diagnostica «una esquizofrenia residual con efectos de disminución notable de sus facultades mentales, sobre todo conciencia y voluntad, bases psicopatológicas de la imputabilidad». La Audiencia considera que, a pesar de ser inimputable penalmente, por concurrir la eximente de anomalía psíquica, su responsabilidad civil es directa (art. 118.1.^a), sin perjuicio de la responsabilidad, que esta sentencia considera también directa –y no subsidiaria–, de quienes tengan al enajenado bajo potestad, guarda legal o de hecho, siempre que hubiese mediado culpa (Fundamento de Derecho Primero).

Por su parte, la responsabilidad del empresario por el hecho de los dependientes es subsidiaria en el Código Penal (cfr. artículo 120.4) y directa en el Código Civil (cfr. artículo 1903.4).

Respecto a la responsabilidad plural, en el Código Penal se consagra expresamente como solidaria, junto a la responsabilidad del inimputable penal que es responsable directo (cfr. artículo 116.2)¹⁰²⁶; en cambio, en el ámbito civil no se recoge expresamente¹⁰²⁷; por ello se aplicaría la no presunción de solidaridad recogida *ex* artículo 1137 del Código Civil¹⁰²⁸. No obstante, en esta materia, el

español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit., p. 443); lo más convincente es, que la inimputabilidad criminal no excluye la imputabilidad civil; un inimputable penal puede tener la capacidad para valorar mínimamente las consecuencias de sus actos (cfr. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, op. cit., pp. 64 y 259* y DE SALAS MURILLO, Sofía, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación, op. cit., p. 99*).

¹⁰²⁶ El Código Penal anterior (art. 20.1^a) cargaba directamente la responsabilidad por hechos cometidos por los inimputables a aquellas personas que los tuvieran bajo su potestad, tutela o guarda, salvo el caso de que esas personas no existieran o fueran insolventes.

¹⁰²⁷ Cfr. DE SALAS MURILLO, Sofía, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en la que concurre causa de incapacitación, op. cit., p. 114*.

¹⁰²⁸ Art. 1137 CC: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria».

Tribunal Supremo ha reiterado que en las obligaciones derivadas de un ilícito civil rige la solidaridad como medio de protección al perjudicado¹⁰²⁹.

Finalmente, los sujetos responsables del Código Civil no coinciden con los del ámbito penal. El artículo 118.1.^a del Código Penal y el 61.3 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, mencionan expresamente como posibles responsables a los guardadores de hecho; en cambio, el artículo 1903 del Código Civil guarda silencio al respecto. Esta situación permite que en un ámbito el guardador de hecho resulte exento de responsabilidad y en otro responda por los daños cometidos por el menor o el pupilo.

El artículo 61.3 de La Ley 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores¹⁰³⁰, establece: *«cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de 18 años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando estos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos»*.

¹⁰²⁹ Vid. STS de 6 de noviembre de 1980; STS de 2 de marzo de 1981 y STS de 9 de junio de 1992.

¹⁰³⁰ Esta ley introdujo varios cambios en el ámbito de las personas responsables y la clase de responsabilidad. Bajo la vigencia del Código Penal de 1973, la responsabilidad civil de los padres o guardadores legales derivada de delito se limitaba a los supuestos de hechos cometidos por menores de 16 años, siempre que interviniera por parte del guardador culpa o negligencia. En cuanto a la responsabilidad de los titulares de centros docentes de enseñanza, se imponía de forma subsidiaria, también para casos de menores de 16 años; y tratándose de mayores de 18 años, el art. 120 del Código penal de 1995 establece la responsabilidad civil, de carácter subsidiario, de padres y tutores respecto de los daños y perjuicios derivados de delito o falta cometidos por aquellos, siempre que se encuentren sujetos a patria potestad o tutela, que vivan en su compañía y que haya mediado culpa o negligencia en el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad o tutela. Con arreglo a la normativa antes vigente no se permitía en el procedimiento de menores el ejercicio por los particulares perjudicados de ningún tipo de acciones, ni de naturaleza penal ni civil, remitiendo a éstos a los Tribunales ordinarios del orden civil, por la clase de juicio que procediera, para el ejercicio de las acciones civiles (arts. 14 y 15.2 de la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, Ley 4/1992 de 5 de junio), mientras que ahora se permite el ejercicio por los perjudicados de las acciones civiles en la pieza de responsabilidad civil (art. 61 y siguientes LO 5/2000), sin perjuicio de que las partes puedan promover juicio ordinario sobre la misma cuestión, al no producir efectos de cosa juzgada la sentencia en este procedimiento (art. 64.10^a).

La norma establece una responsabilidad más severa (objetiva y solidaria) y exige «un orden»¹⁰³¹. Este precepto resulta problemático: primero, porque no es coherente que a la solidaridad se le imponga un orden; y segundo, porque no aclara si la facultad moderadora de la responsabilidad es respecto a las relaciones externas o internas.

Del artículo resulta que el guardador de hecho se equipara a los «padres, tutores, acogedores y guardadores legales», pero, al establecerse un «orden»¹⁰³², cabe pensar que solo se podrá exigir su responsabilidad cuando no existan los anteriores. Al parecer, se presupone que si existen los padres, tutores o acogedores, no hay guardador de hecho. Sin embargo, es posible que, estando determinada la filiación y atribuida la patria potestad (o nombrado un tutor o constituido un acogimiento) exista, de hecho, una guarda ejercida por otra persona. «Los guardadores de hecho se colocan en la escala de responsabilidad en el punto más bajo, lo que no significa que no deban asumir la responsabilidad civil cuando el menor esté bajo su cargo»¹⁰³³.

Si el daño se ha producido por falta de vigilancia y control del menor, el guardador debe responder¹⁰³⁴. Se parte de una «interpretación finalista de la norma, en la línea de entender que el legislador ha querido elaborar una relación de responsables *en potencia*. Para serlo *en acto*, es preciso que los llamados a responder sean quienes en el momento de cometerse la acción dañosa ostenten la guarda del menor responsable penal»¹⁰³⁵.

Respecto a la facultad moderadora del juez, siguiendo a YZQUIERDO TOLSADA, creo que está pensada para las relaciones internas entre los codeudores. La

¹⁰³¹ Vid. PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores, «Capítulo XV. La responsabilidad civil derivada de la infracción (II)», *El sistema español de justicia juvenil*, HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel (Coord.), Dykinson, Madrid, 2002, pp. 340-348.

¹⁰³² La expresión «por este orden» es muy controvertida. Las líneas interpretativas que al respecto se han suscitado van desde la tesis de la responsabilidad cumulativa, en la que se admite que puedan responder solidariamente los sujetos de más de una clase, pasando por la de la responsabilidad en cascada (responden en primer lugar los primeramente nombrados y, en su falta o insolvencia, los segundos, y así sucesivamente), para finalizar con la de la responsabilidad excluyente (se responde por el orden legalmente establecido sin que exista posibilidad de pasar a la clase siguiente en el supuesto de insolvencia).

¹⁰³³ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Responsabilidad civil por daños causados por menores. Aspectos sustantivos y procesales*, *op. cit.*, pp. 156-157.

¹⁰³⁴ Vid. SAP Málaga de 10 de abril de 2014.

¹⁰³⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Capítulo 47. La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, p. 950.

norma se refiere a la potestad de moderar la responsabilidad del sujeto y no la responsabilidad en general¹⁰³⁶.

IV. OTROS POSIBLES RESPONSABLES

Más allá de la configuración de la responsabilidad civil del guardador de hecho, es probable que otras personas también incurran en ella. La Ley de Enjuiciamiento Civil enumera una serie de sujetos que, o bien tienen la obligación de promover el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar cuando los familiares no lo hacen (Fiscal), o bien están obligados, en razón de su cargo, a comunicar la situación de una persona en la que incurre causa de incapacitación (autoridades y funcionarios públicos).

Por el artículo 757.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil, el Ministerio Fiscal –a diferencia del juez– tiene la obligación de promover el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar por sustitución, cuando conozca la existencia de una persona en la que incide alguna posible causa de incapacitación; si no lo hace siendo oportuno incoarlo (negligencia), podría incurrir en responsabilidad. Del mismo modo, también podría ser responsable si no pide la constitución de la tutela de una persona que deba ser sometida a ella (cfr. artículo 228 del Código Civil). El artículo 60 de la Ley 50/1981, de 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal especifica que *«La exigencia de responsabilidad civil y penal a los miembros del Ministerio Fiscal y la repetición contra los mismos por parte de la Administración del Estado, en su caso, se regirá, en cuando les sea de aplicación, por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados»*.

La Ley Orgánica del Poder Judicial especifica, en el artículo 297, lo siguiente: *«1. Los daños y perjuicios causados por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones darán lugar, en su caso, a responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sin que, en ningún caso, puedan los perjudicados dirigirse directamente contra aquéllos. Si los daños y perjuicios provinieren de dolo o culpa grave del Juez o Magistrado, la Administración General del Estado, una vez satisfecha la indemnización al*

¹⁰³⁶ *Ibidem*, p. 955.

perjudicado, podrá exigir, por vía administrativa a través del procedimiento reglamentariamente establecido, al Juez o Magistrado responsable el reembolso de lo pagado sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que éste pudiera incurrir, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley. El dolo o culpa grave del Juez o Magistrado se podrá reconocer en sentencia o en resolución dictada por el Consejo General del Poder Judicial conforme al procedimiento que éste determine. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido y la existencia o no de intencionalidad». En consecuencia, se establece que la responsabilidad patrimonial por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, se petitionará directamente al Ministerio de Justicia¹⁰³⁷, tramitándose con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado (cfr. artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁰³⁸).

En el caso de la autoridad judicial, si bien no tiene obligación de promover el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, sí la tiene respecto a la constitución de la tutela *ex* artículo 228 del Código Civil; y si incumple con ese deber, creo que podría responder según lo establecido en el citado artículo 296 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de acuerdo al procedimiento administrativo regulado, de momento, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Del mismo modo, al tener la categoría de funcionario público, nada obsta para que se le

¹⁰³⁷ Se debe recordar que con la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se ha suprimido la responsabilidad civil directa de jueces y magistrados a quienes se les equipara al resto de empleados públicos. En consecuencia, se elimina el anterior capítulo II del Título III, que comprendía los arts. 411 a 413, el art. 297, y se modifica el art. 296 LOPJ.

¹⁰³⁸ La responsabilidad patrimonial del estado ha sufrido una actualización por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que entrará en vigor el 2 de octubre de 2016. Esta norma, en el apartado V del preámbulo destaca la novedad de haber integrado como especialidades del procedimiento administrativo común al procedimiento sobre potestad sancionadora y responsabilidad patrimonial, los cuales son tratados en títulos separados por la aún vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre. *«Este planteamiento responde a uno de los objetivos que persigue esta Ley, la simplificación de los procedimientos administrativos y su integración como especialidades en el procedimiento administrativo común, contribuyendo así a aumentar la seguridad jurídica. De acuerdo con la sistemática seguida, los principios generales de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en cuanto que atañen a aspectos más orgánicos que procedimentales, se regulan en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público».*

impute responsabilidad por no comunicar el hecho de una posible causa de incapacitación, situación que se explica a continuación.

El numeral 3, del artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevé el deber de comunicación que tienen las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona. Esta obligación tiene especial importancia en el caso de las Administraciones públicas (Organismos de servicios sociales de las Comunidades Autónomas), porque en el desempeño de sus funciones conocen la situación de personas necesitadas no solo de asistencia social, sino de la limitación de su capacidad de obrar. Sucede lo mismo con los jueces de lo social; que cuando examinan las alteraciones de la salud en cuanto afecten o disminuyan la capacidad laboral, pueden advertir falta de aptitud de autogobierno. En similar situación se encuentran los facultativos que atienden a incapaces no incapacitados¹⁰³⁹, y los notarios que, en el marco de su obligación de apreciar la capacidad de los otorgantes de los instrumentos públicos, se ven obligados a denegar su autorización, porque estiman que la persona no tiene capacidad de obrar. Al respecto, LEÑA FERNÁNDEZ, considera que el notario no está obligado a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el hecho determinante de una posible causa de incapacitación, ni jurídicamente¹⁰⁴⁰, ni moralmente (secreto profesional)¹⁰⁴¹.

El deber de comunicación no exige un conocimiento exacto de la importancia y trascendencia de la enfermedad o deficiencia; solo que se haya obtenido en el

¹⁰³⁹ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1997 los actores pretendían que se condenara a responder al médico por falta de información suficiente, en orden a instar el internamiento en un centro y posteriormente la declaración de incapacidad, condena que no se llegó a producir por fallecimiento del facultativo. Descartada la responsabilidad de los padres, y entendiéndose que no es la casación una tercera instancia en la que se puede valorar nuevamente las pruebas, el Alto Tribunal considera acertada la valoración probatoria realizada por la Audiencia cuando dice que *«de existir alguna responsabilidad sería del facultativo, que no comunicó la clase de enfermedad que José padecía, ni tampoco aconsejó su ingreso en el Centro, no compartiendo esta Sala el criterio de que el médico no estaba obligado a informar, sobre la base de una lectura literal de la Ley de Sanidad. Si en algún caso hay obligación de informar, es en el supuesto de las enfermedades psiquiátricas, por la propia idiosincrasia de tales enfermedades, los riesgos que conlleva y la necesidad de ayuda que tales enfermos requieren, nada de lo cual puede hacerse, si quien no puede no informa»*.

¹⁰⁴⁰ Art. 230 CC: *«Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela»*.

¹⁰⁴¹ Cfr. *«El tráfico jurídico negocial y el discapacitado»*, op. cit., p. 209.

ejercicio de las funciones propias de las autoridades y funcionarios públicos¹⁰⁴². Su incumplimiento genera responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁰⁴³, cuando se demuestre la relación causal del daño con la omisión del deber, prueba que no será fácil.

Sin embargo, esta obligación de *lege lata* se incumple sistemáticamente, porque el deseo de la norma (de que toda persona que deba estar incapacitada lo esté) se enfrenta con la conciencia de estos profesionales que privilegian el respeto de la libertad y la esfera íntima de las personas. En mi opinión, la disyuntiva no puede resolverse de manera tajante; se debe tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. Si bien el principio rector es la comunicación; ésta queda contraída a aquellas hipótesis donde se aprecie una incapacidad permanente e innegable. En efecto, no deben comunicarse situaciones borrosas, transitorias, cíclicas o intermitentes¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴² Vid. XIOL RÍOS, Juan, *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero*, t. III, Sepín, Madrid, 2008, p. 4323.

¹⁰⁴³ Cfr. APARICIO AUÑÓN, Eusebio, «De los procesos sobre la capacidad de las personas», *op. cit.*, p. 3987. Igualmente, BANACLOCHE PALAO, Julio «Comentario a los artículos 148-781», *op. cit.*, p. 1278.

¹⁰⁴⁴ Cfr. MARTÍNEZ DÍE, Rafael, «El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias», *op. cit.*, p. 64 y «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 169.

CONCLUSIONES

- I. Desde siempre la guarda de hecho ha estado presente en la sociedad; pero no se le reconoció jurídicamente hasta la publicación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. Esta norma tenía entre sus finalidades reglar la situación de aquellas personas, que ejercían facultades previstas para la tutela o curatela sin que exista un nombramiento por la autoridad judicial o administrativa. Sin embargo, la regulación resultó ser bastante escueta y, actualmente, no ayuda a resolver los problemas que, *a posteriori*, trae consigo la figura.
- II. La guarda de hecho viene delimitada a partir de dos rasgos característicos: la asunción de deberes de protección y custodia sin título habilitante, y la inexistencia de un deber legal de asumirlos. Se define como aquella situación en la cual una persona, de manera general y continuada, sin nombramiento judicial, legal o voluntario, ni deber legal de protección y cuidado, asume funciones tuitivas, sea en el ámbito patrimonial o personal, respecto de menores, incapacitados e incapaces no incapacitados. Es una figura independiente, autónoma y propia, que contiene todas aquellas realidades en las que exista una guarda continuada que no se constituya como tutela, curatela o patria potestad: admite todas las posibilidades, desde el que se apodera del cargo sin título, hasta al que le han delegado funciones tutelares o paternas, es tutor inhábil, irregular o cree serlo.

- III. La guarda de hecho puede pasar por dos fases. La primera, como situación de hecho en sentido estricto, desarrollada al margen de las formalidades de la ley, sin normas que dirijan su ejercicio, pero que produce ciertas consecuencias jurídicas, primordialmente a favor del guardado, reconocidas en el Código Civil. La segunda, como «guarda de hecho» controlada judicialmente, con pretensiones de organización y estabilidad. En esta fase el guardador se mueve con más amplitud, porque establecidos los controles y autorizaciones queda legitimado para realizar determinados actos jurídicos; cuenta con un título que justifica su actuación y delimita sus facultades.
- IV. Los sujetos que intervienen en la guarda de hecho son: el guardado y el guardador. El primero abarca al menor de edad, a una persona incapacitada o a un incapaz no incapacitado, necesitados de protección. El guardador, por su parte, puede ser una persona física o jurídica, que se encarga voluntaria y de ordinario espontáneamente, con carácter de estabilidad y permanencia, de los asuntos del guardado; con responsabilidad decisoria y sin contar con legitimación judicial o legal.
- V. El guardador de hecho no está obligado a instar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar. El artículo 757.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil solo recoge la facultad que tiene cualquier persona de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos determinantes de una incapacitación. No obstante, si el juez, amparado en el artículo 303 del Código Civil, le solicita que informe sobre los bienes o la persona del guardado, debe hacerlo; lo que constituirá una especie de rendición de cuentas. Esta obligación, asimilable a la recogida *ex* artículo 233 Código Civil para el tutor, consistirá en comunicar sobre ambos aspectos o sobre uno solo, según el ámbito en que se desarrolle la guarda. Por otro lado, su actividad puede ser retribuida (con cargo a los bienes del guardado, si los tiene) con posterioridad al conocimiento de la autoridad judicial, porque si la finalidad de la retribución es estimular el buen funcionamiento de la institución de guarda, este objetivo no se consigue con los actos que ya tuvieron lugar en el pasado.

CONCLUSIONES

- VI. El elemento fáctico de la guarda no la condena, *a priori*, al rechazo. Las situaciones de hecho son muy importantes para el Derecho, lo nutren y actualizan; de manera que, se pueden extraer consecuencias jurídicas de gran relevancia. La guarda de hecho forma parte de un modelo funcional que atiende la situación real de los más necesitados de protección, y busca una efectiva defensa que esté en relación con su consideración como elemento teleológico de la legislación enderezada a tal fin.
- VII. El Código Civil disciplina la guarda de hecho, pero no como suele suceder con el resto de figuras jurídicas (supuesto de hecho y consecuencia jurídica), sino que su regularización es esencialmente *a posteriori*. El legislador prevé que existe, y regula lo sucedido: informar sobre la persona y bienes del guardado y establecer medidas de control y vigilancia (cfr. art. 303 CC), otorgar validez a ciertos actos (cfr. art. 304 CC) e indemnizar al guardador cuando sufra daños y perjuicios en ejercicio de la guarda (cfr. art. 306 CC).
- VIII. Según el artículo 303 del Código Civil, el juez puede solicitar al guardador para que informe sobre la persona y los bienes del guardado. Con este informe, la autoridad judicial analiza las circunstancias y determina si es conveniente dar cuenta al Ministerio Fiscal para que inicie el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, o si es mejor instaurar otras medidas de control y vigilancia. Éstas normalmente se constituyen después de la información otorgada por el guardador, pero nada obsta para que ante una situación urgente, y porque así lo demande el interés del guardado, se establezcan *a priori*, evitando su perjuicio. La norma no especifica cuáles son, pero del artículo se deduce la libertad del juez para ordenarlas.
- IX. De la interpretación del artículo 304 del Código Civil se infiere que los actos del guardador de hecho son válidos solo si se realizan en interés y utilidad del guardado, de lo contrario son anulables. La utilidad debe ser enjuiciada en el momento que se realiza el acto, con arreglo a un criterio objetivo, y de modo global. En todo caso, el juzgador es el responsable de comprobarla, atendiendo los diferentes matices de la realidad y la posición de los terceros involucrados. A partir de esta norma, el guardador de hecho puede ejecutar cualquier tipo de

acto, patrimonial o personal. Sin embargo, en la práctica le resulta difícil acreditar su existencia.

- X. En los últimos tiempos, han empezado a proliferar una serie de normas que legitiman al guardador de hecho para desarrollar determinados actos a favor del guardado. Entre ellas tenemos: 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, *ex* artículo 5 y 9.2, dentro de la expresión «*personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho*», posiblemente habilita al guardador de hecho a recibir información y a prestar consentimiento en el ámbito sanitario a favor de su guardado. Por su parte, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, legitima al guardador de hecho a constituir la masa patrimonial a favor del sujeto con discapacidad psíquica, cuando los bienes o derechos proceden a título hereditario o conforman una pensión otorgada por los padres del beneficiario. No obstante, no se puede negar el problema de acreditar la condición de guardador de hecho, porque por su propia naturaleza carece de título judicial o administrativo de nombramiento. Análogamente, de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, se infiere la legitimación del guardador de hecho para iniciar el procedimiento de dependencia y solicitar prestaciones a favor de su guardado (al ser actuaciones provechosas se integran en el ámbito del artículo 304 del Código Civil). No obstante, se requiere diligencia en este asunto porque su actuación (personal o patrimonial) está fuera del control judicial, y porque el Programa Individual de Atención (que adopta las medidas respecto al dependiente) puede autorizar el servicio residencial sin anuencia expresa del interesado; situación contraria a Derecho. Finalmente, la Ley 1/2009, de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código

CONCLUSIONES

Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, en el artículo 38.6, en concordancia con el artículo 40.3.9 de la Ley de Registro Civil de 2011, admite la anotación registral de la guarda de hecho, posibilidad que, en principio, le otorgaría publicidad de carácter informativo. De este precepto se infiere que la guarda de hecho que accede al Registro es la del incapaz no incapacitado, conocida por la autoridad judicial y en la que se han establecido medidas de control y vigilancia; es decir la guarda de hecho judicializada. Interpretarlo así facilita su anotación, porque el mandato judicial se constituiría en título habilitante. Consecutivamente, esta ley, en su Disposición Adicional Única, legitima al Ministerio Fiscal, tutores o guardadores de hecho para obtener la *«información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones»*. Esta legitimación es solo para el guardador conocido por la autoridad judicial, porque es la resolución judicial la que se convierte en título habilitante para acceder a la información que otorgan los organismos públicos, que por razón de sus funciones puedan tener datos de relevancia patrimonial y contable.

- XI. El internamiento involuntario en centros residenciales, al igual que los internamientos involuntarios en centros psiquiátricos, debe estar rodeado por las mismas garantías; por ello, se requerirá autorización judicial para su validez. El guardador de hecho no puede sustituir la voluntad del guardado; pero sí solicitar esta medida de carácter tuitivo al juez. En este ámbito, resulta imperiosa la necesidad de modificar la legislación aplicable en la materia, que adaptase los mecanismos garantistas del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la situación del ingresado, que padece de una enfermedad degenerativa sin posibilidad alguna de recuperación y cuya capacidad de autodeterminación ha sido destruida por la enfermedad, al que hay que intentar proteger ante todo y por encima de todo.
- XII. El artículo 306 del Código Civil reconoce la posibilidad de indemnizar al guardador de hecho por los daños que haya sufrido en el ejercicio de la guarda. En ella cabe incluir los intereses de las cantidades adelantadas y los gastos útiles y necesarios que hubiere tenido durante la guarda. Los bienes del

guardado cubren los daños y perjuicios ocasionados, después de satisfacer prioritariamente sus necesidades y no haya mediado culpa o negligencia de parte del guardador.

- XIII. La guarda de hecho de menores está relacionada con el concepto de desamparo, porque, en general, éste no se declara si existe aquélla. Empero, todo depende del análisis de las circunstancias concretas. En el supuesto de familiares guardadores de hecho, se defiende la posibilidad de solicitar el acogimiento (sin declaración de desamparo), porque la subsistencia de su guarda es favorable para el menor: le proporciona estabilidad, identidad familiar y cultural y relaciones con los demás miembros. Por el contrario, cuando la guarda la ejercen terceros, la Administración debe intervenir para evitar que consoliden fraudulentamente vínculos con menores desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas; sin perjuicio de que posteriormente se analice la idoneidad de los guardadores y se constituya a su favor el acogimiento, en atención al interés superior del menor.
- XIV. Es posible la constitución del acogimiento en supuesto de guarda de hecho de un menor. Según la propia estructura del Código Civil, existe un acogimiento familiar convencional autónomo (cfr. art. 173 bis CC), diferente al regulado en el artículo 172 ter. Si con aquél se cumple con el objetivo de mantener al menor en un ambiente familiar idóneo, entonces se debe permitir su solicitud por los guardadores de hecho que son parientes.
- XV. En el caso de mayores de edad, partiendo del absoluto respeto de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, como algo inherente o derivado de su propia dignidad personal, debe eliminarse todo aquello que comporte su desconocimiento, y abarcar todos los instrumentos jurídicos susceptibles de servirle de apoyo. Se trata de proponer otras formas de protección, que, judicialmente controladas, puedan garantizar sus derechos personales y patrimoniales, sin necesidad de llegar al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar. Esto lleva consigo una revisión de instituciones tan arraigadas como los complementos de la capacidad (tutela y curatela) y el

CONCLUSIONES

proceso de modificación de la capacidad de obrar, porque tienen un tinte más patrimonial que personal.

- XVI. La guarda de hecho es un mecanismo tuitivo que se adapta mejor a la realidad de las personas con discapacidad, porque le otorga soluciones de protección sin menoscabar su capacidad. Si este instrumento, bajo vigilancia y control judicial, satisface y beneficia a la persona, puede ser considerado como medida idónea de protección, sin que haya necesidad de iniciar proceso de modificación de la capacidad, que en diversas ocasiones suele ser una situación traumática para las familias y para el propio guardado.
- XVII. El reconocimiento de la guarda de hecho como mecanismo estable de protección resulta atractivo, pero objetivamente el ordenamiento español rechaza esta opción, porque supondría el ejercicio de facultades tutelares sin control judicial. Aunque se defiende que a través las medidas de control y vigilancia puede encontrar cobertura legal, no hay que olvidar que esa actuación se prevé para el cargo tutelar, naturaleza que jamás se reconoció a la guarda de hecho. Respetando la existencia e importancia de la guarda de hecho, resulta conveniente la propuesta de su regulación legal como guarda de colaboración. Se trataría de un medio que protege a las personas con discapacidad sin modificar su capacidad de obrar acorde a los objetivos planteados por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (personalidad jurídica plena y medidas de apoyo). Esta guarda de colaboración se corresponde con los mecanismos tuitivos existentes en los diferentes ordenamientos del entorno como la *sauvegarde de justice* francesa o la *amministrazione di sostegno* italiana; pero de momento, mientras no se lleve a cabo una reforma en el ordenamiento jurídico español, de todas las instituciones de protección, es la curatela la que mejor se adapta a los postulados de la Convención, ofreciendo un apoyo a la autonomía de las personas con discapacidad.
- XVIII. El guardador de hecho es responsable de los daños que sufra su guardado, ex artículo 229 y 1902 del Código Civil. Se le imputa responsabilidad porque no cumple con la obligación de promover la tutela (cfr. art. 229 CC). Esta

inobservancia puede causar daños al guardado porque, por ejemplo, no se consuma un contrato muy beneficioso para él por la falta de representante legal. Por otro lado, el guardador responde por falta de diligencia a la hora de vigilar al guardado (cfr. art. 1902 CC). En el caso de centros de internamiento de incapaces debe demostrarse, además de la falta de vigilancia, el daño causado y el nexo causal con el comportamiento del centro.

- XIX. El guardador de hecho responde por los daños que ocasione su guardado a terceros, a partir de una interpretación extensiva del artículo 1903 del Código Civil, aunque no hay unanimidad doctrinal. Las razones son las siguientes: dentro del término tutor que recoge el citado precepto, se incluye al guardador de hecho porque éste realiza una actuación material equiparable a la de aquél; existe una relación de subordinación entre el guardador y el guardado que permite dar órdenes; la convivencia del guardado con un tercero debería determinar el correspondiente traspaso de responsabilidad; una exclusión de responsabilidad equivaldría a un premio para el guardador de hecho; de cara a la víctima es conveniente optar por el régimen del 1903 que le exime de probar la culpa; y finalmente, si se aplica un régimen más liviano (como el del artículo 1902 del Código Civil) se desincentivarían las guardas legales.
- XX. En el Derecho español existe una doble regulación de la responsabilidad civil (Código Civil y Código Penal). En el ámbito penal se prevé expresamente la responsabilidad del guardador de hecho cuando el guardado ocasiona daños producto de una actuación ilícita penal; en cambio, el ordenamiento civil guarda silencio al respecto. Esta situación no es conveniente, porque permite que en un régimen el guardador de hecho resulte exento de responsabilidad y en otro responda, creando confusión e inseguridad. Por estos motivos, alguna parte de la doctrina defiende un régimen de responsabilidad civil específico y unitario.
- XXI. Según el artículo 757.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las autoridades y funcionarios que, por razón de sus cargos, conocieren posibles causas de incapacitación en una persona, están obligados a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Si incumplen esta disposición serán responsables, siempre

CONCLUSIONES

que, se demuestre el daño y la relación causal. Sin embargo, este deber se quebranta sistemáticamente, porque dichos profesionales, en muchos casos, siguen pensando que esta intervención es una transgresión del ámbito privado y de la libertad personal.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 12 de julio de 2011
STEDH de 31 de mayo de 2011
STEDH de 8 de enero de 2009
STEDH de 6 de noviembre de 2008
STEDH de 6 de diciembre de 2007
STEDH de 29 de marzo de 2002
STEDH de 16 de noviembre de 1999

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 28 de marzo de 2011
STC de 26 de septiembre de 2005
STC de 25 de noviembre de 2002
ATC de 25 de febrero de 2002
ATC de 1 de febrero de 2001
STC de 25 de marzo de 1996
STC de 18 de octubre de 1993

ATC de 25 de mayo de 1992

STC de 4 de junio de 1990

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 3 de febrero de 2016

STS de 17 de diciembre de 2015

STS de 4 de noviembre de 2015

STS de 14 de octubre de 2015

STS de 27 de noviembre de 2014

STS de 27 de octubre de 2014

STS de 30 de septiembre de 2014

STS de 1 de julio de 2014

STS de 6 de noviembre de 2013

STS de 24 de junio de 2013

STS de 16 de mayo de 2011

STS de 29 de abril de 2009

STS de 28 de abril de 2008

STS de 17 de enero de 2005

STS de 7 de julio de 2004

STS de 29 de abril de 2004

STS de 12 de septiembre de 2003

STS de 28 de abril de 2003

STS de 31 de enero de 2003

STS de 8 de mayo de 2001

STS de 16 de setiembre de 1999

STS de 31 de julio de 1998

STS de 12 de junio de 1998

STS de 19 de mayo de 1998

STS de 9 de marzo de 1998

STS de 9 de octubre de 1997

STS de 28 de julio de 1997
STS de 20 de mayo de 1997
STS de 10 de marzo de 1997
STS de 4 de marzo de 1997
STS de 31 de diciembre de 1996
STS de 18 de octubre de 1996
STS de 30 de junio de 1995
STS de 15 de julio de 1994
STS de 25 de junio de 1994
STS de 1 de junio de 1994
STS de 10 de marzo de 1994
STS de 8 de febrero de 1994
STS de 11 de enero de 1994
STS de 22 de julio de 1993
STS de 7 de mayo de 1993
STS de 24 de febrero de 1993
STS de 9 de junio de 1992
STS de 16 de marzo de 1992
STS de 12 de febrero de 1992
STS de 7 de enero de 1992
STS de 11 de octubre de 1991
STS de 24 de mayo de 1991
STS de 20 de marzo de 1991
STS de 22 de enero de 1991
STS de 26 de noviembre de 1990
STS de 11 de octubre de 1990
STS de 28 de julio de 1990
STS de 8 de mayo de 1990
STS de 6 de octubre de 1989
STS de 2 de junio de 1989
STS de 26 de septiembre de 1988
STS de 23 de septiembre de 1988

STS de 13 de septiembre de 1988
STS de 22 de junio de 1988
STS de 29 de febrero de 1988
STS de 21 de septiembre de 1987
STS de 10 de febrero de 1986
STS de 4 de diciembre de 1984
STS de 22 de septiembre de 1984
STS de 13 de septiembre de 1984
STS de 3 de septiembre de 1984
STS de 4 de mayo de 1984
STS de 10 de junio de 1983
STS de 4 de mayo de 1983
STS de 2 de mayo de 1983
STS de 14 de marzo de 1983
STS de 10 de marzo de 1983
STS de 31 de diciembre de 1982
STS de 2 de marzo de 1981
STS de 6 de noviembre de 1980
STS de 17 de junio de 1980
STS de 24 de marzo de 1979
STS de 23 de febrero de 1976
STS de 15 de febrero de 1975
STS de 26 de mayo de 1969
STS de 30 de abril de 1969
STS de 28 de mayo de 1965
STS de 14 de febrero de 1964
STS de 30 de abril de 1960
STS de 25 de junio de 1959
STS de 1 de febrero de 1956
STS de 9 de diciembre de 1953
STS de 1 de mayo de 1894

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Valladolid de 19 de enero de 2016
SAP Cádiz de 24 de junio de 2014
SAP Málaga de 10 de abril de 2014
SAP Pontevedra de 15 de octubre de 2013
SAP Burgos de 28 de diciembre de 2012
SAP Córdoba de 13 de diciembre de 2012
AAP Sevilla de 21 de noviembre de 2012
AAP Castellón de 15 de noviembre de 2012
SAP Toledo de 25 de mayo de 2012
SAP Huelva de 9 de marzo de 2012
AAP A Coruña de 2 de febrero de 2012
SAP Málaga de 24 de enero de 2012
AAP Pontevedra de 6 de octubre de 2011
AAP Pontevedra de 22 de septiembre de 2011
AAP Almería de 23 de mayo de 2011
SAP Barcelona de 7 de abril de 2011
SAP Guipúzcoa de 11 de febrero de 2011
SAP Zaragoza de 26 de octubre de 2010
SAP Madrid de 21 de octubre de 2010
SAP Barcelona de 7 de octubre de 2010
AAP Madrid de 2 de julio de 2010
SAP Madrid de 17 de junio de 2010
AAP Valencia de 29 de abril de 2010
SAP Palmas de Gran Canaria de 27 de abril de 2010
AAP Cádiz de 16 de marzo de 2010
SAP Cádiz de 2 de junio de 2009
SAP Asturias de 18 de mayo de 2009
AAP Jaén de 8 de mayo de 2009
SAP Alicante de 24 de abril de 2009
SAP Álava de 12 de noviembre de 2008

SAP Córdoba de 17 de marzo de 2008
SAP Vizcaya de 25 de febrero de 2008
AAP Vizcaya de 13 de febrero de 2008
SAP Granada de 19 de octubre de 2007
SAP Guadalajara de 24 de julio de 2007
AAP Barcelona de 28 de junio de 2007
SAP Vizcaya de 19 de junio de 2007
SAP León de 6 de junio de 2007
SAP Islas Baleares de 28 de marzo de 2007
SAP Guipúzcoa de 5 de febrero de 2007
SAP Cádiz de 22 de diciembre de 2006
SAP Asturias de 11 de octubre de 2006
AAP Huelva de 24 de julio de 2006
SAP Islas Baleares de 30 de junio de 2006
SAP Barcelona de 31 de mayo de 2006
AAP Cádiz de 16 de marzo de 2006
SAP Cádiz de 20 de enero de 2006
SAP Cádiz de 5 de diciembre de 2005
AAP Zamora de 24 de noviembre de 2005
AAP Valladolid de 29 de septiembre de 2005
SAP Vizcaya de 5 de julio de 2005
SAP Cádiz de 27 de abril de 2005
SAP Cáceres de 5 de abril de 2005
SAP Baleares de 11 de marzo de 2005
SAP Valladolid de 1 de febrero de 2005
SAP Cádiz de 22 de diciembre de 2004
SAP Cádiz de 16 de noviembre de 2004
SAP Zamora de 30 de julio de 2004
SAP Jaén de 12 de mayo de 2004
AAP León de 19 de noviembre de 2003
AAP Sevilla de 21 de octubre de 2003
SAP Valencia de 9 de septiembre de 2003

SAP Alicante 14 de mayo de 2003
SAP Barcelona de 30 de abril de 2003
SAP Barcelona de 22 de abril de 2003
SAP Cantabria de 4 de febrero de 2003
AAP Vizcaya de 28 de enero de 2003
AAP Toledo de 16 de enero de 2003
SAP Ourense de 28 de noviembre de 2002
SAP Asturias de 26 de septiembre de 2002
AAP Barcelona de 29 de julio de 2002
SAP Burgos de 22 de julio de 2002
SAP Córdoba de 13 de mayo de 2002
SAP Valladolid de 8 de marzo de 2002
SAP Ávila de 1 de marzo de 2002
SAP Granada de 9 de febrero de 2002
AAP Zaragoza de 30 de enero de 2002
AAP Vizcaya de 3 de enero de 2002
SAP Barcelona de 1 de octubre de 2001
AAP Málaga de 14 de septiembre de 2001
SAP Badajoz de 10 de setiembre de 2001
SAP Asturias de 18 de julio de 2001
SAP Lugo de 5 de julio de 2001
SAP Cádiz de 21 de marzo de 2001
SAP Huelva de 9 de marzo de 2001
SAP Toledo de 7 de febrero de 2001
AAP Salamanca de 11 de septiembre de 2000
SAP Barcelona de 7 de septiembre de 2000
SAP Barcelona de 20 de julio de 2000
SAP Barcelona de 26 de junio de 2000
SAP Barcelona de 25 de junio de 2000
SAP Madrid de 27 de junio de 2000
SAP Vizcaya de 7 de junio de 2000
SAP Zaragoza de 8 de mayo de 2000

SAP Santa Cruz de Tenerife de 12 de abril de 2000
AAP Segovia de 27 de marzo de 2000
SAP Toledo de 9 de febrero de 2000
AAP Segovia de 27 de marzo de 2000
SAP Sevilla de 23 de noviembre de 1999
SAP Asturias de 29 de septiembre de 1999
AAP Zaragoza de 28 de julio de 1999
SAP Valladolid de 21 de julio de 1999
SAP Segovia de 8 de junio de 1999
SAP Cádiz de 28 de mayo de 1999
SAP Asturias de 17 de abril de 1999
AAP Barcelona de 3 de marzo de 1999
SAP Burgos de 18 de enero de 1999
AAP Valladolid de 18 de diciembre de 1998
SAP Alicante de 7 de octubre de 1998
SAP Álava de 30 de septiembre de 1998
AAP Lugo de 7 de abril de 1998
SAP Granada de 20 de enero de 1998
SAP Ávila de 14 de enero de 1998
SAP Sevilla de 1 de julio de 1997
AAP Jaén de 18 de marzo de 1997
SAP Córdoba de 14 de octubre de 1996
AAP Barcelona de 24 de julio de 1996
SAP Zaragoza de 10 de julio de 1996
AAP Ávila de 29 de junio de 1996
SAP Sevilla de 25 de marzo de 1996
SAP Soria de 13 de marzo de 1996
SAP Valencia de 12 de febrero de 1996
SAP León de 29 de noviembre de 1995
SAP Palencia de 15 de setiembre de 1995
SAP Asturias de 29 de mayo de 1995
SAP Córdoba de 24 de marzo de 1995

SAP Baleares de 20 de marzo de 1995
AAP La Rioja de 22 de noviembre de 1994
SAP Álava de 7 de julio de 1994
AAP Álava de 30 de junio de 1994
SAP Huesca de 16 de noviembre de 1993
AAP Barcelona de 4 de noviembre de 1993
AAP Barcelona 30 de septiembre de 1992
AAP Asturias de 24 de marzo de 1992
AAP Álava de 15 de junio de 1992

JUZGADOS

Auto del Juzgado Núm. 5 de Córdoba de 29 de abril de 2013
Sentencia del Juzgado Núm. 3 de Irún de 29 de octubre de 2010
Providencia del Juzgado de lo Social Núm. 3 Córdoba de 23 de diciembre de 2009
Auto del Juzgado de Algeciras de 19 de julio de 2002
Auto del Juzgado de Córdoba de 6 de junio de 2002
Auto del Juzgado de Córdoba de 20 de mayo de 2002
Auto del Juzgado de Baena de 9 de mayo de 2002
Auto del Juzgado de Córdoba de 20 de junio de 2000
Auto del Juzgado de Córdoba de 14 de mayo de 1998
Auto del Juzgado de Córdoba de 15 de mayo de 1996

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RDGR de 30 de mayo de 2006
RDGR de 22 de junio de 1996

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.

Circular 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

Consulta 8/1997, de 8 de octubre, sobre algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar.

Instrucción Núm. 4/2008 sobre el control y vigilancia por el ministerio fiscal de las tutelas de personas discapaces.

Instrucción Núm. 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

Dictamen 6/2011 sobre el tratamiento de la guarda de hecho.

Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2002.

Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1964.

RESOLUCIONES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

Cass. 5 agosto 1996

Cass. 5 dicembre 1991

Cass. 10 settembre 1990

Cass. 23 aprile 1990

Cass. 9 febbraio 1990

Cass. 7 gennaio 1990

Cass. 5 maggio 1989

Cass. 16 settembre 1986

Cass. 20 ottobre 1982

App. Perugia 13 novembre 1971

RESOLUCIONES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRANCÉS

Cass. 1re civile ou 18 décembre 1978

Cass. 1re civile ou 4 janvier 1978

Cass. 1re civile ou 24 mars de 1987

Cass. 1re civile du 8 mars 2005

Cass. 1re civile du 23 octobre 1973

Cass. 1re civile du 8 décembre 1998

Cass. 1re civile du 30 octobre 2006

Cass. Civ. Plén. du 29 de marzo de 1991

CA Amiens du 13 mars 2008

CA Toulouse du 18 décembre 2007

CA Agen du 29 novembre 2007

CA Montpellier du 20 février 2007

CA Rouen 27 octobre 2005

CA Aix-en-Provence du 3 mars 2005

CA Dijon du 16 décembre 2004

CA Chambéry du 27 janvier 2004

CA Nancy du 15 décembre 1997

CA Rennes du 3 novembre 1997

CA Bordeaux du 25 juin 1997

CA Agen du 6 mars 1997

CA Aix-en-Provence du 5 mars 1997

CA Bordeaux du 20 septembre 1995

CA Dijon du 26 juillet 1994

CA Pau du 7 juin 1994

CA Lyon du 1 mars 1994

CA Paris du 12 octobre 1990

CA Bourges du 19 octobre 1993

CA Montpellier du 1 octobre 1989

CA Paris du 5 juillet 1968

TGI Versailles, JAF, du 6 avril 2004

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Derecho de Familia*, MONTÉS PENADÉS, Luis y ROCA I TRÍAS, Encarnación (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

AA. VV., *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2001*, PÉREZ BUENO, Luis y SASTRE CAMPO, Ana (Dir.), Cinca, Madrid, 2012, p. 44, http://www.convenciondiscapacidad.es/Informes_new.html (consulta: 12 de febrero de 2016).

AA.VV., *Guía de actuación de los servicios sociales dirigidos a la infancia en el Territorio Histórico de Álava*, Departamento de Asuntos Sociales, Instituto Foral de Bienestar Social, Diputación Foral, Álava, 2004.

AA.VV., *La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*, DE ASÍS ROIG, Rafael (Dir.) y BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, PALACIOS RIZZO, Agustina y CUENCA GÓMEZ, Patricia (Coords.), Cermi, Madrid, 2008, <http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Paginas/Inicio.aspx> (consulta: 20 de diciembre de 2015).

AA.VV., *Protection de l'enfance et aide sociale à l'enfance (ASE)*, Comité éditorial pédagogique de l'UVMaF, <http://campus.cerimes.fi/media/campus/deploiement/campusmaieutique/UE-sante-societe-humanite/liste-1.html> (consulta: 18 de mayo de 2015).

AA.VV., *Los menores en el Derecho español*, LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (Coord.), Tecnos, Madrid, 2002.

AA.VV., *Manual de Derecho civil. Derecho de Familia*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), BERCAL, Madrid, 2011.

AA.VV., *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación en Aequitas, Madrid 8 y 9 de marzo de 2004*, Colección La Llave, Madrid, 2004.

ABBATE, Marisa, «Profili della protezione giuridica degli incapaci maggiorenni in Francia», *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, NAPOLI, Emilio Vito (a cura), Milano, 2005, pp. 129-167.

ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 675, 2003, pp. 11-54.

AFONSO RODRÍGUEZ, Elvira, «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», *Actualidad Civil*, Núm. 17, 1995, pp. 317-331.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano, «La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho Internacional Privado», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año 50, Núm. 1766, 1996, pp. 7-30.

ALBÁCAR LÓPEZ, José y MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. Artículos 1 a 332*, Trivium, Madrid, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil II*, Bosch, Barcelona, 1997.

- *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1989.
- *Derecho Civil*, t. I, vol. I, Bosch, Barcelona, 2002.
- *Instituciones de Derecho civil*, t. II, Bosch, Barcelona, 1972.
- *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 2011.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, Mariano, «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras», *Actualidad Civil*, Núm. 2, 1997, pp. 17-40.

ALONSO SOTO, Ricardo, *El seguro de la culpa*, Montecorvo, Madrid, 1977.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», *Revista del Poder Judicial*, Núm. 60, 2008, pp. 257-289.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derecho de Familia*, Civitas, Madrid, 1988.

ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Comentario a los artículos 303 a 306», *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 477-481.

- «Comentario a los artículos 215 a 221», *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 401-407.

ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 24, 2010, pp. 11-66.

- «Capítulo Segundo. Capacidad e incapacidad en el derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental», AA.VV., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, Fundación Paideia, A Coruña, 1999, pp. 91-197.

ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria, *Discapacidad y sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Cermi, Madrid, 2013.

ANDREU MARTÍNEZ, María Belén, «Consentimiento por sustitución», *Derecho y Salud. Estudios de Bioderecho (Comentario a la Ley 3/2009, de Derechos*

y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia), SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 143-180.

ANGUITA RÍOS, Rosa María, «La protección del discapacitado no incapacitado», *Diario La Ley*, La Ley, Núm. 8165, Sección Doctrina, 2013, Año XXXIV, 13 pp., <http://diariolaley.laley.es> (consulta: 28 de diciembre de 2015).

APARICIO AUÑON, Eusebio, «De los procesos sobre la capacidad de las personas», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, LORCA NAVARRETE, Antonio (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 3972-4044.

ARAGUES ORTIZ DE ZÁRATE, Enrique, «En torno a la incapacitación de pacientes psiquiátricos», *Psiquis*, Núm. 3, 1994, pp. 33-37.

ARCE FERNÁNDEZ, Irene, *El desamparo de menores. Normativa y práctica del Principado de Asturias*, Universidad de Oviedo, 2011.

ARRUBARRENA MADARIAGA, María y DE PAUL OCHOTORENA, Joaquín, *Maltrato a los niños en la familia*, Pirámide, Madrid, 1999.

ASSEMBLEE NATIONALE, Año 2006, douzième législature, Núm. 3462, pp. 4-5, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/projets/pl3462.pdf> (consulta: 26 de febrero de 2016).

ASÚA GONZÁLEZ, Clara, «Responsabilidad civil médica», *Tratado de Responsabilidad Civil*, REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2003.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Comares, Granada, 2001.

ATKINSON, Jacqueline, *Private and public protection. Civil mental health legislation*, Dunedin Academic Press, Edinburgh, 2006.

AUTORINO STANZIONE, Gabriella, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1990.

BADENAS CARPIO, Juan Manuel, *Apoderamiento y representación voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

BIBLIOGRAFÍA

BADOSA COLL, Ferrán, «La protección de menores en el derecho catalán. De la “guarda y educación” del menor a la “crianza y formación” del niño y del adolescente», *Protección de menores, acogimiento y adopción*, ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (Eds.), Marcial Pons, Barcelona, 1999, pp. 27-49.

- «Comentario al artículo 220 y 221 del Código Civil», *Comentarios a la reformas de nacionalidad y tutela*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), Tecnos, Madrid, 1986, pp. 241-265.

BANACLOCHE PALAO, Julio «Comentario a los artículos 148-781», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 1263-1322.

BARCELÓ DOMENECH, Javier, *La responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

BARIFFI, Francisco, «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU», *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, PÉREZ BUENO, Luis (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 353-390.

BATTEUR, Annick, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, LGDJ-Lextenso, Paris, 2012.

BAVIERA, Ignazio, *Diritto minorile*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1976.

- «Significato, contenuto, limiti del concetto di abbandono», *Diritto di Famiglia*, 1969, p. 1506.

BELLINI, Ubaldo, «Delega di potestà e stato di abbandono», *Diritto di famiglia e della persone*, vol. 16, Núm. 0, 1987, pp. 325-338.

BENITO ALONSO, Francisco, «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de ley y guarda», *La Ley*, 1997, pp. 1727-1749.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los artículos 303-306 del Código civil», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 784-794.

- *Derecho de la Persona*, Montecorvo, Madrid, 1976.
- «La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud», *Anuario de Derecho Civil*, 1984, pp. 953-974.

BERENGUER ALBALADEJO, María Cristina, «Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros: especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del *Common Law*», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 6, 2013, pp. 3-51.

BERGER, Maurice, *L'échec de la protection de l'enfance*, Dunod, Paris, 2003.

BERROCAL LANZAROT, Ana, «Aproximación a la institución de la guarda de hecho», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 722, 2010, pp. 2844-2874.

- «La guarda de hecho como instrumento de protección de las personas mayores y discapacitados», *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales, Ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional «La protección de las personas mayores» celebrado del 7 al 9 de octubre de 2009*, PÉREZ GARCÍA, Máximo (Aut.), Idadfe, Madrid, 2009, 28 pp.
- «Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacitación en la Ley 41/2003, de 18 de diciembre: la institución de la autotutela», *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 9, 2008, pp. 15-141.
- «El “apoderamiento o mandato preventivo” como medida de protección de las personas mayores», *Informes Portal Mayores*, Núm. 78, 2008, <http://envejecimiento.csic.es/documentacion/biblioteca/registro.htm> (consulta: 27 de diciembre de 2015).

BIBLIOGRAFÍA

BESSONE, Mario, MONTUSCHI, Luigi y otros, «Rapporti etico-sociali: art. 29-34», *Commentario della costituzione*, BRANCA, Giuseppe (a cura), Zanichelli, Bologna, 1976.

BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile vol. 2. La famiglia e le successioni*, Giuffrè, Milano, 1985.

BONET RAMÓN, Francisco, *Compendio de Derecho Civil, IV*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.

BONFILS, Philippe y GOUTTENOIRE, Adeline, *Droit des mineurs*, Dalloz, Paris, 2009.

BONILINI, Giovanni y TOMMASEO, Ferruccio, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, Giuffrè, Milano, 2008.

BONILINI, Giovanni y CHIZZINI, Augusto, *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, Padua, 2004.

BOSCH CAPDEVILLA, Esteve, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro y VAQUER ALOY, Antoni, *Les institucions de protecció de la persona en el dret civil de Catalunya*, <http://www.recercat.cat/handle/2072/179315> (consulta: 23 de febrero de 2015).

BRUGGEMAN, Maryline, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002.

BUGETTI, Maria, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società*, Ipsoa, Milano, 2008.

BUSNELLI, Francesco Donato, «Osservazioni sul progetto unificato di riforma dell'adozione», *Diritto di famiglia e delle persone*, vol. 11, 1982, pp. 1400-1414.

BUSTO LAGO, José Manuel, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998.

BUSTOS VALDIVIA, Inmaculada, «El guardador de hecho ante los actos dañosos producidos por su guardado», *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno*

Quesada, HERRERA CAMPOS, Ramón (Coord.), Universidad de Almería, 2000, pp. 275-284.

- «Consideraciones sobre el internamiento por razón de trastorno psíquico a partir de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de mayo de 1996», *Actualidad Civil*, Núm. 4, 2000, pp. 1289-1307.

BRUSCUGLIA, Luciano, *L'interdizione per infermità di mente*, Giuffrè, Milano, 1983.

- «Sul cosiddetto testamento psichiatrico», *Follia e Diritto*, FERRANDO, Gilda y VISINTINI, German (a cura), Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 100-113.

CABALLERO GONZÁLEZ, José, «La tutela de los menores en situación de desamparo», *Revista Jurídica Española La Ley*, Núm. 2, 1988, pp. 1055-1059.

CABELLO DE ALBA JURADO, Federico, «Alternativas al procedimiento de incapacitación», *La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención*, Centro de Estudios Jurídicos Fundación Aequitas, 2013, <http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/documentacion/trabajos-y-ponencias> (consulta: 22 de diciembre de 2015).

CAFERRA, Vito Marino, *Famiglia e assistenza. Il diritto de la famiglia nel sistema della sicurezza sociale*, Zanichelli, Bologna, 1984.

CALAZA LÓPEZ, Sonia, «Procesos de modificación de la capacidad por causas de discapacidad», *Actualidad Civil*, Núm. 11, 2015, pp. 4-19.

CALÒ, Emanuele, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Giuffrè, Milano, 2004.

- «Autonomia e autodeterminazione del beneficiario», *L'amministrazione di sostegno. Quaderni di famiglia*, PATTI, Salvatore (a cura), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 49-82.

BIBLIOGRAFÍA

CAMPOY CERVERA, Ignacio, «Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad», *Revista telemática de filosofía del derecho*, Núm. 8, 2004-2005, pp. 125-155.

CANO TELLO, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines: Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, Civitas, Madrid, 1984.

CANNONE, Andrea, *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Cacucci, Bari, 2000.

CARBAJO GONZÁLEZ, Julio, «La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos», *Actualidad Civil*, Núm. 44, 1992, pp. 729-756.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, «Consideraciones sobre la guarda de hecho», *La tutela de los derechos del menor, 1er Congreso Nacional de Derecho Civil*, GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel (Dir.), Junta de Andalucía, Córdoba, 1984, pp. 81-84.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen, *Los derechos de los niños y las actuaciones administrativas protectoras*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006.

CASSANO, Giuseppe, *L'amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, Maggioli, Dogana, 2008.

CASAS PLANES, María, «Breve reflexión acerca del futuro de la incapacitación judicial (Referencia a la reforma de la protección de mayores en Francia por la Ley de 5 de marzo de 2007)», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 477-497 (contenido en CD-Rom).

CASCIANO, Gian Franco, «Diritto alla propria famiglia e affidamento familiare: i rischi di una involuzione», *Minori Giustizia*, 1999, Núm. 1, pp. 64-73.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, t. IV, Reus, Madrid, 1981.

– *Derecho civil español, común y foral*, t. I, Reus, Madrid, 1971.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. III-2, Edersa, Madrid, 1982.

CENDON, Paolo, *100 domande e risposte su l'amministrazione di sostegno. Guida pratica per le famiglie e gli operatori socio-sanitari*, Cesvot, Firenze, 2008.

CIAN, Giorgio, «L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee», *Rivista di Diritto Civile*, vol. 50, Núm. 4, 2004, pp. 481-495.

CICALA, Francesco Bernardino, *Il rapporto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1959.

CIPOLETTI, Marina, «La legislazione italiana e la legislazione europea: confronto tra le figure tutelari previste nei diversi ordinamenti», *Amministrazione di sostegno*, MARAVITA, Luigi (a cura), Vita e Pensiero, Milano, 2005, pp. 123-135.

CIRAULO, Clorinda, *Il minore in affidamento. Situazioni Soggettive e tecniche di tutela*, Giuffrè, Milano, 1993.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 59-88.

CLEMENTE MEORO, Mario, *Derecho de Familia*, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

COBO DEL ROSAL, Manuel Y CASABÓ RUIZ, José Ramón, «Aspectos penales de la protección familiar», *Protección jurídica de la familia*, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Anales de Moral Social y Económica, 1982, pp. 497-519.

COCA PAYERAS, Miguel, «Guarda de hecho», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 3285-3286.

COLÁS ESCANDÓN, Ana María, *La ratificación*, Comares, Granada, 2002

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 1999.

BIBLIOGRAFÍA

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, «Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces», *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, vol. 2, EUNSA, Pamplona, 1969, pp. 73-110.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Diario de Sesiones, Comisiones*, Año 2008, IX Legislatura, Núm. 149, pp. 6-7, <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey> (consulta: 09 de julio de 2015).

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Año 2003, VII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, Núm. 154-5, p. 37, <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey> (consulta: 14 de julio de 2015).

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Año 2008, IX Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, Núm. 5-5, p. 2, <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey> (consulta: 17 de noviembre de 2015).

CONTIS, Maïalen, «Une atteinte à la filiation: quand la réalité juridique rejoint la fiction», *La Revue d'Action Juridique & Sociale. Journal du Droit des Jeunes*, Núm. 229, 2003, pp. 13-18, <http://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2003-9-page-13.htm> (consulta: 6 de febrero de 2016).

CRESPO ALLUÉ, Fernando, «Las instituciones protectoras de los incapacitados en el Derecho francés», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 3, 1986, pp. 195-220.

CUENCA GÓMEZ, Patricia, «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: El art. 12 de la convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español», *Derechos y libertades*, Núm. 24, 2011, pp. 221-257.

DE AGUIAR DIAS, José, *Da responsabilidade civil*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1983.

DE AMICIS, Alessia, «La L. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità i principi e le procedure», *Giurisprudenza di merito*, fasc. 10, 2009, pp. 2375-2397.

DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños. Su perspectiva desde la doctrina del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *Incapacitación y mandato*, La Ley, Madrid, 2008.

- «Los poderes preventivos en el Derecho Español. Luces y sombras», *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José y PEREÑA VICENTE, Monserrat (Coords.), La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 251-283.
- «Los poderes preventivos: un apunte sobre su reciente regulación en los códigos civiles español y francés», *Familia y Discapacidad*, DÍAZ ALABART, Silvia (Coord.), Reus, Madrid, 2010, pp. 39-51.
- «Poderes preventivos: posibles supuestos de ineficacia en la actuación del mandatario antes y después de la modificación del art. 1732 del Código civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Núm. 4, 2009, pp. 661-690.
- «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces, en previsión de su futura pérdida de capacidad», *Libro Homenaje a Manuel Amorós Guardiola*, vol. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, pp. 77-110.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993.

- «Comentario del artículo 1903», *Comentarios del Código civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Coord.), t. 9, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 5-102.

BIBLIOGRAFÍA

- «Artículo 1904», *Comentario del Código civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DIEZ-PICAZO, Luis y otros (Dirs.), t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2034-2035.

DE ASÍS ROIG, Rafael, «Sobre la capacidad», *Papeles en el tiempo de los derechos*, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Núm. 4, 2009, http://www.tiempodelosderechos.es/es/biblioteca/cat_view/14-documentos-consolider/15-working-paper.html (consulta: 20 de diciembre de 2015).

DE COSSÍO CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Alianza Editorial, Madrid, 1977.

DE COUTO GÁLVEZ, Rosa María, «Artículos 286 a 306», *Comentarios al Código civil*, RAMS ALBESA, Joaquín (Coord.), t. II, vol. 2, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 2075-2087.

- *La protección jurídica de los ancianos. Procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protegen. El internamiento involuntario y su incidencia penal*, Colex, Madrid, 2007.

DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, Clemente, *Instituciones de Derecho civil español*, vol. 1, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1929.

DE LA HAZA DÍAZ, María, «Notas sobre el “affidamento” familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código civil español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Núm. 3, t. XCV, 1987, pp. 959-1007.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, «Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés», *Diario La Ley*, Núm. 8590, Sección Documento on-line, 24 de julio de 2015. Ref. D-301, <http://diariolaley.laley.es/> (consulta: 30 de septiembre de 2015).

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Responsabilidad civil por daños causados por menores. Aspectos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

DE MARTÍ VALLÉS, Josep, «El ingreso de personas con deterioro cognitivo en residencias», *Diez temas jurídicos del portal de mayores*, MARTÍNEZ MAROTO, Antonio (Coord.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pp. 35-54.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «“Situaciones de desamparo” y “situaciones de riesgo” de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel (Dir.), Universidade da Coruña, 1997, pp. 49-62.

- «Comentario al art. 172 CC», *Comentarios a las reformas del Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 35-88.
- «Capítulo 43. Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)», *Tratado de Derecho de la Familia. Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 309-503.
- «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 3, 2009, pp. 531-580, <http://vlex.com/vid/254271242> (consulta: 10 de diciembre de 2015).

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel y PARRA LUCÁN, Ángeles, *Curso de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Colex, Madrid, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

DE PALMA DEL TESO, Ángeles, *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006.

DE PRADA GONZÁLEZ, José María, «La patria potestad conjunta en la Ley de reforma de 13 de mayo de 1981», *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre 1982, pp. 261-290.

DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, «Tutela, curatela y guarda de menores», *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, CARRANCHO HERRERO, María Teresa (Coord.), Universidad de Burgos, 1999, pp. 78-126.

DE SALAS MURILLO, Sofía, *Responsabilidad Civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en la que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- *La publicidad de la discapacidad en el Registro civil*, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- «Repensar la curatela», *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 27, 2013, pp. 11-48.
- «La opción por la nulidad o anulabilidad en la protección del incapaz y de los que con él contratan», *Nul*, 2006, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=204> (consulta: 9 de febrero de 2016).

DE TORRES PEREA, José, *El interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico («kafala»)», *Diario La Ley*, Núm. 7393, Sección Doctrina, 2010, Año XXXI, <http://diariolaley.laley.es/> (consulta: 8 de febrero de 2015).

DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación en el Derecho privado», *Curso: De la implementación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las*

personas con discapacidad y su aplicación por los operadores jurídicos y sociales: especial referencia al artículo 12, <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Justicia-y-Discapacidad/Cursos/> (consulta: 11 de febrero de 2016).

DELFOSE, Alain y BAILLON-WIRTZ, Nathalie, *La réforme du droit des majeurs protégés. Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*, LexisNexis, Paris, 2009.

DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005.

DELRIEU, Sabrina y ZALEWSKI, Vivien, *Droit des mineurs et des majeurs protégés*, Ellipses, Paris, 2010.

DÍAZ ALABART, Silvia, «La Ley 1/2009 de modificación de la Ley de registro civil y de la protección de las personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, Núm. 17, 2009, pp. 1989-2008.

- «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pp. 795-894.
- «Capítulo II. El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda recogidas en el Código civil», AA. VV., *La protección jurídica de las personas con discapacidad. Estudio de la ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, Ibermutuamur, Madrid, 2004, pp. 70-106.
- «Notas a la responsabilidad de los profesores en la nueva Ley de 7 de enero de 1991», *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, Núm. 11-12, 1991, pp. 439-470.

DÍAZ ALABART, Silvia y ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, «Capítulo III. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad», AA. VV., *La protección jurídica de las personas con discapacidad. Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, Ibermutuamur, Madrid, 2004, pp. 107-132.

BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ ALABART, Silvia y ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y la enseñanza*, Montecorvo, Madrid, 2000.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, María Dolores y HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Lecciones de Derecho de Familia*, Ramón Areces, Madrid, 1999.

DÍEZ JALÓN, María Bueyo, «El nuevo marco legal establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia», *Jornadas sobre protección jurídica en la incapacidad. II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril*, Fundación tutelar de La Rioja, 2007, pp. 7-38, <http://www.fundaciontutelardelarioja.org/jornadas.htm> (consulta: 6 de julio de 2015).

DÍEZ MARTÍNEZ, Ana, «La tutela del interés del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm. 1, vol. 2, 2013, pp. 51-70.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1975.

- *Sistema de Derecho Civil I*, Tecnos, Madrid, 1984.
- *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1990.
- *Sistema de Derecho civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1992.
- *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1997.
- *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2001.
- *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2006.
- *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2011.

DÍEZ- PICAZO, Luis, *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977.

- «El principio de protección integral de los hijos (Tout pour l' enfant)», *Familia y Derecho*, Madrid, 1981, pp. 127-131.

- «Notas sobre la institución tutelar», *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, pp. 203-220.
- «Artículos 199 a 210», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, Ley 51/1982, de 13 de julio y Ley 13/1983, de 24 de octubre*, AMORÓS GUARDIOLA, Manuel y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coords.), Tecnos, Madrid, 1986, pp. 175-196.
- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t. I, Tecnos, Madrid, 1983.
- «Comentario al artículo 1259», *Comentarios del Código civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DíEZ-PICAZO, Luis y otros (Dir.), t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 439-441.

DOGLIOTTI, Massimo, «La potestà dei genitori», *Giurisprudenza del diritto di famiglia*, BESSONE, Mario (a cura), Milano, 2000, pp. 859-1055.

- «Affidamento e adozione», *Tratatto di diritto civile e commerciale*, CICU, Antonio y MESSINEO, Francesco (a cura), t. 3, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1990.

DOLZ LAGO, Manuel, «Protección de menores: algunas cuestiones prácticas de interés para el Ministerio Fiscal», *Seminario de fiscales especialistas en el orden civil, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (Ministerio de Justicia) y Fiscalía General del Estado*, Estudios Jurídicos, 2006 (contenido en CD-Rom).

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «Problemas del consentimiento informado “por representación”», *Consentimiento por representación*, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Coord.), Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 38-101.

BIBLIOGRAFÍA

DOSSETI, Maria, MORETTI, Mimma y MORETTI, Carola, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Ipsoa, Milano, 2004.

DUPUY, Olivier, *Guide de la protection des majeurs. La réforme du 5 mars 2007 expliquée*, Heures de France, Paris, 2009.

DURÁN RIVACOPA, Ramón, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «El acogimiento simple», *Protección de menores, acogimiento y adopción*, ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (Eds.), Marcial Pons, Barcelona, 1999.

- «La tutela de menors a la Llei catalana 11/198, de 13 de juny, de protecció de menors. L'acolliment», *Revista Jurídica de Catalunya*, Núm. 2, 1987, p. 330.

ELÓSEGUI SOTOS, Aurora, «Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de la protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 247-258.

- «Aspectos judiciales. Taller de trabajo», *La tutelas de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, MADRAZO JUANES, José Luis; BASOKO EIZAGIRRE, José Luis y POZO CHICO, José Ignacio (Dirs.), Diputación Foral de Guipúzcoa, Donostia-San Sebastián, 2007, pp. 87-114.

ENNECCERUS, Ludwick y otros, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER Y MICÓ, José (Trads.), t. I, Bosch, Barcelona, 1934.

ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy, «La tutela», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, pp. 245-255.

ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.

ESTRADA ALONSO, Eduardo, «La legitimación del tutor para interponer la demanda de separación del incapacitado», *Actualidad Civil*, Núm. 11, 1999, pp. 293-301.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Ramón Areces, Madrid, 2006.

- «Aproximación a la guarda de hecho como mecanismo de cierre del sistema de protección de las personas con discapacidad», *Jornadas sobre protección jurídica en la incapacidad. II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril*, Fundación tutelar de La Rioja, 2007, pp. 193-225, <http://www.fundaciontutelardelarioja.org/jornadas.htm> (consulta: 6 de febrero de 2013).
- «La atención social de la discapacidad. De la asistencia social al reconocimiento de derechos», *Sumuntán. Revista de estudios sobre sierra mágica*, Núm. 26, 2008, p. 14.
- «Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofia (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 295-338.
- «Desamparo de menores y guarda de hecho. Breve nota sobre los efectos de la concurrencia de ambos», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo*, GONZÁLEZ PORRAS, José y MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando (Coords.), t. I, Universidad de Murcia. Secretariado de publicaciones e intercambio científico, 2004, pp. 1539-1548.
- (3 de junio de 2015), *Responsabilidad civil y penal de tutores, guardadores de hecho y curadores* (Audio podcast).

Recuperado de http://www.ivoox.com/podcast-conferencias-cristobal-fabrega_sq_fl155519_1.html

- «Problemática específica de los internamientos de carácter residencial, medios de contención y vigilancia de los derechos fundamentales en los centros residenciales», *Jornadas organizadas por Aequitas y el Centro de Estudios Jurídicos sobre el ingreso involuntario: novedades y problemática celebradas en Madrid los días 9 y 10 de marzo de 2009*, <http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/actividades/jornadas/jornadas-celebradas> (consulta: 10 de diciembre de 2015).

FAROLFI, Alessandro, «Finalità ed effetti dell'amministrazione di sostegno», *Amministrazione di sostegno. Orientamenti giurisprudenziale e nuove applicazioni*, MASONI, Roberto (a cura), Maggioli, Dogana, 2009, pp. 218-223.

FAVIER, Yann, «Sauvegarde de justice», *Civil Code art. 433 à 439*, fasc. 22, LexisNexis, Paris, 2009.

FELIÚ REY, Manuel, «Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la ley 21/1987, de 11 de noviembre», *Actualidad Civil*, Núm. 35, 1989, pp. 2749-2760.

- *Comentarios a la Ley de adopción*, Tecnos, Madrid, 1989.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «El representante sanitario», *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (Dir.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 163-182.

FERNÁNDEZ LOZANO, José Luis, «La representación», *Instituciones de Derecho Privado*, t. II, vol. I, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 537-923.

FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, Francisco, «La autotutela», *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*, SERRANO GARCÍA, Ignacio (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 59-84.

FERRANDO, Gilda, «Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por la Ley 6/2004 de 9 de enero», *La encrucijada de la*

incapacitación y la discapacidad, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José y PEREÑA VICENTE, Monserrat (Coords.), La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 153-189.

FERRANDO BUNDÍO, Raquel, «Capítulo VII. La guarda de hecho», *Manual de Derecho Aragonés de la persona*, MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coord.), Zaragoza, 2011, pp. 393-410.

FERRER I RIBA, Josep, «Les institucions tutelars en el Codi de Família (I)», *Revista Jurídica la Lley de Catalunya*, Núm. 239, 1999, pp.1-6.

FERRER VANRELL, María, «El acogimiento familiar en la Ley 21/87 como modo de ejercer la potestad de guarda», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 163-218.

FINOCCHIARO, Alfio y FINOCCHIARO, Mario, *Adozione e affidamento dei minori. Commento alla nuova disciplina (l. 28 marzo, n. 149 e d.l. 24 aprile 2001, n. 150)*, Giuffrè, Milano, 2001.

- *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori: commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983, n. 184*, Giuffrè, Milano, 1983.

FLUITERS CASADO, Rafael, «Acogimiento y adopción», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm. 16, 1996, pp. 279-336.

FONT SERRA, Eduardo, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, Atelier, Barcelona, 2003.

FARNÓS AMORÓS, Esther, FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio y SEUBA TORREBLANCA, Joan, «Daños causados por personas con trastornos mentales», Barcelona, 2004, http://www.indret.com/pdf/205_es.pdf (consulta: 14 de diciembre de 2015).

FOSSIER, Thierry, «La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007», *La Semaine Juridique*, Núm. 11, 2007, pp. 15-23.

FUENTE NORIEGA, Margarita, *La patria potestad compartida en el Código civil Español*, Montecorvo, Madrid, 1986.

BIBLIOGRAFÍA

GABRIELLI, Filippo y CARDINALE, Paola, *L'amministrazione di sostegno nella realtà ospedaliera. Teoria e pratica*, Giapichelli, Torino, 2008.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (Coord.), La Ley, Madrid, 2007, pp. 113-180.

GANZENMÜLLER ROIG, Carlos, «La Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Efectos sobre la tutela y las decisiones individuales», *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad, Logroño 7-8 mayo 2009*, Fundación Tutelar de la Rioja, Logroño, 2009, pp. 13-22.

GARCÍA CANO, Tomás, «Autotutela y poderes preventivos», *Actas del XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 117-130, http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/n002863_Voluntades%20anticipadas.pdf (consulta: 27 de diciembre de 2015).

GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Notas sobre el acogimiento familiar», *Actualidad Civil*, Núm. 2, 1992, pp. 305-318.

– «Notas sobre la curatela», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 9, 1984, pp. 787-802.

GARCÍA GARCÍA, Lucía, *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*, Revista General del Derecho, Valencia, 2000.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, Madrid, 1852, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/concordanciasDelCodigoCivilT4.pdf> (consulta: 14 de diciembre de 2015).

GARCÍA GÓMEZ, Ramón, «El contrato de unión civil. Reflexiones sobre la conveniencia de una regulación de las uniones de hecho», *Matrimonio y uniones de hecho*, MARTÍNEZ GALLEGO, Eva (Coord.), Universidad de Salamanca, 2001, pp. 117-154.

GARCÍA LLERENA, Viviana, *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*, Fundación Paideia Galiza, A Coruña, 2002.

- *Una concepción iusfundamental del consentimiento informado: La integridad física en investigación y medicina*, Junta General del Principado de Asturias, Gijón, 2012.

GARCÍA MAS, Francisco, «El menor ante el Derecho Comunitario», *Actualidad Civil*, Núm. 38, 1998, pp. 923-938.

GARCÍA PASTOR, Milagros, *La situación de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

GARCÍA PONS, Antonio, «El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013, fasc. I, pp. 59-147.

- *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Ramón Areces, Madrid, 2008.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992.

- «La nueva legislación alemana sobre tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y Psíquicos: otro modelo», *Actualidad Civil*, Núm. 21, 1999, pp. 553-581.
- «Comentario al artículo 118 del Código penal», *Comentarios al Código Penal*, COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), t. IV, Edersa, Madrid, 2000, pp. 453-489.

GARCÍA Y GARCÍA, Inmaculada, «Notas para una construcción jurídica del acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 4, 1988, pp. 988-1005.

GARCÍA VICENTE, Fernando, «La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 4, 1984, pp. 1033-1052.

BIBLIOGRAFÍA

GASPAR LERA, Silvia, «Artículos 228 a 230», *Código civil comentado. Vol. IV*, CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro y otros (Dirs.), Civitas, Madrid, 2011, pp. 1065-1070.

GERMANO, Emilio, TAUBER, Ernesto, SANSA, Adriano y VITRÒ, Vincenzo, *L'adozione speciale. Nei suoi aspetti medico-psico-sociali e giuridici*, UTET, Torinese, 1971.

GETE-ALONSO Y CALERA, María, *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- «La situación de las personas mayores», *Los derechos de las personas mayores: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, BLÁZQUEZ MARTÍN, Diego (Ed.), Dykinson, Madrid, 2006.

GISBERT JORDÁ, Teresa, «Ley de Protección Jurídica del Menor», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Núm. 1776, 1996, pp. 2585-2608.

GÓMEZ CALLE, Esther, *La responsabilidad civil de los padres*, Montecorvo, Madrid, 1992.

- «Responsabilidad de los padres y centros docentes», *Tratado de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), vol. 3, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 1109-1189.
- «Artículo 1903 y 1904», *Código civil comentado. Vol. IV*, CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro y otros (Dirs.), Civitas, Madrid, 2011, pp. 1464-1477.
- «Capítulo V. Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», *Tratado de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 395-443.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados de España, Madrid, 1990.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos de Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la Legislación española*, Imprenta de Vicente de Lalama, Madrid, 1874.

GÓMEZ OLIVEROS, José María, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 565, 1984, pp. 1407-1449.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora, «El acogimiento familiar», *Revista Jurídica de Asturias*, Núm. 16, 1993, pp. 61-115.

GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, *Régimen jurídico de la protección de la discapacidad por enfermedad mental*, Reus, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ LEÓN, Carmen, *El abandono de menores en el Código civil*, Bosch, Barcelona, 1995.

GONZÁLEZ ORVIZ, María Eloina, *Responsabilidad por culpa «in eligendo» o «in vigilando»*, Bosch, Barcelona, 2007.

GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo, *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, «Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas», *Personalidad y capacidad jurídica*, CASADO RAIGÓN, Rafael y GALLEGU DOMÍNGUEZ, Ignacio (Coords.), Universidad de Córdoba, 2005.

GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986.

GRACIA MARTÍN, Luis, ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente, «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivo de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales (I) y (II)», *Actualidad Civil*, Núm. 29 y 30, 1992, pp. 443-498.

BIBLIOGRAFÍA

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 1, 1996, pp. 1690-1693.

GUTIÉRREZ CALLES, José Luis, *La guarda del enfermo mental: Deberes y responsabilidades (con formularios para facilitar el ejercicio de funciones tutelares)*, Dykinson, Madrid, 2004.

HAUSSER, Jean, «Proteger y respetar a la persona», *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (Dir.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 139-150.

HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, «Nuevos instrumentos jurídicos en la protección de las personas incapaces en el ordenamiento jurídico español: hacia una mayor flexibilización de las instituciones tradicionales», *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. IV, Núm. 26, 2010, pp. 97-112, <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222980006.pdf> (consulta: 24 de febrero de 2016).

- *El acogimiento convencional de menores*, Montecorvo, Madrid, 2002.
- «Hacia la “contractualización” de la protección de menores en el nuevo modelo jurídico francés. El contrato de responsabilidad parental», *Derecho y familia en el siglo XXI. El Derecho de Familia ante los grandes retos del siglo XXI, El Ejido, 19-22 de febrero de 2008. Congreso Mundial de Derecho de Familia y menores*, HERRERA CAMPOS, Ramón y BARRIENTOS RUIZ, Miguel Ángel (Coords.), Universidad de Almería, 2001, p. 885.

HEREDIA PUENTE, Mercedes y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *Protección Legal de incapaces*, Colex, Madrid, 1998.

- «La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces», *La Ley*, Núm. 1, 1998, pp. 2090-2095.

HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo, «Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (aspectos sustantivos y procesales)», *Actualidad Civil*, Núm. 2, 1995, pp. 35-58.

HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, «Comentario al artículo 220», *Comentario al Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 685.

HUYETTE, Michel, DESLOGES, Philippe y otros, *Guide de la protection judiciaire de l'enfant*, Dunod, Paris.

IGLESIAS REDONDO, Juan, *La guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Madrid, 1996.

JEAN, Jaqueline y JEAN, Agnès, *Mieux comprendre la tutelle et curatelle*, Vuibert, Paris, 2008.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco, «Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 623-650.

JORDANO FRAGA, Francisco, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1988.

JOSSERAND, Louis, *Cours de droit civil positif français: conforme aux programmes officiels des facultés de droit*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco, y otros, *Elementos de Derecho civil I. Parte general del Derecho civil*, vol. III, Bosch, Barcelona, 1984.

- *El nuevo régimen de la familia II, Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, Civitas, Madrid, 1982.
- *El nuevo régimen de la familia. III, Tutela e instituciones afines*, Civitas, Madrid, 1984.

BIBLIOGRAFÍA

- *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1989.
- *El nuevo régimen de la Familia, IV. Acogimiento y adopción*, Civitas, Madrid, 1989.
- *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1985.
- *Elementos de Derecho civil IV, Familia*, Dykinson, Madrid, 2002.

LALOU, Henri, *Traité pratique de responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 1962.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, t. IV, Marcial Pons, Madrid, 2008.

- *Compendio de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2009.
- *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- *Principios de Derecho Civil*, t. II, Trivium, Madrid, 1994.

LATOUR BROTONS, Juan, «Responsabilidad civil de los incapaces», *Libro-Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre*, vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, pp. 124-159.

LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen, «La innecesaria incapacitación judicial de mayores discapacitados: un supuesto de retorno a principios romanísticos en algunas legislaciones civiles europeas», *Studia Prawnoustrojowe*, Núm. 13, 2011, pp. 181-193, <http://dlibra.bg.uwm.edu.pl/dlibra/doccontent?id=1488> (consulta: 26 de febrero de 2016).

LEAL PÉREZ-OLAGUE, María, «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *La Ley: Revista jurídica española de legislación, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 2, 1996, p. 1313.

LEBLIC, Isabelle, «Adoções tradicionais kanak e ma'ohi versus adoções internacionais. Duas atitudes diante da mundialização», *Scripta Nova*, Núm. 395,

2012, <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-395/sn-395-7.htm> (consulta: 8 de febrero de 2015).

LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

LEDDA, Gianfranca, THOMAS, Roberto y BRUNO, Maurizio, *Le adozioni*, Buffetti, Roma, 1989.

LEGERÉN MOLINA, Antonio, «Presupuestos de aplicación del artículo 239.3 del Código Civil, la tutela “ex lege” del mayor de edad en situación de desamparo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Núm. 12, 2008, pp. 545-564.

LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, MARTÍNEZ DÍE, Rafael (Dir.), Civitas, Madrid, 2000, pp. 149-217.

- «Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos», *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*, SERRANO GARCÍA, Ignacio (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 231-276.

LEÓN GONZÁLEZ, José María, «Responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», *Estudios de derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, t. IV, EUNSA, 1969, pp. 287-314.

LEOTOING, Marion, «L'adoption des enfants délaissés fait débat», *Travail Social Actualité*, Núm. 2, 2009, pp. 10-12.

LETE DEL RÍO, Manuel, «Comentarios a los artículos 199-332», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.), Edersa, Madrid, 1985, pp. 484-495.

- *La responsabilidad de los órganos tutelares*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Valladolid, 1965.
- «Internamiento por razón de trastorno psíquico», *Actualidad Civil*, Núm. 4, 2002, pp. 1305-1323.

BIBLIOGRAFÍA

LE TOURNEAU, Philippe, *La Responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 1976.

LIDÓN HERAS, Leonor, *La Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad. ¿Por qué una toma de conciencia. Una propuesta para los medios de comunicación?*, Ramón Areces, Madrid, 2011.

LINACERO DE LA FUENTE, María, *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001.

- «La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *Actualidad Civil*, Núm. 4, 1999, pp. 1573-1623.

LISELLA, Gaspare, *Interdizione giudiziale e tutela della persona: gli effetti dell'incapacità legale*, Edizione Schientifiche Italiane, Napoli, 1984.

- «Fondamento e limiti dell'incapacitación nell'ordinamento spagnolo», *Rassegna di Diritto Civile*, t. IV, 1985.

LLEBARÍA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, Bosch, Barcelona, 1990.

- «La protección civil de la dignidad del incapacitado», *Minusválidos psíquicos y derechos del hombre*, MARZAL FUENTES, Antonio (Dir.), Bosch, Barcelona, 2003, pp. 49-138.

LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada, *La pretutela de personas con discapacidad por entidades privadas*, Reus, Madrid, 2013.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos*, Tecnos, Madrid, 1988.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 687, 2005, pp. 31-60.

LÓPEZ GARRIDO, Diego y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Closas-Orcodor, Madrid, 1996.

LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, *La patria potestad: voluntad del titular*, Universidad de Valladolid, 1982.

LÓPEZ SÁNCHEZ-VIZCAÍNO, Aurora, «La declaración de incapacidad: requisitos, problemas, ventajas, inconvenientes. Otras soluciones», *Deficiencia, Enfermedad Mental y senilidad: Mecanismos Legales de Protección*, Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental, 1997, pp. 41-54.

LORCA MARTÍNEZ, José, «La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo», *Actualidad Civil*, Núm. 24, pp. 1817-1823.

LUHMAN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México D.F., 2002.

LUNA SERRANO, Agustín, «El patrimonio protegido del discapacitado», *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*, SERRANO GARCÍA, Ignacio (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 97-143.

MACÍAS DÍAZ, Alberto, «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 701-724 (Contenido en CD-Rom).

MADILE, Juan Alberto, *Sociología Jurídica. La realidad del derecho. Una base científica para su estudio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

MAJADA PLANELLES, Arturo, *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Bosch, Barcelona, 1985.

MALAURIE, Philippe, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ-Lextenso, Paris, 2014.

MANERA, Giovanni, «L’Affidamento familiare: disciplina attuale e prospettive di riforma», *Diritto della famiglia e delle persone*, 1996, Núm. 1, pp. 235-303.

– *L’adozione e l’affidamento familiare: commento alle legge 4 maggio 1983, n. 184*, Jovene, Napoli, 1983.

BIBLIOGRAFÍA

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, t. II, Reus, Madrid, 1914.

– *Comentarios al Código Civil Español*, t. XII, Reus, Madrid, 1973.

MANZANARES, José Luis y CREMADES, Javier, *Comentarios al Código penal*, La Ley, Madrid, 1996.

MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar, «La Ley 1/2009 de reforma de la Ley del Registro Civil y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre sobre Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 725-742 (contenido en CD-Rom).

MARÍN CALERO, Carlos, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Ramón Areces, Madrid, 2006.

MARÍN VELARDE, María, «Los abuelos custodios: de la guarda al acogimiento». *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales, Ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional «La protección de las personas mayores» celebrado del 7 al 9 de octubre de 2009*, PÉREZ GARCÍA, Máximo (Aut.), Idadfe, Madrid, 2009, 12 pp.

MARTÍN AZCANO, Eva María, «La protección de las personas privadas de autonomía en el ordenamiento español», *Biblioteca Digital de la Universidad Rey Juan Carlos*, <https://ciencia.urjc.es/handle/10115/5832?show=full> (consulta: 2 de julio de 2015).

MARTÍN-CASALS, Miquel, «La responsabilidad por hecho ajeno en los “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil”», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 491-518.

MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, «Artículos 1902 a 1910», *Comentarios al Código civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 2046-2078.

MARTÍN PÉREZ, José Antonio, «Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: Revisión del modelo de protección basado en la incapacitación», *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, BLASCO GASCÓ, Francisco, CLEMENTE MEORO, Mario y otros (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1469-1486.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pp. 1391-1498.

- «En torno al artículo 220 del Código Civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Núm. 1, 1984, pp. 501-516.
- «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 15-40.
- *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Pamplona, 2014.
- «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 187-220.

MARTÍNEZ DÍE, Rafael, «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», *La Notaría*, Núm. 2, 2000, pp. 19-40.

- «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», *Estudios de Derecho Judicial*, Núm. 22, 1999, pp. 171-206.

BIBLIOGRAFÍA

- «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial*, GARRIDO MELERO, Martín y FUGARD ESTIVILL, Josep María (Coords.), vol.2, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 125-194.
- «El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias», *La Notaría*, Núm. 5, 2002, pp. 64-78, <http://vlex.com/vid/241410> (consulta: 3 de diciembre de 2015).
- «La protección del incapaz», *Instituciones de Derecho Privado*, DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord.), t. 2, vol. IV, 2002, pp. 585-668.

MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados “apoderamientos preventivos”», *La Notaría*, Núm. 2, 2000, pp. 41-64.

- «La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas», *La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto 2007*, Aranzadi, Pamplona, pp. 249-290.
- «Apoderamientos preventivos y autotutela», *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, MARTÍNEZ DÍE, Rafael (Dir.), Civitas, Madrid, 2000, pp. 115-148.

MARTÍNEZ PEREDA, José, «Capacidad e incapacitación. Discapacidad», *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y GONZÁLEZ VICENTE, Pilar (Coords.), Sepín, Madrid, 2005, pp. 619-686.

MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre, *Droit Civil, Tome I, 2º Vol.: Les personnes*, Sirey, Paris, 1967.

MASSIP, Jacques, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois-Lextenso, Paris, 2009.

MATERA, Pierluigi, «Tre variazioni in tema di amministrazione di sostegno», *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, FERRANDO, Gilda (a cura), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213-234.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria, *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, Cedecs, Barcelona, 2000.

- *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, Comares, Granada, 1999.
- «Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y *nasciturus*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 734, 2012, pp. 3213-3240.

MAYOR FERNÁNDEZ, David, «La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Núm. 2133, julio 2003, pp. 1-37.

MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André, *Traité theorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, Paris, 1965.

MAZZA GALANTI, Francesco, «I diritti dei minori e la Costituzione», *Diritto di famiglia e delle persone*, vol. 7, 1978, pp. 673-687.

MÉNDEZ PÉREZ, José, *El acogimiento de menores. Comentarios. Procedimientos. Formularios. Textos Legales*, Bosch, Barcelona, 1991.

MENDIZÁBAL OSES, Luis, *Derecho de menores. Teoría general*, Madrid, 1977.

MENÉNDEZ MATO, Juan, «La progresiva desnaturalización de las relaciones paterno-filiales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 734, 2012, pp. 3323-3350.

MOLIN, Oliver, *Les tutelles. La protection juridique des majeurs*, Berger-Levlaut, Paris, 2012.

BIBLIOGRAFÍA

MONDÉJAR PEÑA, María, «La figura del cuidador no profesional en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y su encuadre dentro de las instituciones de guarda», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofia (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 781-790.

- «Capítulo VIII. Las instituciones tutelares», *Derecho de Familia*, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Gema y otros (Coords.), Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 2055-2077.

MORALES & SANCHO, *Manual práctico de responsabilidad civil*, Comares, Granada, 1995.

MORENO FLÓREZ, Rosa María, *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2012.

MORENO MOLINA, José Antonio, «La protección internacional de las personas con discapacidad», *Documento de trabajo. Seminario permanente de ciencias sociales*, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, 2005, p. 3-20, <https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/2009/06.pdf> (consulta: 16 de septiembre de 2015).

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta y otros, «La situación de desamparo», *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coord.), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 93-143.

- *El desamparo de menores*, Aranzadi, Pamplona, 2005.
- *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de menores Español*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- «El acogimiento familiar. Regulación, régimen jurídico y naturaleza. Estudio de las distintas clasificaciones de los acogimientos. Su relación con otras figuras jurídicas», *Revista de Derecho de Familia*, Núm. 21, 2003, pp. 35-41.

MORENO TRUJILLO, Eulalia, «Protección de las personas con discapacidad: guarda de hecho y tutela», *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, GARCÍA GARNICA, María del Carmen (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 243-256.

MORENO QUESADA, Bernardo, «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *Revista de Derecho Privado*, 1985, pp. 307-330.

MORETÓN SANZ, María Fernanda, «El guardador de hecho ante la dependencia: revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones “bajo su responsabilidad”», *Diario La Ley*, Núm. 7246, Sección Doctrina, 22 de septiembre de 2009, Año XXX, Ref. D-293, <http://laleydigital.laley.es> (consulta: 21 de diciembre de 2015).

- «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Derecho UNED*, Núm. 6, 2010, pp. 337-368.
- «El guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones: revisión de los procedimientos autonómicos y las declaraciones efectuadas “bajo se responsabilidad”», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 849-890 (contenido en CD-Rom).

MORO, Alfredo Carlo, «Il significato della l. n. 184 del 1983 nell’attuale contesto socio-familiare», AA.VV., *Affidamento e adozione. Le famiglie nel territorio. Atti del 3° seminario di studio promosso dall’Ufficio Famiglia dell’Azione Cattolica*, Ave, Roma, 1983, p. 67-86.

NAVARRO MICHEL, Mónica, *La responsabilidad Civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998.

NEIRINCK, Claire, *Droits de l'enfant et pauvreté*, Dalloz, Paris, 2010.

BIBLIOGRAFÍA

NÚÑEZ CASTILLO, Alicia, «El sistema de protección de menores», *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor: una aproximación interdisciplinar*, GARCÍA GARNICA, María del Carmen (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2008.

NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen, «La guarda de hecho», *Revista de Derecho Privado*, 1999, pp. 428-448.

- «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 5, 1996, pp. 1483-1490.

NÚÑEZ ZORRILLA, María del Carmen, *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, Dykinson, Madrid, 2014.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho», *Los derechos de las personas con discapacidad*, TERREROS, José Luis (Coord.), vol. I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 289-364.

- «Autotutela: propuesta de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», *Economist & Iuris*, Núm. 100, Madrid, 2006, p. 64.
- *Código civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2004.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier y PEDREIRA ANDRADE, Antonio, *Introducción al Derecho y al Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Ramón Areces, Madrid, 1993.

OCÓN DOMINGO, José, «Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Núm. 45, 2003, pp. 13-30.

OGAYAR AYLLÓN, Tomás y LETE DEL RÍO, José Manuel, «Artículos 181 a 332», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (Dirs.), t. IV, Edersa, Madrid, 2004, pp. 1-516.

OLIVER, Michael, *Understanding disability: from theory to practice*, Palgrave-Macmillan, London, 2009.

ORDÁS ALONSO, Marta, «Artículos 222 a 233», *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 361-377.

ORTEGA PARDO, Gregorio, *La tutela de hecho*, Instituto Reus, Madrid, 1947.

OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, «Notas acerca de la propuesta previa de la adopción», *Actualidad Civil*, Núm. 2, 1990, pp. 227-239.

PACHECO, Joaquín Francisco, *Código Penal comentado y concordado*, Edisofer, Madrid, 2000.

PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores, «Reflexiones críticas sobre la constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad y su utilidad práctica», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 923-948 (contenido en CD-Rom).

- «Capítulo XV. La responsabilidad civil derivada de la infracción (II)», *El sistema español de justicia juvenil*, HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel (Coord.), Dykinson, Madrid, 2002, pp. 337-364.

PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores y BERNAL DEL CASTILLO, Ángel, «Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda y sus relaciones con el acogimiento», *Actualidad Civil*, Núm. 13, 1994, pp. 229-241.

PALACIOS RIZZO, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

- «La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española», *Hacia un Derecho de la discapacidad, Estudios en homenaje al Profesor Rafael de*

BIBLIOGRAFÍA

Lorenzo, PÉREZ BUENO, Luis (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 143-180.

PALACIOS RIZZO, Agustina y ROMANACH CABRERO, Javier, *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversitas, Madrid, 2006.

PALACIOS RIZZO, Agustina y BARIFFI, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad*, TRUJILLO JIMÉNEZ, Esther y PÉREZ BUENO, Luis Cayo (Dir.), Cinca, Madrid, 2007.

PANIZA FULLANA, Antonia, «La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm. 8, 2015, pp. 141-152.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad por los daños causados por menores no emancipados», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 6, 1984, pp. 1979-1990.

- «Responsabilidad por hecho ajeno», *Enciclopedia Jurídica Básica*, MONTOYA MELGAR, Alfredo (Dir.), vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 5957.
- «Responsabilidad civil extracontractual», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 2, 1983, pp. 447-458.

PANTOJA GARCÍA, Félix, *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997.

PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997. Responsabilidad civil por los daños causados por enfermo mental no incapacitado; responsabilidad derivada de delito; responsabilidad de los padres por no incapacitar al dañante», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 44, 1997, pp. 775-792.

- «Comentario a los artículos 259-313», *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2361-2553.
- «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. II, DÍEZ-PICAZO, Luis (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 2483-2509.
- «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 211-264.
- «Artículos 1902-1910», *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, LÓPEZ FRÍAS, Ana María y PASQUAU LIAÑO, Miguel (Coords.), Comares, Granada, 2000, pp. 3314- 3456.
- «Instituciones de guarda. La tutela», *Tratado de Derecho de Familia*, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (Dirs.), vol. VI, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 179-341.
- «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», *Actas del XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 77-116, http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002863_Voluntades%20anticipadas.pdf (consulta: 27 de diciembre de 2015).

PASCUAL ESTEBAN, José, «La tutela y la guarda de menores por las entidades públicas. El acogimiento. La adopción», *Revista de Derecho Notarial*, Núm. 140, 1988, pp. 261-281.

PASQUAU LIAÑO, Miguel, *La gestión de negocios ajenos*, Montecorvo, Madrid, 2002.

BIBLIOGRAFÍA

PASSANANTE, Luca, «Il procedimento in materia di amministrazione di sostegno», *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, FERRANDO, Gilda y LENTI, Leonardo (a cura), Giappichelli, Torino, 2006, pp. 233-285.

PECAUT-RIVOLIER, Laurence, *Protéger a un majeur vulnérable*, Delmasexpress, Paris, 2013.

PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, Temis, Montevideo, 1956.

PELOSI, Angelo Carlo, *La patria potestà*, Giuffrè, Milano, 1965.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de Familia*, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1989.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Artículos 1902 a 1910», *Comentarios al Código civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 2178-2195.

- «Artículos 1902 a 1910», *Comentarios al Código civil, Tomo IX*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 12960-13048.

PEREÑA VICENTE, Monserrat, «Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, Núm. 703, 2007, pp. 2235-2253.

- «El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código civil español y francés», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Núm. 2040, 2007, pp. 2647-2659.
- «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», *Diario La Ley*, Núm. 7691, 2011.
- *Dependencia e incapacidad. La libertad de elección del cuidador o del tutor*, Ramón Areces, Madrid, 2008.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel, *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989.

- «La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores», *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Universidade da Coruña, 1997, pp. 23-36.

PÉREZ BUENO, Luis, «La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la Convención. Una visión desde el movimiento asociativo español», *Discapacidad, derecho y políticas de inclusión*, Cinca, Madrid, 2010, pp. 65-79.

- «La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios», *Capacidad jurídica y discapacidad (Un estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)*, SOTO RUIZ, José Javier (Dir.), t. I, 2009, pp. 7-30, http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad_new.html (consulta: 29 de marzo de 2015).

PÉREZ DE CASTRO, Nazaret, «La situación legal de desamparo», *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, Núm. 23, 1998, pp. 153-171.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, «La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 23, 2009, pp. 335-368.

- «La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho Privado español», *Capacidad jurídica y discapacidad (Un estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)*, SOTO RUIZ, José Javier (Dir.), t. I, 2009, pp. 31-49,

BIBLIOGRAFÍA

http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad_new.html

(consulta: 29 de marzo de 2015).

PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Derecho de Familia V. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova, Valladolid, 1995.

PÉREZ MONGE, Marina, «Regulación de la guarda de hecho en la Ley de Derecho de la Persona de Aragón», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídicos-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 339-396.

– «Comentario del artículo 303 al 306 del Código Civil», *Código Civil Comentado*, DE PABLO CONTRERAS, Pedro y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Coords.), vol. 1, Civitas, Madrid, 2011, pp. 1308-1322.

PÉREZ OREIRO, José Ramón, «Capítulo IV. La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, CARRANCHO HERRERO, María Teresa (Coord.), Universidad de Burgos, 1999, pp. 174-245.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita, «Los hijos menores de edad en la Ley 1/2000», AA.VV., *Los hijos menores de edad en situación de crisis matrimonial*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 219-246.

PERLINGERI, Pietro, «Gli istituti di protezione e di promozione dell'infermo di mente. A propósito dell'handicappato psichico permanente», *Rassegna di Diritto Civile*, 1985, pp. 46-61.

PERLINGIERI, Pietro, PROCIDA, Antonino y DI LAURO, Mirabelli, *La nuova legge sull'adozione. Commentario alla legge 4 maggio 1983, n. 184*, BIANCA, Cesare Massimo, BUSNELLI, Francesco Donato, FRANCHI, Giuseppe y SCHIPANI, Sandro (a cura), Cedam, Padova, 1985, pp. 15-42.

PICONTÓ NOVALES, Teresa, *La protección de la infancia: aspectos sociales y jurídicos*, Egido, Zaragoza, 1996.

PILLADO MONTERO, Antonio, «Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción», *Revista de Derecho Privado*, 1987, pp. 447-457.

POZO MOREIRA, Francisco, «La reforma del Registro Civil por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos», *Diario La Ley*, Núm. 7166.

PIÑAR LÓPEZ, Blas, «La Tutela: principios y órganos», *Revista de Derecho Notarial*, 1966, pp. 181-217.

PIRSON, Roger y DE VILLE, Albert, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Bruxelles, Paris, 1935.

POUS DE LA FLOR, María Paz, «La adopción», *Curso sobre la protección jurídica del menor*, TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes (Coord.), Colex, Madrid, 2001, pp. 71-98.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, *Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, Bosch, Barcelona, 1983.

PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, *La tutela y otras instituciones de protección de la persona. Un estudio de sentencias, autos y resoluciones*, Atelier, Barcelona, 2004.

QUINN, Gerard y DEGENER, Theresia y otros, *Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Naciones Unidas, Ginebra, 2002, <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/614> (consulta: 16 de septiembre de 2015).

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

BIBLIOGRAFÍA

RAISON, André, *Le statut des incapables mineurs ou majeurs: après la loi du 14 décembre 1964 et la loi du 3 janvier 1968*, Libraire du journal et des notaires et des avocats, Paris, 1969.

RAMS ALBESA, Joaquín, «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 723, 2011, pp. 211-296.

RAMOS, César José, «Situaciones de hecho. Consideraciones sobre la recepción del hecho en el Derecho de Familia venezolano», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Núm. 85, 1992, pp. 336-415.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, Núm. 2, 2012, pp. 89-108.

REBOLLEDO VARELA, Miguel, «Procedimientos Judiciales de acogimiento y adopción: La exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel (Dir.), Universidade da Coruña, 1997, pp. 63-85.

REPRESA POLO, María Patricia, «Capítulo V. Extinción del mandato por incapacitación, autotutela y tutela automática de los incapaces», *La protección jurídica de las personas con discapacidad. Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, DÍAZ ALABART, Silvia (Dir.), Ibermutuamur, Madrid, 2004, http://www.ibertalleres.com/web_jurídica/inicial.htm (consulta: 27 de diciembre de 2015).

RICO PÉREZ, Francisco, *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1980.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», *Revista Jurídica del Notariado*, Núm. 26, 1998, pp. 123-380.

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, «Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho», *Nul*, 2006, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=331> (consulta: 17 de junio de 2013).

- «¿Realiza el guardador de hecho una función que le legitima para la obtención de información jurídica y económica de los organismos públicos?», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 1000-1022.
- «La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 90, 2006, pp. 83-102.

RIBERA I GARIJO, Elena, «Algunas cuestiones sobre el internamiento de enfermos mentales», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 90, Núm. 1, 1991, pp. 171-182.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997.

- «La guarda y custodia de los hijos y el derecho de visita tras la crisis matrimonial», *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial: IV Seminario de Estudios Jurídicos*, CERVILLA GARZÓN, María (Coord.), Universidad de Cádiz, 1996, pp. 61-134.
- «Artículos 92 a 94», *Comentarios al Código civil*, RAMS ALBESA, Joaquín (Coord.), t. II, vol. 2, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 917-933.
- *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.
- *Representación sin poder y ratificación*, Civitas, Pamplona, 2013.

ROCA GUILLAMÓN, Juan, «Comentario al artículo 202», *Comentarios del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, 1991, Madrid, pp. 637-640.

ROCA I TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

BIBLIOGRAFÍA

- *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

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

- «Comentario a los artículos 303 a 306», *Comentarios del Código civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, Díez-PICAZO, Luis y otros (Dir.), t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 860-871.
- «La tutela del deficiente mental», *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*, Díez-PICAZO, Luis (Dir.), Madrid, 1975, pp. 211-220.
- «La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 4, 1976, pp. 1234-1249.
- «Comentario al artículo 229», *Comentarios del Código civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, Díez-PICAZO, Luis y otros (Dir.), t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 711-712.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *La tutela*, Bosch, Barcelona, 1954.

RODRÍGUEZ SOL, Luis, «La protección y acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y doctrina*, Núm. 1, 1993, pp. 1097-1116.

ROMERO CANDAU, Pedro Antonio, «Posibilidades de autoprovisión de quien conoce su pérdida progresiva de su capacidad», *Academia Sevillana del Notariado*, t. VII, 1995, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/posibilidades-autoprevisión-conoce-progresiva-234781> (consulta: 27 de diciembre de 2015).

ROSSI CARLEO, Liliana, «Adozione dei minori», *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, 1997, pp. 4-43.

- «L'affidamento e le adozione», *Trattato di Diritto Privato*, 4, RESCIGNO, Pietro (Dir.), UTET, Torino, 1986, pp. 238-281.

RUBIO GARCÍA-MINA, Jesús, *La responsabilidad civil del empresario. Discurso leído el día 11 de enero de 1971*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971.

RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Manuel María, «La guarda de hecho. Personas mayores, vida independiente y soluciones jurídicas», <http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/documentacion/trabajos-y-ponencias> (consulta: 13 de mayo de 2014).

RUEDA ESTRADA, Daniel, «Alternativas a los procesos de incapacitación judicial a la Luz de la Convención Internacional de las personas con discapacidad», *Revista Atlántida*, 2, diciembre 2010, pp. 197-211.

RUIZ JIMÉNEZ, Juana, «La responsabilidad de los tutores por los daños cometidos por sus tutelados», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 715, 2009, pp. 2671-2677.

RUIZ-RICO RUIZ, José, *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, Comares, Granada, 1989.

- «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, Núm. 2, 1988, pp. 57-83.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, «El sistema tutelar», *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y sucesiones*, MORENO QUESADA, Bernardo (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 320-360.

RUÍZ VADILLO, Enrique, *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1985.

SACCHETI, Lamberto, *Il commentario dell'adozione e dell'affidamento*, Maggioli, Rimini, 1986.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Belén, «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», *Revista de Derecho Civil*, Núm. 4, 2014, pp. 107-153.

BIBLIOGRAFÍA

SALANOVA VILLANUEVA, Marta, «Aproximación al derecho de visita», *Actualidad Civil*, Núm. 2, 1995, pp. 485-517.

SALVADOR CORDECH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio, «Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», Barcelona, 2002, en http://www.indret.com/pdf/088_es.pdf (consulta: 14 de diciembre de 2015).

SALVAGE-GEREST, Pascale, «Minorité. Généralités sur les cas d'ouverture des différents régimes de protection», *JurisClasseur. Notarial Répertoire*, fasc. 1, 2015, <http://www.lexisnexis.fr> (consulta: 1 de febrero de 2016).

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, *La gestión de negocios ajenos*, Civitas, Madrid, 2000.

SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- «Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado», Barcelona, 2004, http://www.indret.com/pdf/209_es.pdf (consulta: 17 de febrero de 2016).

SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho de Daños*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

- *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Montecorvo, Madrid, 2001.
- *Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Montecorvo, Madrid, 1981.

SANTOS BRIZ, Jaime, DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y otros, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, Bosch, Barcelona, 2008.

SANTOS MORÓN, María José, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 de la LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SANTOS URBANEJA, Fernando, «Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código civil», *Jornadas sobre la protección jurídica en la incapacidad*, Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007, pp. 143-163.

- «Dos cuestiones relativas a la protección legal de las personas mayores: ¿Qué debemos proteger?, ¿qué significa capacidad para decidir por sí mismas?», *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas Legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas Mayores*, GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel y GALLEGU DOMÍNGUEZ, Ignacio (Coords.), Obra Social y Cultural Cajastur, Córdoba, 2001, pp. 71-86.
- «Causa y motivo de la Incapacitación civil. Una reflexión sobre el Artículo 200 del Código civil», *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Madrid, Fundación Aequitas, 2004, pp. 25-40.

SAURA MARTÍNEZ, Fernando, *Incapacitación y tuición*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 110.

SCHULZ, Marianne y DOUBLEIN, Corinne, *Droit et pratique de l'adoption*, Berger-Levrault, Paris, 2013.

SEDA HERMOSÍN, Manuel Antonio, «El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad», *Academia Sevillana del Notariado*, t. XVI, vol. 2, 2008, pp. 1-31.

SEGURA ZURBANO, José María, «La auto-incapacitación, la auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacidad», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm. 20, 2005.

- «Preparación de la tutela. Instrumentos disponibles para facilitar al futuro tutor el ejercicio de su responsabilidad», *La tutelas de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, MADRAZO JUANES, José Luis, BASOKO EIZAGIRRE,

BIBLIOGRAFÍA

José Luis y POZO CHICO, José Ignacio (Dirs.), Diputación Foral de Guipúzcoa, Donostia-San Sebastián, 2007, pp. 41-56.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana, «Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales. A propósito de los artículos 118.1.1 del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil», *Actualidad Civil*, Núm. 1, 1999, pp. 261-270.

SERNA MEROÑO, Encarnación, «Artículo 1259», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Artículos 1254 a 1260*, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (Dirs.), t. XVII, vol. 1 A, Edersa, Madrid, 1993, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-1-259-262376> (consulta: 16 de diciembre de 2015).

SERRANO ALONSO, Eduardo, «Artículos 303 a 306», *Comentario del Código Civil*, 2, SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Coord.), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 690-694.

– «Artículo 229», *Comentario del Código civil*, 2, SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Coord.), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 585-586.

SERRANO FERNÁNDEZ, María, «Artículos 222 a 233», *Comentarios al Código civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), Lex Nova, 2010, pp. 348-359.

SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, Madrid, 2008.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, Manuel, *Abandono y Desamparo de menores en el Derecho civil Español*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004.

SILLERO CROVETTO, Blanca, «Implicancias del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el sistema jurídico español», *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José González García*, JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 139-162.

SILVIA MELERO, Valentín, *El problema de la responsabilidad en el Derecho penal*, Reus, Madrid, 1951.

SILVA VALLEJO, José Antonio, *El pensamiento Jurídico y Filosófico*, t. I, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2009, pp. V-VI.

SILVERS, Anita, «No talent? Beyond the worst off! A diverse theory of justice for disability», *Disability and Disadvantage*, BROWNLEE, Kimberley y CURETON, Adam (Eds.), Oxford University Press, 2009, pp. 163-199.

SOLER PRESAS, Ana, CARRETERO GONZÁLEZ, CRISTINA y SIEIRA MUCIENTES, Sara, «El acogimiento familiar», *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coord.), Dykinson, Madrid, 2007, pp.146-174.

SORIANO CAMPOS, Remei, «Autotutela. Algunas notas sobre esta nueva figura jurídica», *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004, pp. 287-292.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, «Comentario al Capítulo V. Guarda de hecho», *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, PUIG BLANES, Francisco de Paula y SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coords.), Civitas, Madrid, 2013, pp. 221-224.

SOTO NIETO, Francisco, *La responsabilidad en el accidente automovilístico. Responsabilidad objetiva*, Revista de Derecho Judicial, Madrid, 1972.

STEIN, Michael Ashley y LORD, Janet E., «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como un medio para la transformación social», *Mecanismos nacionales de monitoreo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F., 2008, pp. 11-26, http://www.libreacceso.org/downloads/0805_libro_discapacidad.pdf (consulta: 17 de julio de 2014).

SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José María, «La institución tutelar», *Instituciones de derecho privado*, DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco y GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel (Coords.), vol. IV, Civitas, Madrid, 2002, pp. 425-584.

BIBLIOGRAFÍA

SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José María y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Fernando, «Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 65, 1981, pp. 851-891.

SUMIEN, Paul, «Essai sur les tuteurs de fait, etude de jurisprudence», *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, II, 1903, pp. 781-810.

TABORDA LEÓN, Iván, «Problemática probatoria frente al tema de las uniones maritales de hecho», *Revista Vía Iuris*, Núm. 9, 2010, pp. 109-119.

TAGLIAFERRI, Claudio, *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, La tribuna, Piacenza, 2010.

TAULER ROMERO, Mercedes, «La responsabilidad civil en el desarrollo de la actividad educativa privada», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 78, 1994, pp. 639-658.

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «Notas críticas sobre las divergencias entre las normas civiles y administrativas entorno a la figura del guardador de hecho para las personas mayores», *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales, Ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional "La protección de las personas mayores" celebrado del 7 al 9 de octubre de 2009*, PÉREZ GARCÍA, Máximo (Aut.), Idadfe, Madrid, 2009, 30 pp.

- «La guarda y acogimiento de menores», *Curso sobre la protección jurídica del menor*, POUS DE LA FLOR, María (Coord.), Colex, Madrid, 2001, pp. 135-171.
- «Acogimiento de las personas mayores y guarda de hecho», *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, MORETÓN SANZ, María Fernanda y LÓPEZ PELÁEZ, Patricia (Coords.), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 234-257.

TENA PIAZUELO, Isaac, «Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996», *Revista jurídica de Navarra*, Núm. 24, 1997, pp. 243-266.

TOLIVAR ALAS, Leopoldo, «Aspectos jurídicos-administrativos de la protección del menor», *Revista de la Administración Pública*, Núm. 124, 1991, pp. 35-63.

TORRALBA SORIANO, Vicente, «La llamada incapacidad natural», AA.VV., *Libro homenaje al Profesor Luis Martín-Ballester*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, 1983, pp. 569-580.

TOSCANO GIL, Francisco, «Acogimiento de menores y Administraciones públicas competentes en Andalucía», *Actualidad Administrativa*, t. 1, Madrid, 2006, pp. 22-28.

TRABUCCHI, Alberto, «Adozione: in generale», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, I, PARADISI, Bruno (a cura), Roma, 1988, pp. 1-33.

UTRERA GUTIÉRREZ, José, «Protección de Menores: acogimiento, adopción y tutela», *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, GONZÁLEZ PÓVEDA, Pedro, y GONZÁLVEZ VICENTE, Pilar (Coords.), Sepín, Madrid, 2005, 291-364.

VALENTÍN GAMAZO Y ALCALÁ, Isabel, «Régimen jurídico de la protección del menor en el Derecho Internacional Privado», *Actualidad Civil*, Núm. 31, 2000, pp. 1167-1177.

VALLADARES RASCÓN, Etelvina, «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», *Centenario del Código civil*, t. II, Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 2041- 2068.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, María, *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Universidad de Sevilla, 1982.

VARELA AUTRÁN, Benigno, «La protección jurídica de las personas con capacidad intelectual límite: curatela, guarda de hecho y otras figuras», *La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto 2007*, MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel (Dir.), Aranzadi, Pamplona, pp.73-123.

BIBLIOGRAFÍA

VARELA GARCÍA, Carlos, «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto», *Actualidad Civil*, Núm. 1, 1997, pp. 261-282.

VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional. Ley 21/87 de 11 de noviembre*, Comares, Granada, 1994.

- «El desamparo de menores y consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/1987», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 611-695.

VATTIER LAGARRIGUE, Carlos, «Contribución al estudio del acogimiento», *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, CARRANCHO HERRERO, María (Coord.), Universidad de Burgos, 1999, pp. 136-159.

VATTIER FUENZALIZADA, Carlos, *Sobre la estructura de las obligaciones*, Universidad de Palma de Mallorca, 1980.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, «Comentario al artículo 229», <http://vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-civil-75201939> (consulta: 10 de diciembre de 2015).

VENCHIARUTTI, Angelo, *La protezione civilistica dell'incapace*, Giuffrè, Milano, 1995.

VENTOSO ESCRIBANO, Alonso, *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985.

VERDE, Filippo, *Adozione ed affidamento familiare. Rapporti patrimoniali tra coniugi*, CEDAM, Padova, 1994.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «El interés superior del menor», *Derecho de la persona*, RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (Coord.), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 25-47.

VINCENT LÓPEZ, Cristina, «Notas sobre el acogimiento preadoptivo en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor», *Revista General de Derecho*, Núm. 652-653, 1999, pp. 85-100.

VINCENT, Henry, *Majeurs protégés. Au 1er janvier 2009*, Lefebvre, Paris, 2008.

VIVANCOS SÁNCHEZ, Magdalena, «Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo», *Actualidad Civil*, Núm. 5, 2000, pp. 1753-1763.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, «Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad», *Revista de derecho UNED*, Núm. 7, 2010, pp. 561-596, <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11037> (consulta: 16 de diciembre de 2015).

- *Más allá de la capacidad de entender y querer...Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Observatorio estatal de la discapacidad, Futuex, Badajoz, 2012.
- «Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad», *Revista de Derecho*, Núm. 1, 2009, pp. 55-76.
- «Los efectos civiles del reconocimiento de la minusvalía tras la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, DE SALAS MURILLO, Sofía (Coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 1053-1083 (contenido en CD-Rom).

VOCATURO, Simona, «L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap», *Rivista del Notariato*, 2004, I, pp. 241-248.

VON KIRCHMAN, Julius, *La jurisprudencia no es ciencia*, TRUYOL Y SERRA, Antonio (Trad.), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.

BIBLIOGRAFÍA

WONG, Catherine, *Guide des tutelles et de la protection des majeurs*, Dunod, Paris, 2009.

XIOL RÍOS, Juan, *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero*, t. III, Sepín, Madrid, 2008.

YÁÑEZ VIVERO, María Fátima. «La responsabilidad derivada de los daños causados por las personas mayores incapaces», *La protección de las personas mayores incapaces*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 273-293.

- «La responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por personas que sufren un trastorno psíquico: dualidad normativa y necesidad de unificación», *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, BLASCO GASCÓ, Francisco, CLEMENTE MEORO, Mario y otros (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2929-2948.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares. Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil, títulos IX y X del Libro I*, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y otros (Coord.), ICAI, Madrid, 1984, pp. 137-153.

- «La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código civil en materia de tutela», *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares. Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil, títulos IX y X del Libro I*, YZQUIERDO TOLSADA y otros (Coord.), ICAI, Madrid, 1984, pp. 155-186.
- *Aspectos civiles del nuevo Código penal. Responsabilidad Civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos*, Dykinson, Madrid, 1997.

- «La responsabilidad civil en el proceso penal», *Tratado de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 445-517.
- «Responsabilidad civil y guarda legal», *Documentación Jurídica*, t. XI, Núm. 41, 1984, pp. 77-91.
- «Capítulo 47. La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *Tratado de Derecho de la familia. Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 897-995.
- *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis y otros, *Temas de actualidad en Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2006.

ZURITA MARTÍN, Isabel, *Protección civil de la ancianidad*, Dykinson, Madrid, 2004.