



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

La guarda de hecho

Autor:	Patricia Anahí Lescano Feria
Tutor (es):	Ramón Durán Rivacoba/ Dolores Palacios González
Máster:	Protección jurídica de personas y grupos vulnerables
Curso Académico:	2011/2012

SUMARIO

TABLA DE ABREVIATURAS	5
RESUMEN Y PALABRAS CLAVE	7
INTRODUCCIÓN	9

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES DE LA GUARDA DE HECHO

I. Concepto, caracteres y naturaleza jurídica	12
A. Indefinición legal del fenómeno	15
B. Caracteres: fáctica, sobrevenida, y transitoria	18
C. Distinción con otros supuestos: guarda de hecho y gestión de negocios.....	21
II. Supuestos de guarda de hecho	24
III. Sujetos que intervienen en la guarda de hecho	27
A. El guardado	27
1. Menores y guarda de hecho: especial referencia a la situación de desamparo y a la actuación administrativa.....	27

a. Guarda de tercero sin convención con los titulares de la patria potestad familiar.....	35
b. Entrega del menor con pactos de delegación de facultades paternas o tutelares.....	40
2. Guarda de hecho de incapaces no incapacitados.....	43
a. Las instituciones de protección tradicionales y sus limitaciones.....	43
b. La guarda de hecho como mecanismo de protección.....	45
c. Guarda de hecho y ley de la dependencia.....	47
3. Los incapacitados y la guarda de hecho.....	50
B. El guardador.....	51
1. Inexistencia del deber legal del guardador de instar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar.....	52
2. La cuestión de la retribución al guardador.....	54

CAPITULO SEGUNDO

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GUARDA DE HECHO

I. Intervención judicial, medidas de control y vigilancia en la guarda de hecho.....	58
A. El informe del guardador.....	58
B. Las medidas de control y vigilancia.....	60
II. Valor jurídico de los actos realizados por el guardador de hecho.....	64
A. Actos realizados en la esfera personal del guardado.....	66
B. Actos realizados en la esfera patrimonial del guardado.....	68
C. Constatación de la existencia de la guarda de hecho.....	69
III. La responsabilidad civil y la guarda de hecho.....	73
A. Indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al guardador.....	73
B. Responsabilidad por los daños ocasionados al guardado.....	74

1. Responsabilidad derivada del artículo 229 CC.....	74
a. Ámbito de aplicación	75
b. Situación del incapaz no incapacitado	76
2. Responsabilidad derivada del artículo 1902	79
C. Responsabilidad por los daños que ocasione el guardado a terceros.....	80
1. Posible aplicación del artículo 1903 CC	80
2. La regulación de la Responsabilidad del guardador de hecho en el ámbito penal: Código Penal de 1995 y Ley 5/2000 de Responsabilidad Penal del menor.....	86
3. Derecho de repetición	89
IV. Otros posibles responsables	90
CONCLUSIONES.....	92
BIBLIOGRAFÍA.....	98
ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES.....	106

TABLA DE ABREVIATURAS

A	Auto
AP	Audiencia Provincial
art. (arts.)	artículo (s)
AA. VV.	Autores Varios
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCC	Código Civil de Cataluña
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
Cfr.	Confróntese
coord.	coordinador
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
dir.	Director
ed.	editor
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FGE	Fiscalía General del Estado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJCA	Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa
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

nº	número
p. (pp.)	página (s)
R	Resolución
S (SS)	Sentencia (s)
ss.	siguientes
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>V. gr.</i>	<i>Verbi gratia</i>
<i>vid.</i>	véase
Vol.	Volumen

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

Tras la reforma del Código Civil, llevada a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, la guarda de hecho adquiere reconocimiento legal como mecanismo de protección. Sin embargo, la regulación es escasa lo que exige 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 especialmente vulnerables, no exige necesariamente que, para lograr la protección de su persona y patrimonio haya de acudirse al procedimiento de la modificación de la capacidad para obrar, sino que pueden existir otros instrumentos respetuosos con su capacidad natural y libre desarrollo de su personalidad, como la guarda de hecho. En tal contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de dicho mecanismo protector tanto en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, y teniendo en cuenta no sólo la regulación que, con relación a tal figura jurídica se contiene en el Código Civil Español, sino también en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón, y en el Código Civil Catalán.

Palabras clave: Guarda de hecho, menores, desamparo, patria potestad, incapaz, incapacitado, responsabilidad civil.

ABSTRACT AND KEYWORDS

After the reform of the Civil Code, instituted through Act 13/1983 of 24 October, de-facto guardianship acquired legal recognition as is a protection mechanism. The implementing regulation, however, is sparse; thus, a large amount of complementary and implementing work is left to legal doctrine. Some authorities opt to take a broad view of de-facto guardianship encompassing a large number of cases; others defend a more-restricted conception. At all events, the sphere of the protection afforded by de-facto guardianship covers minors and unable non disable and disable people, with respect to whom some of the functions characteristic of institutions of protection and guardianship are exercised. There are people who belong to certain especially vulnerable collectives. Protection for precisely these sorts of people does not necessarily require a court order declaring the people in question incapable in order to protect their person and estate. There are other instruments that can be used, which respect the natural capability and free expression of personality of the persons protected. One such instrument is provisional de-facto guardianship. In that context, this study focuses on an analysis of this protective mechanism in both legal doctrine and case law. Account is taken of the way the concept is regulated in not only the Spanish Civil Code, but also Legislative Decree 1/2001 of 22 march by approving the Code of Law of Aragon and the Catalanian Civil Code.

Keywords: De-facto guardianship, minor, abandonment, custody, unable, disabled, civil liability.

INTRODUCCIÓN

No es una novedad que en la actualidad, y ya desde antiguo, existan personas desvalidas que son cuidadas y amparadas por otras de modo espontáneo y natural, sin haber sido formalmente investidas de la condición de tutor. A esta realidad se le denomina guarda de hecho.

La guarda de hecho, no es una mera entelequia doctrinal. Al contrario, se trata de una práctica muy extendida, una realidad cotidiana de gran trascendencia en la vida diaria y con un enorme impacto social. Esta extensión se debe, fundamentalmente, al rechazo de la intervención pública cuando existe una situación de armonía familiar, a la desconfianza que muchos guardadores de hecho sienten hacia las formalidades legales, al desconocimiento de las formalidades a seguir para constituir los organismos tutelares, o al temor a los costes que pueda generar el procedimiento de la modificación de la capacidad de obrar. A pesar de esta importancia social, la guarda de hecho sólo se contempla en tres artículos del Código Civil 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 miran con desconfianza a la guarda de hecho y se muestran reticentes a su práctica. Asimismo, consideran que se trata de una situación transitoria que debe terminar lo antes posible, para dar lugar a los organismos tutelares.

En esta investigación se establece el régimen jurídico de la guarda de hecho y se determina que es una institución de protección privada que actúa como cierre de todas las demás, con el fin de evitar que existan personas desamparadas. Es decir, que una vez que se constate la presencia de un guardador de hecho no será necesaria la constitución de otro mecanismo de protección, porque las necesidades del guardado están totalmente cubiertas. Esta afirmación debe ser matizada dependiendo

de si la guarda de hecho se ejerce en menores o en mayores que tienen limitada su capacidad de obrar.

En menores, la guarda de hecho se analiza junto a la declaración de desamparo y la intervención administrativa. La doctrina se cuestiona si es viable que la Administración declare el desamparo (falta de asistencia moral y material) y asuma la tutela (artículo 172 CC) cuando un menor se encuentra asistido de forma integral por un guardador de hecho, o si, por el contrario, es conveniente mantener al menor bajo la protección de aquél. La solución depende del caso concreto y siempre en atención al superior interés del menor.

Por otro lado, en el caso de mayores la guarda de hecho se examina junto al proceso de la modificación de la capacidad para obrar. Si la persona que tiene limitada su capacidad encuentra complementadas sus limitaciones de autogobierno porque el guardador de hecho le brinda los cuidados y la protección que necesita, no existe motivo para iniciar el procedimiento de incapacitación. Son muchos los supuestos en que la incapacitación no viene a proteger nada que no esté protegido, ni reporta ningún beneficio. Se debe reservar el procedimiento a los supuestos más graves, donde la situación del incapaz realmente lo amerite. Por tanto, en este caso, si la guarda de hecho cumple con la finalidad protectora, se puede predicar su permanencia sin perjuicio que la autoridad judicial establezca las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

En resumen, con este trabajo de investigación pretendo realizar un acercamiento a la figura de la guarda de hecho. Mi propósito es superar las incorrecciones de la regulación y colmar las lagunas que presenta. Así como, proclamar su utilidad en los supuestos que lo demande el interés del guardado.

Para abordar el tema, el trabajo se ha dividido en dos capítulos. En el primero se busca concretar, jurídicamente, la figura del guardador de hecho. Se opta por una configuración amplia, tanto en lo que se refiere a sus funciones, como a los casos que pueden encuadrarse dentro de ella, buscando la utilidad de la figura en aras del interés supremo que se trata proteger y que no es otro que el del menor y de aquellos que tienen limitada su capacidad. Es, sin duda, una figura de gran importancia y que merece mayor atención del legislador.

El segundo capítulo desarrolla dos grandes asuntos: La regulación jurídica de la guarda de hecho y la responsabilidad civil. En el primero, se intenta desarrollar el problema de la constatación de la guarda en el mundo jurídico y los posibles efectos

prácticos que de ella deben derivarse. Se analizan las diversas fórmulas o soluciones propuestas por la doctrina que pueden dar lugar a que guardador pueda actuar en el tráfico jurídico y se examinan los actos que el guardador de hecho realiza en interés del guardado, en el campo patrimonial y personal de éste. En el segundo, se hace un estudio de la materia de responsabilidad civil tratando de establecer los supuestos en que el guardador responde por daños y perjuicios que ocasione el guardado y también los provocados a él en el desarrollo de la guarda.

Por tanto, la guarda de hecho queda analizada, brevemente, en cada uno de sus aspectos, desde su definición hasta la responsabilidad. Para ello ha sido preciso realizar un examen de la doctrina y la jurisprudencia que me han ayudado a vislumbrar los problemas, soluciones y, sobre todo, la utilidad de esta institución, llegando a la conclusión que aún queda mucho por investigar en la materia.

I. CONCEPTO, CARACTERES Y NATURALEZA JURÍDICA

No es excepcional que, sobre todo en el ámbito familiar, se den supuestos en los que el ejercicio de las facultades parentales no se desempeñen por los padres titulares de la patria potestad, sino por terceras personas. También es común que mayores de edad que no puedan valerse por sí mismos, sigan conviviendo bajo el cuidado y protección de sus padres u otros familiares sin que se haya incoado el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar. 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 institución de gran incidencia social¹ y se presenta con gran frecuencia en la vida diaria², producto de la desconfianza a las formalidades legales, desconocimiento, ahorro de tiempo o dinero, o por considerar

¹ La guarda de hecho era una realidad 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*, N° 722, Noviembre – Diciembre 2010, p. 2846.

ROGEL VIDE también, se hacía eco de la presencia de la guarda de hecho en el siglo XIX 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; me refiero, como es obvio, a los guardadores de hecho” (*La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 12).

² Cfr. FÁBREGA RUIZ, Francisco, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 5.

al procedimiento de incapacitación inadecuado³. En este sentido, muchos consideran que la modificación de la capacidad de obrar tiene efectos secundarios, como la baja autoestima del incapacitado y la disminución del ejercicio de la capacidad natural que conservaba. 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 mayores⁴.

Debido a su importancia y presencia en la sociedad, la guarda de hecho no podía pasar desapercibida en la legislación, por ello se inició un extenso estudio de la materia que trajo consigo la reforma del Código Civil por Ley 13/1983, de 24 de octubre⁵. 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. No obstante, dicha regulación resultó ser bastante escueta⁶ y, actualmente, no ayuda a resolver todas aquellas situaciones que, *a posteriori*, trae consigo la guarda de hecho⁷.

³ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho...*, p. 13 y 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. 184 y 185.

⁴ Antes el § 6 BGB admitía la incapacitación, por las causas que allí constaban. Con efectos a partir del día 1 de Enero de 1992, dicho párrafo fue modificado por una ley de 12 de Septiembre de 1990; y suprimido el procedimiento de incapacitación que contemplaban los §§ 645 a 687 ZPO (Código de Procedimiento Civil). El Derecho alemán a día de hoy desconoce el término "incapacitación" (*Entmündigung*). A nadie se le retira ni limita su capacidad. El *Betreuer* unas veces representa y otras simplemente asiente a lo que dice el mayor asistido. La asistencia jurídica a mayores, regulada en los §§ 1896 a 1908i BGB, en 1992 vino a reemplazar la hasta entonces existente incapacitación (y subsiguiente tutela/curatela de los mayores). Desde ese momento, en Alemania nunca se incapacita a un mayor y el asistente es nombrado sólo para el ámbito de las funciones imprescindibles (§ 1896.1 BGB), que podrá ampliarse si fuere necesario (§ 1908d.3 BGB). Cfr. LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, "El tráfico jurídico...", p. 185.

⁵ El presente estudio estuvo a cargo de los profesores Bercovitz, Rogel, Cabanillas y Caffarena, redactores, bajo la dirección del profesor Díez-Picazo, del Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relacionados a la tutela que vio la luz en 1977, 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...*, p. 18.

⁶ Así lo manifiesta ROGEL VIDE al considerar que en su redacción actual, el Código Civil no arroja luz alguna sobre tal cuestión, al eludir cualquier definición de la figura, e, incluso, de los supuestos que comprende, como dando por entendidas ambas cuestiones, a pesar de ser – las dos– difíciles y, en modo alguno, pacíficas. Cfr. *La guarda de hecho...*, p. 33.

⁷ Si bien el resultado reflejado en la Ley 13/1983 consiste en tres artículos que regulan la guarda de hecho, hay que indicar que el Estudio a cargo de DÍEZ -PICAZO reguló de

No resulta muy comprensible que la guarda de hecho, siendo una institución muy antigua y presente en la realidad, 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 (ausencia, administración de bienes del desaparecido, etc.), la guarda de hecho es una institución implantada en ella, pero en cambio ha sido menospreciada por el legislador⁸.

Siendo así las cosas, es la doctrina la que se encarga de clarificar el concepto, caracteres, naturaleza jurídica, supuestos y sujetos de la institución *sub examine*.

una manera amplia dicha figura. Cfr. *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977, pp. 28 y 29.

Las deficiencias observadas en el funcionamiento del mecanismo de protección de la incapacitación y la tutela dieron lugar a una serie de dudas y nuevos planteamientos en la materia. Así se lleva a cabo el Estudio para la Reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela, patrocinado por los Servicios Sociales, donde se dedicaba el Título X (las instituciones tutelares) y el Capítulo VI al análisis de la guarda de hecho. Este capítulo, denominado “De la guarda de hecho”, recogía siete artículos que regulaban la materia. Asimismo, al referirse en su Exposición de Motivos al Capítulo VI, alude que se trata de un capítulo corto, pero uno que puede ser de los más importantes. Posteriormente, la Comisión General de Codificación se inspiró en el Estudio de Díez-Picazo, sin embargo la regulación fue 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, fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales 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 planteables en la práctica. Posteriormente 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 del Código Civil en materia de tutela demoró en salir dos años porque la disolución, en 1982, y 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, al día de hoy, en el Código Civil. Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho...*, p. 18-20.

⁸ DE SALAS MURILLO, la que citando a Martínez Díe, asevera que “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” (*Responsabilidad civil e incapacitación. La responsabilidad civil por daños causados por personas en la que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 253)

A. Indefinición legal del fenómeno

El Código Civil no establece qué se debe entender por guarda de hecho a pesar que la doctrina anterior a la Ley 13/1983 se había pronunciado sobre el tema⁹.

El artículo 303 sólo refiere que frente a la presencia de un guardador de hecho, el Juez podrá solicitar un 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 sí contempla la definición de guarda de hecho, de manera que esta previsión legislativa ayuda a estos ordenamientos a despejar cualquier tipo de dudas sobre lo que se deba entender por dicha institución, tema que no termina de esclarecer el régimen general del Código Civil español. Así, el Código Civil de Cataluña en su artículo 225-1 establece que “*es guardadora de hecho la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de 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 de Derecho Foral de Aragón, en su artículo 156 prescribe que “*guardador de hecho es la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada*”.

Así las cosas, la doctrina intenta dar una definición, sin embargo no existe unanimidad en esta materia. Unos autores se refieren a la figura, en sí, de la guarda de hecho¹⁰, así, v. gr., JIMÉNEZ MUÑOZ, la define como “aquella situación en que una persona se ocupa voluntariamente y sin formalidades legales de los asuntos de un

⁹ ALBÁCAR y MARTÍN GRANIZO refieren que 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, Trivium, Madrid, 1991, p. 1330.

¹⁰ Cfr. AFONSO RODRÍGUEZ, Elvira, “La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores”, *Actualidad Civil*, nº 17, p. 321; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho...*, p. 9.

Por otro lado, la jurisprudencia también ha dado visos de una definición de la figura. De este modo, la SAP Asturias de 17 de abril de 1999 establece que la guarda de hecho es una “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”. También, la SAP Cádiz de 22 de diciembre de 2004 determina que la guarda de hecho “se trata de un caso más de los diversos 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.

menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que por sus circunstancias personales puede ser sometida a incapacitación”¹¹. Otros, conceptualizan a la persona que ejerce la guarda (guardador de hecho)¹²; en este sentido, DÍAZ ALABART entiende que se trata de “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”¹³. Aquí no termina la falta de acuerdo, porque, además, se discute si se trata de una institución jurídica¹⁴, o si por el contrario es una situación no querida por la Ley. Así, ROGEL VIDE considera que la guarda de hecho si “es una institución, una situación, una relación jurídica informal, todo lo irregular que se quiera, más nunca un hecho jurídicamente irrelevante, como parecen 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”¹⁵. Por el contrario, YZQUIERDO TOLSADA no la

¹¹ Cfr. 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, p. 624.

¹² Cfr. 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, “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, y otros, *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil...*, p. 61.

¹³ Cfr. DÍAZ ALABART, Silvia, *El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda. 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.

¹⁴ Cfr. PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova, Valladolid, 1995, p. 60.

¹⁵ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, “Comentario al artículo 303 del Código Civil”, *Comentarios del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 863.

considera como una institución jurídica y refiere que se trata de una situación no querida por la Ley, a la que, sin embargo, resulta por su difusión, conveniente atribuir consecuencias jurídicas determinadas¹⁶.

Independientemente de las contrariedades que puedan existir, hay una cosa que queda clara, y es que 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 de asumirlos. Tal vez, quedarnos con estos rasgos sea lo mejor y no ser tan rigurosos en su delimitación, entendiendo que se trata de todo tipo de guarda continuada que no se constituye bajo las formas de tutela, curatela y patria potestad y que por su carácter fáctico admite todas las posibilidades¹⁷.

Asimismo la guarda de hecho puede pasar por dos fases. La primera, correspondiente a una situación de hecho sin más, que, por serlo, no tiene unas normas que dirijan su ejercicio, sino que únicamente produce ciertas consecuencias jurídicas, primordialmente a favor del guardado; y, la segunda, se refiere a la “guarda de hecho” cuando la autoridad judicial toma conocimiento de ella. En este momento la situación no solo es “de hecho”, sino que adquiere otras características que la acercan a los cargos tutelares porque es susceptible de un control judicial.

Siguiendo esta idea, la guarda de hecho se puede definir como aquella situación por la cual una persona, de manera general y continuada, sin nombramiento judicial ni administrativo, ni deber legal de protección y cuidado, asume funciones tuitivas, sea en el ámbito patrimonial o personal, respecto de menores, incapacitados y presuntos incapaces necesitados de ello. Este mecanismo protector consiste en la constatación de una situación fáctica, que una vez que se le otorga una regulación, se transforma en una situación de derecho por las consecuencias jurídicas que provoca¹⁸.

¹⁶ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho”, *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984, p. 152.

¹⁷ Cfr. ALBÁCAR LÓPEZ, José y MARTÍN GRANIZO, Mariano, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia...*, p. 1330.

¹⁸ Cfr. FÁBREGA RUIZ, Francisco y HEREDIA PUENTE, Mercedes, *Protección Legal de incapaces*, Colex, Madrid, 1998, p. 85.

B. Caracteres: fáctica, sobrevinida, y transitoria

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, pero no por ello se le va a considerar como una actividad ilegal, sino, más bien, como aquella guarda que en el plano fáctico se desarrolla y se desenvuelve efectivamente¹⁹. No la vamos a excluir del campo jurídico porque produce consecuencias jurídicas. Por tanto, la guarda es, a la vez, una institución 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 de la persona que está sometida a ella, generando consecuencias jurídicas a las que el ordenamiento le ha brindado una normativa²⁰.

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. “Nada tiene que ver, dice YZQUIERDO TOLSADA, el que los padres confíen espontánea y transitoriamente el cuidado de su hijo a otra persona, con el estado de semiabandono en el que los padres tienen a su hijo”²¹. 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

¹⁹ Así, ROGEL VIDE es de la opinión que no se puede confundir guarda fáctica como contrapuesta a jurídica, sino por el contrario guarda efectivamente ejercida y asumida al margen de las formalidades legales; y, precisa que, 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...*, p. 863.

²⁰ Por esta razón CARCABA FERNÁNDEZ se cuestiona sobre la naturaleza de la guarda de hecho: ¿cómo puede ser que una institución de hecho sea regulada por el derecho? Las instituciones de hecho nacen ante una ausencia total de formalidad, son meros hechos sin efectos jurídicos. 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” Cfr. “Consideraciones sobre la guarda de hecho”, *Tutela de los Derechos del Menor*, 1º Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1984, p. 82. En el mismo sentido, vid. ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho...*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.

²¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 246 y 247.

ésta confiere a la situación unos determinados efectos jurídicos para que el sujeto sometido a guarda no quede perjudicado o desprotegido.

En segundo lugar, continuando con las características, el estatuto de la guarda disciplina situaciones ya existentes, realidades que se desarrollan previamente y sobre las cuales recaerán las normas correspondientes²². Por ello, y con mucha 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 tuitiva que se subsume en la guarda de hecho²³.

La última característica que, de manera general aunque no sin discusión, se predica de la figura, según la legislación común, es la transitoriedad. Significa, que la guarda opera mientras no se constituya el régimen de los cargos tutelares, tal y como parece deducirse del artículo 303 CC.

Esta característica ha generado posturas contrapuestas en la doctrina. Unos defienden que la existencia de guarda de hecho es temporal y transitoria, que opera, únicamente, mientras no se nombre el tutor o curador. Es imprescindible la constitución del cargo tutelar; y el guardador de hecho debería informar de la situación, de ahí que se pueda afirmar que la guarda de hecho nace para, obligatoriamente, después morir; además, la parca regulación predica ese carácter provisional. Asimismo, consideran que al tratarse de una institución de hecho queda al margen del control judicial creando inseguridad jurídica²⁴. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, siguiendo esta teoría, refiere, adicionalmente, que la guarda de hecho tiene

²² O'CALLAGHAN defiende esta característica y refiere que “la regulación de la guarda de hecho es esencialmente *a posteriori*. Prevé que existe y regula lo que ha sucedido” (“Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho”, *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I, LAORDEN, Javier (dir.) y TERREROS, José Luis (coord.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 357).

²³ Esto porque, como ya lo decía 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*, Tomo IV, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 388.

²⁴ En el orden legislativo, las Comunidades Autónomas de Cataluña y Aragón han establecido en el artículo 225-2.1 y 156, respectivamente, la transitoriedad de la guarda de hecho. Asimismo, alguna sentencia de apelación deja entrever esta característica. La SAP Cádiz de 22 de diciembre de 2004 señala que “la guarda de hecho esta 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”.

un carácter provisional, según lo dispuesto en los artículos 203 y 228 CC. Esto es, la autoridad judicial que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho debe, si se trata de un presunto incapaz, poner en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que éste le solicite la declaración de incapacitación. En sentido contrario, otros autores consideran que en determinadas situaciones es posible predicar la permanencia de la guarda de hecho.

En mi opinión, el artículo 303 CC no determina que la guarda de hecho sea una institución transitoria y que culmine cuando se pone en conocimiento del Juez. Por el contrario, dicho artículo parece contradecir tal carácter, pues prevé que si la autoridad judicial tiene conocimiento de la existencia de un guardador de hecho puede requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación a ellos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

El posible establecimiento de tales medidas por la autoridad judicial parece significar la potencial continuidad de esta figura tuitiva, pues si bien, *ex* artículo 763.3, el Juez tiene obligación de informar al Ministerio Fiscal de la existencia de personas en las que concurre causa de incapacitación, no está obligado a declarar la incapacitación; ello dependerá del análisis de las circunstancias; y si lo cree conveniente mantendrá la guarda de hecho, sin perjuicio de establecer las medidas que crea favorables. En mi opinión, la intervención del Juez es potestativa, su decisión dependerá del estudio del caso concreto²⁵.

Un dato que llama la atención y contribuye a la promoción de la permanencia de la guarda de hecho, si bien no con carácter general, pero que se puede tomar en cuenta, es la novedosa regulación que hace el Código Civil de Cataluña y la concesión de funciones tutelares al guardador de hecho si hay circunstancias como la duración previsible de la guarda o lo aconsejan las necesidades de la persona guardada. Estas funciones tutelares del guardador, recogidas en el artículo 225-3.2, comportará la suspensión de la patria potestad o de la tutela, y evita al guardador la

²⁵ Así, PRATS ALBENTOSA estima que cuando sea reconocida por el Juez la existencia de un estado de guarda de hecho, la norma permite a la autoridad judicial que, potestativamente, permanezca inactiva y no adopte medida alguna, o que solicite al guardador informe sobre la situación de la persona y los bienes del guardado. Tras haber recabado la información, al Juez se le atribuye nuevamente la potestad de actuar o no, estableciendo las medidas de vigilancia y control que considere oportunas. Cfr. *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 572.

carga demasiado onerosa, generalmente en un contexto familiar, de tener que instar la privación de la potestad o la remoción del tutor.

Las características hasta ahora estudiadas, se predicen desde la normativa del Código Civil a partir del artículo 303. Sin embargo, la legislación aragonesa las amplía de acuerdo a la definición de guardador de hecho que contempla. Así, en el artículo 156 hace referencia a la iniciativa propia y al desamparo. Considero, que la iniciativa propia se refiere a que la guarda no venga impuesta por la ley o en virtud de un nombramiento judicial o administrativo; en la guarda de hecho, el guardador se ocupa, sin nombramiento alguno, del cuidado del menor o incapaz. No obstante, el que la constitución de la guarda de hecho sea voluntaria y no establecida legal o judicialmente no quiere decir que siempre sea espontánea (aunque así será en un gran número de ocasiones), pues esta figura puede ser la vía a través de la que discurra el funcionamiento de un contrato de acogimiento entre el guardado y guardador. Finalmente, en cuanto al desamparo, estimo que está referido al abandono como ausencia de los cuidados necesarios que se requieren y no a la resolución administrativa que, en su caso, lo declare²⁶.

C. Distinción con otros supuestos: guarda de hecho y gestión de negocios

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 13/1983, que regula –aunque en escasos artículos– la guarda de hecho, muchos autores la identificaron como una actividad correspondiente a la gestión de negocios ajenos. Esta asimilación tenía razón de ser, pues no se encontraba en el Código Civil normativa correspondiente a la guarda de hecho.

Con posterioridad a dicha ley sigue habiendo autores, e incluso jurisprudencia menor, que identifican a la guarda de hecho con la gestión de negocios ajenos. En este sentido, la SAP Barcelona de 26 de junio de 2000 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

²⁶ Hay algunos autores, como JIMÉNEZ MUÑOZ, que proclaman la existencia de esta situación de desamparo en la normativa general del Código Civil, pues dicen que si bien no está recogida expresamente en la regulación, se puede inferir del articulado, pues si los titulares 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...”, p. 628.

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, que ha tenido su plasmación positiva en el derecho catalán por la Ley 39/1991 y que hoy se regula minuciosamente en los artículos 253 a 258 del Código de Familia, con especial referencia a la eficacia de los actos realizados por el guardador en interés del presunto incapaz siempre que redunden en utilidad de éste y en la institución de la rendición de cuentas final de su gestión”. La razón de todo ello es que la conciben como un mecanismo tendente a desaparecer cuando sea conocida por la autoridad judicial y por ello carente de autonomía.

Sin embargo, a pesar de la escasa regulación y de su aparente transitoriedad, me permito afirmar que la guarda de hecho es una figura autónoma, con caracteres específicos y consecuencias jurídicas propias²⁷. Así, la SAP Cádiz 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”.

En mi opinión, existen diferencias contundentes entre la guarda de hecho y la gestión de negocios ajenos, que impiden que se pueda confundir la una con la otra. Siguiendo, en parte, a ROGEL VIDE, las disimilitudes entre ambas figuras son: 1) La gestión de negocios se desarrolla para asuntos concretos y es provisional; en cambio,

²⁷ En este sentido ROGEL VIDE opina que “la guarda de hecho ha tenido y tiene singularidad y características propias y específicas no sólo 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...*, p. 65).

la guarda de hecho, generalmente, es permanente 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 patrimonial, el artículo 1893 se refiere textualmente a al “dueño de bienes o negocios”. No obstante, la guarda abarca la actuación personal y patrimonial, por ello en el artículo 303 CC se 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 no existe éste, 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, 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 y 7) Los artículos 1983 y 304 CC, a pesar de referirse a supuestos de hechos similares, fijan diferentes consecuencias. En el caso de la gestión de negocios si el dueño del negocios aprovecha las ventajas de la gestión debe hacerse cargo de las obligaciones contraídas en su interés; en cambio, en la guarda de hecho los actos del guardador para que sean válidos deben redundar en beneficio del guardado, por tanto si generan obligaciones no serán ventajosos.

El referido autor establece más diferencias entre las figuras y establece 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...”. No obstante, 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 oficioso 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 los guardadores de hecho no están obligados a dar trámite al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar; y, mucho menos, cuando la guarda se ejerce adecuadamente y ayuda a satisfacer las necesidades del guardado.

En fin, las diferencias, a las que he hecho referencia, son las que permiten alejar a la guarda de hecho del campo de aplicación normativa del gestor de negocios ajenos, y predicar, con seguridad, que se trata de una figura independiente, autónoma y propia, que se acerca mucho más a los cargos tutelares que a un cuasi contrato.

II. SUPUESTOS DE GUARDA DE HECHO

Con anterioridad a la reforma del Código Civil llevada a cabo, como se expresó, por la Ley 13/1983, el Estudio dirigido por DíEZ-PICAZO establecía que la guarda de hecho operaba en los siguientes supuestos²⁸: 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 legales y 4) cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él.

Con posterioridad a este Estudio, y con la llegada de la Ley 13/1983, los autores, dedicados a este tema, sólo tienen al alcance el artículo 303 CC, como única herramienta, para determinar los supuestos de la guarda de hecho. No obstante, el Código Civil de Cataluña, en su artículo 225-2, y el Código de Derecho Foral de Aragón, en el artículo 156, al recoger una definición de guarda de hecho, ya establecen los supuestos; inclinándose, ambas legislaciones por un carácter amplio.

²⁸ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho...*, p. 18.

La doctrina no es unánime en la materia. Se encuentra dividida entre una postura amplia y una restringida. La primera, establece que bajo el concepto de guarda de hecho se contienen todas aquellas situaciones en la que exista una guarda continuada que no se constituya como tutela, curatela o patria potestad. Se admiten todas las posibilidades, desde el que asume el cargo sin título hasta el tutor que ha delegado funciones, es inhábil, irregular, o cree serlo. Su base es que al ampliar el campo de actuación de la guarda ingresan más supuestos de personas que necesitan protección y no se les priva de ella. Sin embargo, esta postura no ha estado libre de críticas las que se generan por la remisión que hace el artículo 303 CC a los artículos 203²⁹ y 228. Tal referencia alude al “presunto incapaz” lo que significa que la guarda de hecho sólo opera en situaciones donde no se haya incapacitado a la persona, ni existió tutela previa³⁰. No estoy de acuerdo con esta crítica porque hay casos en que el tutor hace dejación de sus funciones y las realiza un tercero, debiéndose, en beneficio del incapaz, establecer deberes, facultades y responsabilidades de ese tercero.

La segunda postura limita el ámbito de la guarda de hecho. Establece que sólo se refiere a personas que asumen el cargo sin título y al ejercicio de la tutela por persona inhábil. Así, si un tercero asume funciones con aprobación del tutor se entiende que actúa como auxiliar y no como guardador³¹. Considero que, si bien en el ejercicio de los cargos tutelares el tutor pueda valerse de alguna persona que le ayude con el desarrollo de su cargo (auxiliar), éste no puede asumirlo por completo, pues si se da el caso, el tutor estaría delegando, totalmente, sus funciones y se

²⁹ Artículo derogado por los arts. 757.2 y 3 y 762 de la LEC.

³⁰ Defienden esta postura VENTOSO ESCRIBANO, Alonso, *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985, p. 129 y MORENO QUESADA, Bernardo, “El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, 1985, p. 325.

³¹ Esta teoría distingue entre la guarda de hecho y la tutela de hecho, reservándose esta última a los casos de tutelas putativas y tutelas irregularmente constituidas. Entre los defensores de esta postura Cfr. 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, p. 142; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al artículo 303 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 793; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José, *Curso de Derecho de Familia*, Civitas, Madrid, 1988, p. 258, entre otros.

configuraría una guarda de hecho porque el cargo tutelar es personalísimo y no puede ser delegado³².

Existen posturas mucho más restrictivas. En este sentido, SANCHO GARGALLO refiere que la guarda de hecho sólo afecta al supuesto en que una persona asume deberes de protección de cuidado sin título, en atención a la definición descriptiva que ofrecía el Código de Familia de Cataluña³³. Sin embargo, el actual Código Civil de Cataluña en su artículo 225-1 asume, claramente, la postura amplia.

En mi opinión, los supuestos que abarca la guarda de hecho son amplios. El guardador –sea una persona que asume la protección sin título que lo habilite, por delegación, tutor inhábil o putativo– está vinculado a la existencia de un menor de edad, persona incapacitada o susceptible de incapacitación por estar dentro de los supuestos del artículo 200 CC. Ahora bien, no se puede condicionar la validez de la guarda de hecho a que la persona sea luego incapacitada con sometimiento a tutela o curatela, o en el caso de menores que este se encuentre en situación de absoluto desamparo y así sea declarado judicial o administrativamente. Si así se exigiese se privaría de eficacia a la figura exigiendo los mismos requisitos que la guarda formal, lo que sería totalmente ilógico y dejaría fuera del campo de protección situaciones tan necesitadas de amparo como las descritas en la norma. Esto eliminaría la función de la guarda de hecho como mecanismo de cierre de los diferentes mecanismos de protección jurídico-privados, lo que es un argumento más a favor de la defensa de la interpretación amplia y de que no se pueda exigir que el proceso desemboque para darle validez, en la efectiva declaración judicial de incapacitación³⁴. Basta la existencia de una situación de riesgo para que la guarda de hecho se configure como

³² En este sentido, comparto la opinión de FÁBREGA RUIZ quien entiende que el delegado de un tutor, si asume la protección total del guardado, es un guardador de hecho. Cfr. “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*, (Logroño 26-27 de abril), Fundación Tutelar La Rioja, 2007, p. 198.

³³ Cfr. SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 298.

³⁴ En este sentido GETE-ALONSO opina que no es exigible el demostrar que la persona guardada esté afectada por una causa de incapacitación con la misma rigidez que cuando se pretende su incapacitación judicial, debiendo reservarse este procedimiento para las situaciones más graves y permanentes, bastando 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 y 307.

un mecanismo de protección. Por ello, y con razón, se dice que en el caso de incapaces de hecho habrá que reservar el procedimiento de modificación de la capacidad para supuestos más graves o donde sea posible su realización³⁵.

III. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA GUARDA DE HECHO

Los sujetos que intervienen en la guarda de hecho son el guardado, sobre el que recae la protección, y el guardador que es quien la ejerce sin tener un título, ni judicial ni administrativo, habilitante.

A. El guardado

La determinación de quién pueda ostentar la calificación de guardado depende de la postura que asumamos (amplia o restrictiva); pero tal y como se da el caso, y al asumir una postura amplia, podemos decir la guarda de hecho está vinculada a una persona menor, incapacitada o incapaz no incapacitada que por cualquier motivo necesitan protección.

1. Menores y guarda de hecho: especial referencia a la situación de desamparo y a la actuación administrativa

El incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las funciones inherentes a la patria potestad o tutela, evidencia situaciones de desamparo que, si no son transitorias, darán lugar a que así se declaren y la entidad pública correspondiente asuma automáticamente la tutela.

No obstante, existen supuestos en los cuales, a pesar del incumplimiento de padres o tutores, el menor tiene cubiertas sus necesidades básicas porque un tercero, sin titularidad jurídica y distinto a quienes tienen la obligación legal de dar esa protección, de facto ha asumido dichos deberes.

³⁵ Por ello, TEJEDOR MUÑOZ es de la opinión que pese a la seguridad que nos 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 este 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, alzheimer, 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”, *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. 30.

En estos casos estamos, indiscutiblemente, frente a la guarda de hecho de menores de edad que, si se llega a determinar su conveniencia como mecanismo de protección, debería estar inspirada, como todo el ordenamiento, en el principio del superior interés del menor³⁶.

Al momento de analizar las circunstancias, y con la finalidad de determinar si el ejercicio de 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. Si estos objetivos se verifican y se cumplen, en principio, nada obsta para considerar a la guarda de hecho como un verdadero mecanismo de protección.

La dificultad que se presenta en este campo es determinar si el menor, que está sometido a guarda de hecho, puede ser declarado en desamparo y sometido a tutela automática de la Administración o si, por el contrario, la sola existencia del guardador de hecho impide cualquier tipo de intervención administrativa y la permanencia de aquél. Esta cuestión no ha sido prevista ni por el Código Civil ni por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor; y, si bien, la legislación autonómica lo prevé, lo hace de forma dispar, pero la mayoría de las comunidades

³⁶ El concepto de interés del menor tiene su reflejo constitucional en el artículo 39 CE, y aparece regulado en el artículo 2 LOPJM cuando señala: *en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. Igualmente se menciona en el artículo 11.2 de la misma Ley Orgánica cuando se refiere a los principios rectores de la acción administrativa en materia de menores, estableciendo la *supremacía del interés del menor*. El Código Civil lo recoge en múltiples disposiciones (artículo 92.8, artículo 94, artículo 154, artículo 158, artículo 163, entre otros). Por otro lado, el principio se refleja también en diversos Tratados internacionales como la Convención de los Derechos del Niño, así como la Carta Europea de los Derechos del Niño. Este principio supone la plena satisfacción de los derechos del menor y es la propia Jurisprudencia y sendas sentencias de apelación las que lo resaltan. Así tenemos, STEDH de 16 de noviembre de 1999, STEDH de 8 enero 2009, STEDH de 6 de diciembre de 2007, STEDH de 6 noviembre 2008, STEDH de 12 julio de 2011, STS de 16 mayo 2011, STS de 17 enero de 2005, STS de 28 abril 2003, SAP Granada de 19 de octubre de 2007, SAP Burgos de 22 de julio de 2002, entre otras.

parten de la idea que no toda situación de guarda de hecho debe dar lugar a la intervención administrativa a través del desamparo y de la tutela automática, que sólo deberá operar cuando no quepa otra solución más acorde con el interés del menor³⁷.

A esta dificultad, se une el hecho que la asunción de funciones que realiza el guardador de hecho es de manera voluntaria, por esta razón podrá desistir de ellas por propia voluntad; claro está que previamente se debe poner al menor en manos de la autoridad judicial, de sus padres o guardadores legales³⁸.

³⁷ En este sentido pueden citarse el artículo 6 de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores de la Comunidad Autónoma de Extremadura; el artículo 23 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía; el artículo 31 de la Ley de 1/1995, de 27 de enero, de Protección del menor, de Asturias; el artículo 46 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores de Canarias; el artículo 105 de la Ley Catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y adolescencia; el artículo 17.2 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, la infancia y la adolescencia y el artículo 50 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra.

³⁸ Quizá por esta razón CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS se muestra muy crítica frente a la figura de la guarda de hecho como instrumento de protección del menor. Así afirma que 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 Cc), y lo que es más grave a estos efectos, tampoco son destinatarios de ninguna obligación jurídica, salvo la de promover la tutela (artículo 229 CC). 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 menor. Cfr. *Los derechos de los niños y las actuaciones administrativas protectoras*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006, p. 12.

En el mismo sentido la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado expresa que “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 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”.

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.

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”³⁹.

Volviendo a la cuestión inicialmente planteada, si la guarda de hecho correctamente ejercida evita el desamparo y la tutela pública, en la doctrina encontramos dos posturas opuestas⁴⁰.

Los que defienden un cariz puramente objetivo del desamparo, entienden que en esta situación lo que interesa es la desatención material o moral del menor, y no el castigo hacia los padres por el no cumplimiento de sus deberes. Si las necesidades materiales y morales están cubiertas por el guardador de hecho, sería incompatible la declaración de desamparo en estos casos⁴¹. Esta tesis pone el acento en la situación

³⁹ Cfr. MORENO TORRES-SÁNCHEZ, Julieta, *El desamparo de menores*, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 37.

⁴⁰ Cfr. AA.VV., “La situación de desamparo”, *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías*, MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (coord.), Dykinson, Madrid, 2007, p. 101.

⁴¹ Así, 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”, *Tratado de Derecho de Familia*, GONZÁLEZ PÓVEDA, Pedro, y GONZÁLEZ VICENTE, Pilar (coord.), Sepín, Madrid, 2005, 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. Adopción, acogimiento, tutela...*, 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*, nº 5, 2000, pp. 1757-1760.

de hecho que presenta el menor y tiene apoyo en cierta jurisprudencia menor⁴². Así,

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” (*Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1990, 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 delegación de la Patria Potestad*, Comares, Granada, 1989, 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.

⁴² En el AAP Vizcaya de 3 de enero de 2002 se 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 este, 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, podemos citar la SAP Cádiz de 22 de diciembre de 2004. Esta sentencia, 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. Sólo 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, muy posteriormente 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 desamparo.

Asimismo, 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.

En similares términos de pronuncia la SAP Barcelona de 30 de abril de 2003, SAP Valencia de 9 de septiembre de 2003, SAP Toledo de 9 de febrero de 2000, la SAP Sevilla de 23 de noviembre de 1999 y SAP Sevilla de 25 de marzo de 1996.

también, nos los recuerda la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en 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 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. Procedería declarar al menor en desamparo aunque exista el guardador de hecho. Esta postura también ha sido defendida por algunas sentencias de apelación⁴³; así como integrada por alguna legislación autonómica. En este sentido 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; este precepto 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*⁴⁴.”

Se han expuesto las dos corrientes doctrinales que se esgrimen por diversos autores, sin embargo las posturas admiten matices y no consiste, simplemente, en adherirse a una u otra, sino de entender los supuestos del caso concreto y aplicar lo que corresponda⁴⁵.

⁴³ El AAP Zaragoza de 30 de enero de 2002 señala que el desamparo como hecho, aunque algún autor ha entendido que no existe si el menor está bajo guarda de hecho, hay que referirlo a los padres biológicos.

⁴⁴ En la misma dirección tenemos a Murcia que en el artículo 22 de la Ley 36/1995, 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.* En similares términos la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria establece en su artículo 61.2 que constituye situación de desprotección grave con desamparo todas 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 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.

⁴⁵ 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...”, p. 325.

CABALLERO GONZÁLEZ entiende que la interpretación gramatical del precepto, la situación de desamparo, es sumamente restringida, destacando que la esencia del precepto radica en que el menor está privado de asistencia material y moral. Por ello, opina que, teóricamente, no estaría desamparado el menor que estuviera recogido y custodiado adecuadamente por alguien. No obstante, este autor plantea una cuestión interesante: “¿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 tenían padres legalmente reconocidos, ya estuvieran total y absolutamente abandonados, ya hubieran sido recogidos por personas que ejercieran una guarda de hecho, prevista en el artículo 303 CC, en cuyo caso habría que proveerle del organismo tutelar. Un segundo supuesto, era el de los menores que habían dejado de estar sujetos a la patria potestad por fallecimiento de sus padres, cuando no hubiera persona que según dispone el artículo 229 CC 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, un tercer supuesto sería cuando los padres o las personas que tiene la guarda del menor incumplieran los deberes de protección o ésta fuese imposible. Cfr. “La tutela de los menores en situación de desamparo”, *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 2, 1988, p. 1056.

GONZÁLEZ LEÓN considera que 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*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 109 y ss.

DE PALMA DEL TESO señala que “el menor desamparado acogido por un guardador de hecho se encuentra en una situación precaria. El guardador de hecho no está legalmente obligado a asumir la guarda del menor, a brindarle asistencia y protección. Por ello, en estos casos el menor no tiene debidamente garantizado su derecho a la asistencia y protección. De forma que la Administración no podrá ser ajena a estas situaciones. Por otra parte, la guarda de hecho incontrolada podría llegar a favorecer el tráfico de menores” (*La protección pública de los menores desamparados. La tutela de la administración*, Ministerio de Administración Pública, Madrid, 2000, p. 216).

La Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado, también postula la conveniencia de analizar la guarda de hecho en el caso en concreto. Por ello refiere que “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 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”.

Hay que diferenciar los supuestos de guarda de hecho donde no existe situación de desamparo y donde, a pesar de existir aquella, se mantiene el desamparo. A modo ejemplificativo ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, enuncia los siguientes: “el padrastro que mantiene de *facto* el *status* de padre, cumpliendo respecto de su hijastro tras el fallecimiento de su cónyuge bínubo, las obligaciones que sobre los padres establece el Código civil; los abuelos paternos o maternos que sobreviven a sus hijos y asumen *de facto* el ejercicio de la autoridad y los deberes de alimentación, protección y formación integral acogiendo en su propio grupo familiar restringido a sus nietos huérfanos; los *extranei* que encuentran al menor abandonado a la puerta de su casa o en la vía pública y deciden acogerlo de hecho e insertarlo, en mayor o menor medida, en su propio grupo familiar; el director del Centro sanitario en el que el menor se encuentra internado recibiendo asistencia hospitalaria, sin contacto alguno, por cualquier causa, con quienes deberían ejercer los deberes de protección establecidos en la Ley; los miembros de las Fuerzas de Seguridad o de los Servicios administrativos sin competencia en materia de Protección de Menores que se ven compelidos, transitoriamente, a ejercer funciones de guarda sobre un menor desamparado, en casos de evacuación de catástrofe natural, enfrentamientos bélicos o situaciones similares, en tanto no sea aquel reintegrado a su grupo familiar o asumida la tutela por la Administración competente”. Estos son algunos de los supuestos que denotan protección y atención al menor y por tanto inexistencia de situación de desamparo.

Sin embargo, se presentan casos en los cuales, a pesar de existir de un “guardador de hecho” se sigue manteniendo el desamparo. En este sentido, el autor citado, continúa diciendo “también es guardador de hecho el proxeneta que tiene a su cargo a menores de edad a los que explota sexualmente proporcionándoles la necesaria manutención, o el que tiene acogidos de hecho a menores de edad a los que utiliza en provecho propio para la práctica de la mendicidad, o el líder de una secta que, teniendo captada la voluntad de los menores a los que explota, a través de un complejo artificio de mentiras e ilusiones, les provee de todo lo necesario para su subsistencia y les presta la protección que requieren; así como, por último, los padres o tutores que, excluidos de la potestad de guarda por resolución judicial o por decisión administrativa de declaración de desamparo, infringen tales resoluciones y se hacen cargo del menor de cuya compañía fueron apartados. Evidentemente estas

últimas situaciones de hecho no merecen la misma valoración que las señaladas en primer lugar⁴⁶.

No le falta razón a este autor porque en los últimos supuestos, a pesar de la existencia de guardadores de hecho, existe una clara situación de desamparo que reclama la presencia de otros instrumentos que garanticen el adecuado desarrollo del menor.

En suma, el principio que entra en juego en el sistema de protección de menores es la actuación de la Administración Pública frente a una situación de desamparo. Pero hay que distinguir los supuestos:

a. Guarda de tercero sin convención con los titulares de la patria potestad familiar

En este caso, el tercero de manera espontánea asume la guarda de hecho del menor, sin que exista un pronunciamiento judicial o administrativo que lo establezca. En principio, como ya lo advertimos, si la guarda se ejerce adecuadamente y las potestades tuitivas se desarrollan satisfactoriamente no se declara la situación de desamparo, pues no se ha presentado el resultado previsto en el artículo 172.1 CC⁴⁷.

Para el análisis de este tema, primero debe aclararse si la presencia del tercero le otorga al menor los cuidados materiales y morales que necesita. Si no es así, la Administración Pública debe intervenir, declarar la situación de desamparo y asumir la tutela *ope legis* para que, desde el primer momento, el menor tenga una representación y defensa legal propia y estable; es decir, se le atribuya a un ente concreto la obligación de velar por sus derechos. En segundo lugar, y una vez determinado que el guardador de hecho ofrece protección al menor; habrá que examinar si esa guarda la ejercen los familiares o personas ajenas a la esfera parental. En la guarda de hecho de familiares hay que diferenciar supuestos de existencia o no de patria potestad.

⁴⁶ Cfr. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, “Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo”, *Revista del Poder Judicial*, nº 60, Madrid, 2008, p. 263.

⁴⁷ La doctrina mayoritaria se pronuncia en este sentido. Cfr. RUIZ-RICO RUIZ, José; *Acogimiento y delegación de la patria potestad...*, p. 145; SANCHO REBULLIDA, Francisco, *El nuevo régimen de la Familia. Acogimiento y adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p. 36; VALLADARES RASCÓN, Etelvina, “La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo”, *Centenario del Código Civil*, Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 2045; LLEBARÍA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento...*, p. 51; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel, *La nueva adopción*, Civitas, 1989, Madrid, pp. 76-78.

En el ámbito familiar, existen circunstancias que deberían encauzarse hacia la tutela como instrumento idóneo para la protección del menor. Estamos en presencia de situaciones en las que los progenitores no pueden, y no podrán en el futuro, ejercer sobre el menor la patria potestad. En estos supuestos, si bien la Administración Pública no debe declarar el desamparo porque objetivamente no existe, sí le corresponde intervenir para regularizar la situación, poniendo los hechos en conocimiento del Juez⁴⁸.

Lo dicho se aplica, claramente, al supuesto de guarda de hecho en caso de fallecimiento de los progenitores en donde, a pesar de este suceso, los menores, en el hogar, viven con otros familiares directos, o éstos aparecen con posterioridad y lo acogen, con el objeto de formalizar su tutela: cónyuge del progenitor que conviviese en el hogar del menor, hermanos mayores de edad, progenitor no conviviente con el menor al no tener atribuida la custodia, abuelos, etc.⁴⁹. Efectivamente, estas personas

⁴⁸ Así lo entiende VARGAS CABRERA cuando afirma que en las circunstancias descritas “nada impide, sin embargo que la Administración ponga en conocimiento de El 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. Del mismo modo será en su caso pertinente incoar el oportuno procedimiento para obtener la remoción de la tutela o privación de la patria potestad ante el incumplimiento de los deberes tuitivos de los padres o tutores” (*Tutela automática, desamparo, guarda y acogimiento*, Comares, Granada, 1994, pp. 32 y 33).

De la misma manera, DE ROMÁN PÉREZ establece que “sea cual sea la persona que ejercita la guarda de hecho, lo que interesa es regularizar la situación del menor, como parece deducirse del artículo 229 del Código civil, que obliga a promover la constitución de la tutela, además de a los parientes llamados a ella, al guardador de hecho. Y el art. 230, según el cual “cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela”. La *ratio* de estos preceptos radica en que, con su cumplimiento, llega la noticia de la guarda de hecho al órgano jurisdiccional. Momento a partir del cual puede estudiarse la situación del menor, si la guarda se ejercita en su beneficio y la conveniencia o no de que permanezca con la persona que se ocupa de él. En caso de que el Juez constate que el menor recibe la atención necesaria por parte del guardador, la normal vía de regularización de su situación será la constitución de la tutela ordinaria” (*Instituciones protectoras del menor*, Universidad de Burgos, 1999, p. 92).

⁴⁹ Así lo entiende también la jurisprudencia. La SAP Valencia de 12 de febrero de 1996, hace referencia al caso de los abuelos de una menor que se había ocupado de su custodia desde que nació hasta la fecha de la sentencia (10 años). Por su parte los padres habitaban en otra ciudad y se habían desentendido por completo de sus obligaciones respecto de la niña. En esta sentencia se confirma la de primera instancia en la que se priva de la patria potestad a los padres y se constituye la tutela a favor de los guardadores de hecho; en este caso los abuelos.

En igual sentido se pronuncia la SAP León de 29 de noviembre de 1995, la cual priva de la patria potestad al padre de la menor y se la otorga a la abuela quien se había hecho cargo desde el fallecimiento de la madre de la menor. 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

están llamadas a ejercer las funciones de guarda y protección y, en su caso, de tutela (artículo 222.1 CC.), teniendo en cuenta que además estarán obligados a promover su constitución. Estos casos, por lo tanto, no son constitutivos de desamparo sino de menores no sometidos a la patria potestad que necesitan un tutor⁵⁰.

En este supuesto, estimo que la Administración cumple con su función incoando expediente de protección –consignando todas las circunstancias del menor y de las personas que lo tienen bajo su guarda– y poniendo inmediatamente los hechos en conocimiento del Juez o del Fiscal –dándole cuenta de la existencia de ese guardador de hecho y de un menor que no está sometido a la patria potestad– a fin de que se inicien inmediatamente los trámites de constitución de tutela ordinaria.

No obstante, hay otras realidades en los cuales la Administración Pública no debería intervenir, ni siquiera regularizando la situación para la constitución de la tutela, porque existe patria potestad y no se puede privar de ella por no cumplirse con el supuesto de hecho del artículo 170 CC. En estos casos considero, que puede

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”

⁵⁰ 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).

aplicarse lo dispuesto en el artículo 103.1 (segundo párrafo) que de alguna manera recoge la posibilidad de suspensión de la patria potestad y la entrega de los hijos a los abuelos y parientes con funciones tutelares bajo la autoridad del Juez, o, de *lege ferenda*, legitimar a los guardadores de hecho para solicitar la medida de acogimiento familiar permanente, o permitirse la permanencia de la guarda de hecho con funciones tutelares bajo control y supervisión judicial. Es de recordar que, en muchos casos, esta situación es favorable al interés del menor porque le proporciona más estabilidad, implica la transmisión de la identidad familiar y cultural del niño, y posibilita las relaciones con los demás miembros de la familia y entre los hermanos; además, en muchas ocasiones, el menor prefiere quedarse con sus familiares⁵¹.

Toda esta problemática teórica, se presenta en la realidad. En la Consejería de Bienestar Social e Igualdad del Principado de Asturias, se planteó un caso que su solución ha generado una serie de dudas. Se trata de dos menores, huérfanos de padre y una madre con lesiones cerebrales agudas, que están bajo la guarda de la abuela materna que les brinda adecuada protección material y moral, verificándose que estos menores se desarrollan de manera satisfactoria en todos los ámbitos⁵². La dudas que se generan son: 1) si es conveniente declarar el desamparo y que asuma la tutela automática la Administración, tenerlos en un centro o darlos en acogimiento familiar, 2) incapacitar a la madre y nombrar tutora a la abuela, 3) mantener la guarda de hecho, 4) que se legitime a la abuela para solicitar el acogimiento familiar

⁵¹ La SAP Barcelona de 1 de octubre de 2001, si bien no se refiere a las funciones tutelares, determinó que debía mantenerse la situación de guarda de hecho del menor en la persona de la abuela que era quien hasta la fecha la que la había asumido, considerando que se trata de la medida más beneficiosa para el interés del menor. En el mismo sentido se pronuncia la SAP Vizcaya de 5 de julio de 2005.

⁵² Este caso se conoció por el requerimiento de ayuda económica que solicita una abuela que se encarga del cuidado de sus nietos de 14 y 12 años de edad cuyo padre falleció en el 2005 y la madre está ingresada en un centro privado por gran dependencia. Los menores 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 gozando ambos menores de buena salud y el Equipo Técnico no valora riesgos ni factores de desprotección. Los Servicios Sociales propusieron 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 estos menores considerando las condiciones de la madre; por ello se propuso promover ante el Juzgado la tutela de la abuela.

permanente o 5) que se establezca un acogimiento judicial en virtud del artículo 103.1 CC (segundo párrafo).

Considero, como ya se advirtió, que en este caso no procede declarar el desamparo. Asimismo, no es necesario llegar al punto de obligar a la abuela a incapacitar a la hija para que se establezca una tutela a su favor. En la práctica pocos acuden al procedimiento de incapacitación por considerarlo no conveniente o una humillación. Descartadas estas alternativas, las posibilidades son: mantener la guarda de hecho con funciones tutelares, solicitar el acogimiento o la guarda judicial del artículo 103.1 CC.

La posibilidad de acogimiento por los familiares, que previamente son guardadores de hecho, exige el presupuesto fáctico del desamparo para que la tramitación del procedimiento administrativo empiece su curso. En estos casos, la realidad choca frontalmente con el motor de arranque del acogimiento: la declaración de desamparo por la entidad pública competente.

La guarda asumida por la Administración por decisión judicial, la solicitada por los padres o por una situación de desamparo, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial (artículo 172 CC). Es decir, que para que se de protección a los menores mediante el acogimiento es necesario que estemos frente a una resolución judicial, una solicitud de parte de los padres o una situación de desamparo dando comienzo al procedimiento administrativo correspondiente en el que se adoptarán medidas de protección al menor. De ello se deduce, que el supuesto de los familiares guardadores no se ajusta a la norma.

Como se advierte, la situación de desamparo no se hace patente en estos casos, ya que los familiares de manera altruista asumen la custodia del menor al que le siguen brindando la asistencia material y moral que necesita.

La tutela administrativa y la guarda de hecho siendo instituciones protectoras del menor discurren por cauces diferentes. La tutela administrativa necesita de la constatación del desamparo para poner en marcha el mecanismo de protección del acogimiento, y la guarda de hecho que efectivamente atiende al menor, que excluye el desamparo, no da lugar a la tutela administrativa que se realiza mediante el acogimiento. Sin embargo, la realidad y la práctica jurisprudencial se vendan los ojos y, a pesar de la existencia de guardadores de hecho que protegen adecuadamente al menor, constituyen el desamparo solo porque el artículo 172 no les deja margen de actuación.

En mi opinión, el legislador debe hacer eco de la importante labor que desarrollan los familiares guardadores de hecho, adaptando la regulación del acogimiento familiar. Esta adaptación implicaría: 1) legitimación a los familiares del menor para instar el procedimiento administrativo de acogimiento y 2) que, comprobada la asistencia moral y material necesaria del menor, no hubiera lugar a iniciar los trámites de desamparo.

Finalmente, en caso de terceros ajenos al ámbito familiar, estimo que se debe continuar con el curso legal, que la Administración asuma la tutela, sin impedir que, posteriormente, se analice la idoneidad de aquellos y constituirlos en acogedores. Esto en atención al interés superior del menor y entendiendo que existe una estructura del sistema público encargado de su protección, sin olvidar que la actuación de la entidad pública siempre es subsidiaria⁵³. Recordemos que lo que se intenta evitar es que a través de vías de hecho se consoliden fraudulentamente vínculos con menores desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas.

b. Entrega del menor con pactos de delegación de facultades paternas o tutelares

Es importante diferenciar los supuestos de guarda de hecho de los casos que la doctrina califica de delegación de funciones. Si bien la primera aconseja la regularización de la situación del menor; no pasa lo mismo con la delegación de funciones pues las personas que se encargan del cuidado del menor tienen legalmente atribuidas las facultades. Sin embargo, se presentan casos en los cuales los padres o tutores se desentienden de sus deberes y son los terceros quienes los asumen

⁵³ El Código Civil, juntamente con la regla general de la tutela de los menores desamparados por parte de la Entidad Pública, contempla la posibilidad de constituir la tutela a favor de otras personas mediante las reglas ordinarias. Así, el artículo 239 CC prevé: “*la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el art. 172. Se procederá, sin embargo, al nombramiento del tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste*”.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, desde una primera Resolución de 22 de junio de 1996 (reiterada posteriormente en dos resoluciones de 30 de mayo de 2006), ha insistido en caracterizar la tutela automática o por ministerio de la ley como supletoria de la prevista en el artículo 222.4 y 239.2.

íntegramente. En estas situaciones ya no hablamos de delegación sino de guarda de hecho⁵⁴.

Los pactos de delegación suponen el cuidado de un menor por un tercero, sin que los padres o tutores se desentiendan de sus deberes legales. Estas personas están al tanto de todo lo que ocurre con el menor, prestando algún tipo de asistencia material o moral que evita el desamparo⁵⁵. Es decir, aunque pueden estar incumpliendo alguno de los deberes paternos esto no constituye un desamparo, no es necesaria la intervención de la Administración Pública, ya que lo que existe es una voluntad común de cuidar a los menores, cada uno aportando lo que puede⁵⁶. En este

⁵⁴ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo proclamando de modo reiterado la intransmisibilidad de titularidades paternas subrayándose su contenido de orden público, de derecho-deber que los caracteriza. Así, 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 especialmentepreciado 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”.

⁵⁵ VARGAS CABRERA considera que 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. *Tutela automática, desamparo...*, pp. 33 y 34.

De la misma manera, GONZÁLEZ LEÓN considera 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...*, pp. 170 y 171.

⁵⁶ 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

sentido, la Fiscalía General del Estado en su 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”.

En estos supuestos, lo que se constata es que los menores nunca han estado desatendidos por sus padres ya que éstos siempre han estado al tanto de su cuidado, aunque no estuviesen presentes.

Distinto es el caso, de aquellas personas que, teniendo atribuida legalmente la custodia del menor, lo entrega a terceros desentendiéndose, por completo, de su cuidado. En tales circunstancias, no puede hablarse ya de delegación de funciones, sino de guarda de hecho. En ésta quizá el menor se encuentra, debidamente, protegido y el guardador le brinda todos los cuidados, y, por tanto, tampoco habría un desamparo. Sin embargo, tal y como lo he propuesto, en estos supuestos la Administración, junto con el Ministerio Fiscal, debe analizar las circunstancias que rodean al caso en concreto, adoptar las medidas más convenientes, teniendo en cuenta que el guardador de hecho puede ser la persona que se designe como acogedora por ser la más idónea y la que ha sabido asumir aquéllos deberes de protección que, en principio, no le correspondían y que los padres han descuidado por completo.

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.

2. Guarda de hecho de incapaces no incapacitados

a. *Las instituciones de protección tradicionales y sus limitaciones*

De manera general, la protección de las personas mayores se realiza en tres ámbitos: el privado, mediante cuidados y asistencia que son llevados por un entorno familiar propio o ajeno; el público, a través de la red de servicios sociales que brindan apoyo y asistencia al beneficiario de dichos servicios; y jurisdiccional por medio de la protección de la persona y sus bienes de aquél que haya sido incapacitado.

Hoy en día, se plantea la necesidad de adaptar las instituciones tuitivas existentes a la realidad y a las necesidades concretas de la persona incapacitada. Se trata de lograr un sistema de protección personalizado que tomase en consideración las necesidades concretas de la persona mayor afectada por una causa incapacitante, siempre en función de la gravedad de ésta para dar así una respuesta jurídica idónea y proporcionada.

La protección jurídica a las personas mayores debe estar inspirada en una serie de principios: la individualización de las medidas de protección a adoptar en atención a la causa incapacitante o capacidad real del sujeto a proteger, el predominio de la autonomía de la persona en la medida que sea posible, proporcionalidad de las medidas de protección; y el principio de presunción general de capacidad de las personas mayores⁵⁷.

En muchas ocasiones las instituciones tuitivas tradicionales, como son la tutela o la curatela, pueden resultar insuficientes cuando se refieren a personas mayores que por su edad o enfermedad tienen disminuida o mermada su capacidad, pero no tanto como para establecer un régimen de tutela, que comporta la adopción de medidas de protección muy drásticas y severas basadas en la representación y administración de los bienes y que deberían estar previstas exclusivamente para

⁵⁷ La regla que predomina en el Derecho español es la presunción legal de la plena capacidad de obrar del mayor de edad siempre y cuando no se haya establecido, en un procedimiento de modificación de la capacidad y en virtud a las causas establecidas en la ley, lo contrario. La jurisprudencia es uniforme respecto a que el punto de partida ha de ser la presunción de la capacidad de la persona. Esta presunción tiene carácter *iuris tantum* calificada por la fuerza especial que deriva de que la prueba en contrario ha de ser inequívoca y concluyente. Por tanto, las personas son plenamente capaces y pueden desarrollar cualquier tipo de actividad y procedimiento debido a que se asume que tienen toda la facultad para hacerlo. De ello se deduce que, la sentencia de modificación de la capacidad tiene efectos constitutivos e irretroactivos; si no existe la sentencia se presume la capacidad.

situaciones graves o de falta absoluta de capacidad, por lo que no siempre se da una respuesta adecuada a la situación concreta del sujeto a proteger.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de Personas con Discapacidad hace eco de esta realidad⁵⁸. Una de las cuestiones debatidas en las conversaciones de la Convención, lo constituyó el aspecto relativo al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y se consiguió⁵⁹. Lo que se pretende es buscar mecanismos ágiles que permitan, sin afectar el estado civil, llevar a cabo una protección y asistencia a las personas con deficiencias en la participación en el mundo jurídico que, de una forma u otra, afecten a su capacidad. Con esto, se busca pasar de la sustitución representativa a un modelo de apoyos puntuales que debe ser desarrollado por el Derecho interno de cada país. Este nuevo enfoque obligará, sin duda, a la reflexión en cuanto a la adopción de fórmulas legales de protección menos drásticas y de consecuencias menos perniciosas para la persona objeto de protección⁶⁰.

En este escenario cobra especial interés e importancia el estudio de la guarda de hecho como medio de apoyo que proporciona eficaz protección, en todos los aspectos de su vida diaria y de futuro, a aquellas persona afectadas por una causa incapacitante⁶¹.

⁵⁸ Firmada por España el 30 de marzo de 2007 y publicada en el BOE de 21 de abril de 2008, por lo que posee plenos efectos legales en el territorio español.

⁵⁹ El artículo 12 de esta Convención recoge claramente este propósito y por ello se estableció que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida, que adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y que asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos.

⁶⁰ De esta opinión es GETE-ALONSO Y CALERA cuando establece que la declaración de incapacitación de la persona puede ser útil pero sólo en las situaciones más graves; en aquellas en las que se ha declarado incapacitada a la persona porque está aquejada de una enfermedad o deficiencia que impide el autogobierno pero no en lo 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.

⁶¹ HERAS HERNÁNDEZ considera que son precisamente estos casos de mera disminución de la capacidad, provocada por la edad, asociada a las discapacidades intelectuales leves o en estado incipiente, los que constituyen el punto de mira y el nuevo reto del legislador. Cfr. “Nuevas tendencias en los instrumentos jurídicos de protección...”, p. 4.

b. *La guarda de hecho como mecanismo de protección*

Si el incapaz no incapacitado está bajo la guarda de hecho y ésta se ejerce de una manera plena, satisface y beneficia a la persona se puede considerar como mecanismo de protección idóneo, sin necesidad de llegar al proceso de modificación de la capacidad, que en muchos de los casos es una situación traumática para las familias y para la persona que tiene disminuida su capacidad.

Esta circunstancia implica que el conocimiento de una incapacidad no decretada puede llegar a crear un estado de cosas susceptible de una tutela fáctica (guarda de hecho) que tiene que gozar de una cierta posesión de estado; sin llegar al extremo de que en todos los supuestos sea necesario un procedimiento de modificación de la capacidad⁶².

Los incapaces no incapacitados, si bien pueden ser sometidos a un proceso de modificación de la capacidad por presentarse las causas del artículo 200 (deficiencia mental o psíquica que impiden el autogobierno) y de esta manera brindarles protección en el ámbito personal y patrimonial, en muchas ocasiones no existe motivo para incapacitar⁶³. No cabe duda de que toda demanda de incapacidad se

⁶² De esta opinión es FÁBREGA RUIZ, quien defiende que para graduar la capacidad y comprobar la afectación de autogobierno, como elemento fundamental de las causas de incapacitación, es necesario poner los efectos que la enfermedad origina con las circunstancias en que se desarrolla la vida del presunto incapaz. 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 luego que es lo que puede hacer por sí misma para conseguir esos objetivos y luego comparar ambos aspectos. Sólo si la persona debe hacer más de lo que puede, habrá que buscar el mecanismo de protección que supone la incapacidad, 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 artículo 200 CC. Cfr. *La guarda de hecho...*, p. 10.

⁶³ SANTOS URBANEJA hace un minucioso análisis de la causa y motivo de la incapacitación civil estableciendo que hasta ahora los tribunales sólo se han preguntado por la causa, en definitiva 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, 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 común. Asimismo, considera que el motivo debe tener unas características: 1. debe ser aceptable, en cuanto repercuta en protección y bienestar del presunto incapaz 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 y 3. no existirá motivo

interpone con un motivo pero no todos los motivos son queridos por la ley. Si no preguntamos o investigamos el verdadero sentido de la demanda corremos el riesgo de que la institución de la incapacidad se utilice para todo lo contrario de lo que la ley pretende. Lo que los incapaces no incapacitados necesitan en primer lugar no son sentencias que modifiquen su capacidad, sino 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.

Es común que a través de la protección de familiares o terceros, sin titularidad jurídica, lo incapaces no incapacitados reciban los cuidados y atenciones necesarias para su desarrollo, de manera que las deficiencias de autogobierno están plenamente cubiertas y por tanto no existe motivo para iniciar el proceso de modificación de la capacidad, que se debe reservar para los supuestos más graves. Si la sentencia de modificación de la capacidad en nada cambia la situación del que se encontraba protegido a través de una guarda de hecho, pues no le reporta nada beneficioso, llegando incluso a provocar un perjuicio anímico de ver devaluada su situación jurídica a cambio de nada, no hay motivo para incapacitar a la persona.

Así las cosas, considero que será pertinente mantener la situación en el estado que se encuentra y valorar de manera positiva el mecanismo que otorga protección y que se desarrolla en su interés. Por tanto, solo procedería la declaración de incapacidad cuando la causa fuera acompañada de un motivo válido y suficiente.

En tales casos, el Ministerio Fiscal no debe instar necesariamente el proceso de modificación de la capacidad, bastaría con la presencia de un mecanismo de protección más liviano, que responda a las circunstancias concretas como lo es la institución de la guarda de hecho, que si se desarrolla de manera adecuada se puede

cuando la protección deseada no requiera para nada la incapacidad o se pueda lograr acudiendo a otras alternativas. Cfr. “Causa y motivo de la incapacidad civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código Civil”, *Jornadas sobre la protección jurídica en la incapacidad*, (26 y 27 de abril), Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007, pp. 148-151.

Sin embargo, a pesar de que la práctica jurisprudencial no es reiterada en cuanto al análisis de los motivos. Aunque la STS de 29 de abril de 2009 sí analizó el tema y argumentó que la demanda no se fundamenta realmente en el estado de la recurrente, sino que se fundamenta en otros criterios accesorios tales como su importante patrimonio, la situación de conflicto entre los hijos y el otorgamiento de un poder general a favor de los tres de sus hijos para administrar sus bienes y negocios.

predicar su permanencia, sin perjuicio que el Juez pueda establecer medidas de control y vigilancia.

c. Guarda de hecho y ley de la dependencia

Según el apartado segundo del artículo 2 LPAPAD, la dependencia se define 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”*⁶⁴.

La dependencia 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.⁶⁵.

Ante esta situación, La Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia ha reconocido en el artículo 4-2º j) que las personas en situación de dependencia tendrán derecho a *“iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la ley (...). En el caso de menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimados para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal”*. Asimismo, el artículo 28, al regular el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema, indica que el mismo se iniciará *“a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación*.

⁶⁴ Se debe tener en cuenta que la distinta incidencia de la enfermedad o discapacidad en la capacidad de obrar obliga a distinguir entre dependientes con capacidad natural y dependientes que carecen de ella, pues no todas las enfermedades y patologías son invalidantes y causa de incapacitación, sino algunas de ellas, desde un punto de vista jurídico, tan sólo conducen a concretas limitaciones. Por ello, la Ley 39/2006 en su artículo 2 diferencia las actividades básicas de la vida diaria de las necesidades de apoyo para la autonomía personal.

⁶⁵ Estas ayudas tradicionalmente se han prestado por personas de la familia o de su entorno, que se han constituido en cuidadores no profesionales, no vinculados a un servicio de atención profesionalizada al considerarse que, por la propia naturaleza de las cosas, correspondía a éstas dar solución a los problemas que dicha situación originaba.

El procedimiento administrativo es el cauce para solicitar el reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes. Pero será cada comunidad autónoma, en el ejercicio de sus legítimas competencias, la que dicte sus normas específicas dirigidas a la adaptación y desarrollo reglamentarios. En este sentido los artículos 27 y 28 LPAPAD exigen, respectivamente, la determinación de los órganos competentes para la valoración de la dependencia y la aprobación de la normativa reguladora del procedimiento.

De lo visto, se puede afirmar que son legitimados para iniciar el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia el interesado o persona que lo represente. Nada se plantea respecto de los supuestos en que la persona no haya sido incapacitada y que sus circunstancias les impiden elaborar o emitir declaración de voluntad. En estos casos es necesario completar la capacidad y considero que la guarda de hecho es uno de los mecanismos que puede cumplir ese papel complementario.

Si el guardador de hecho solicita el reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, estas actuaciones son en beneficio del guardado y por tanto estarían en correspondencia con lo establecido en el artículo 304 CC. Si los actos redundan en interés del guardado no podrán ser impugnados⁶⁶. Indudablemente, el interés del incapaz de hecho dependiente se encuentra en que se valore su dependencia en forma ajustada y que se restablezcan los mecanismos de atención adecuados para esa dependencia. Por tanto, la presentación de la solicitud por el guardador de hecho al redundar en beneficio del guardado no podrá ser impugnada. Además, el interés del guardado exige una máxima flexibilidad, por lo que si la petición se hace por el guardador de hecho (que, ciertamente, tiene un interés legítimo, porque busca el beneficio del guardado) podría admitirse aunque la ley no lo recoja expresamente.

En cuanto al tema de la legitimación puede ayudar el artículo 19 LJCA que concede legitimación en este orden a *las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o un interés legítimo*. En el mismo sentido, la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 68, establece que el procedimiento puede iniciarse a instancia de

⁶⁶ Para este tema me remito al desarrollo del apartado correspondiente a la regulación jurídica de la guarda de hecho.

persona interesada, recogiendo el concepto de interesado el artículo 31 entre los que se incluyen *quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos*.

Pienso, que el guardador de hecho tiene, efectivamente, un interés legítimo en estos casos; y así se ha entendido en las diferentes legislaciones autonómicas al otorgarle la posibilidad de llevar a cabo el procedimiento de reconocimiento de la dependencia⁶⁷. Si no hubiesen visto con suficiente claridad el tema, considero que no habrían regulado la materia tal y como lo hacen.

⁶⁷ Entre las legislaciones autonómicas, a modo de ejemplo, tenemos: 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 Comunidades de Castilla La Mancha 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 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 dependientes: “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*

3. Los incapacitados y la guarda de hecho

Para situaciones de incapacitación, la guarda de hecho se presenta cuando aquel que ha sido nombrado tutor no asume el cargo y es un tercero el que desempeña las funciones de guarda y protección o, también, en supuestos de delegación, inhabilitación y tutela putativa.

En estos casos, en mi opinión, lo aconsejable es seguir el cauce legal e intentar que la situación se regularice y se nombre a la persona que debe asumir las funciones de tutor; de manera que, si el “guardado” ya ha sido sometido a un proceso de modificación de la capacidad y existe una sentencia que lo establece, lo recomendable es cumplir con lo establecido en el artículo 229 CC⁶⁸. Sin embargo, el Código Civil Catalán establece una novedad, en cuanto a los incapacitados atendidos por el guardador de hecho, y prevé que si la circunstancia de guarda de hecho se va a prolongar en el tiempo y va a proteger el interés del incapacitado se podrá mantener su presencia con funciones tutelares, lo que implica que el guardador de hecho asumirá la protección como un tutor, y se suspendería la patria potestad o tutela a la que estaba sometido el guardado; todo ello como opción menos rígida frente al procedimiento de remoción o nombramiento de nuevo tutor⁶⁹.

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), 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).

⁶⁸ De esta opinión es DE SALAS MURILLO que considera que los supuestos de guarda de hecho en incapacitados tienen carácter provisional, pues la solución habría que reconducirse, al menos en principio, a la remoción y sustitución del guardador legal. Cfr. *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil...*, p. 70.

⁶⁹ Artículo 225-3 CCC: *Funciones del guardador de hecho. 2. En la guarda de hecho de personas que estén en potestad parental o en tutela, la autoridad judicial puede conferir al guardador, si lo solicitan aquellas personas, las funciones tutelares, siempre y*

B. El guardador

El guardador de hecho es una o varias personas físicas, tengan o no vínculo con el guardado, o una persona jurídica como las entidades residenciales, sean centros para personas de la tercera edad o donde se prevé el cuidado para personas con discapacidades físicas o psíquicas⁷⁰, que asumen funciones de protección o cuidado

En cuanto a los centros residenciales, se afirma que cuando la persona se encuentre en dicho lugar y no exista sentencia de modificación de la capacidad, tales establecimientos se constituyen como guardadores de hecho, pero en quien se materializa esa cualidad es en el director de la institución por ser el responsable del centro.

El desarrollo de esta guarda no está libre de problemas, que se ocasionan, principalmente, por la interferencia de los familiares que, a pesar de la situación de desamparo que han ocasionado, se creen legitimados para tomar decisiones respecto al guardado; por la sensación de conveniencia de parte de la institución al buscar la buena gestión de la residencia al margen del interés del guardado; asimismo se encuentra con muchos impedimentos a la hora de su actuación y se ve afectada por los continuos cambios en la planilla y en la estructura del centro.

cuando concurren circunstancias que lo hagan aconsejable. Las funciones tutelares se atribuyen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la potestad o tutela si es posible. Esta atribución comporta la suspensión de la potestad parental o tutela.

⁷⁰ En cuanto a las personas jurídicas como guardadoras y la situación de desamparo de las personas mayores de edad, y no susceptibles de ser incapacitadas, la propia Administración Pública puede ser nombrado guardador de hecho como medida cautelar judicialmente establecida dentro del marco asistencial de actuación de los poderes públicos con el objeto de paliar las situaciones de riesgo en que se encuentran inmersas tales personas, sin que el único remedio sea la incapacitación judicial. Así, la Ley 4/1995, de 21 de marzo, de creación de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, en su artículo 4.b) enuncia entre sus fines: “*La defensa judicial de los residentes en la Comunidad de Madrid, sobre los que se haya iniciado un proceso de incapacitación, así como el ejercicio de cuantas funciones determine la autoridad judicial en medidas provisionales de defensa y protección personal y patrimonial de presuntos incapaces en situación de desamparo*”. Añade, asimismo, en su Disposición Adicional 5ª, en su número 2, que: “*en casos excepcionales y de probada necesidad, la Agencia adoptará las medidas especiales análogas a la institución de la guarda de hecho que resulten precisas, actuando en coordinación con los correspondientes órganos especializados de la Comunidad Autónoma y con arreglo a la legislación aplicable en cada caso*”.

La guarda de hecho de centros residenciales se reconoce legalmente en el Código Civil de Cataluña en el artículo 225-2.2 que establece la obligación de la persona titular del centro residencial de comunicar la guarda, a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, en el plazo de 72 horas desde el conocimiento de la guarda en caso de una persona mayor de edad en quien se da una causa de incapacitación. Asimismo, el Decreto 176/2000, de 15 de mayo, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, en su artículo 7-3º establecía que *“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. Se dejará constancia en el expediente asistencial de los familiares que han intervenido en el ingreso, así como de la comunicación al Juez o Ministerio Fiscal efectuada por la persona que ostenta la guarda de hecho”*.

Si bien en la regulación autonómica catalana se regula la obligación de comunicar a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal de este hecho; sigo manteniendo que ya dependerá del arbitrio de estos órganos el que inicien o no el proceso de modificación de la capacidad atendiendo al caso concreto. Si consideran que la guarda de hecho desarrollada por el centro residencial resulta adecuada para la protección del guardado y se debe mantener, entonces nada impediría su permanencia, sin perjuicio de que vaya acompañada de los controles y medidas judiciales para su correcto desarrollo; y, así, evitar que el interés del mayor incapaz quede desplazado por los intereses particulares de los centros residenciales.

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

La Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 757 establece la legitimación activa para instar el procedimiento de modificación de la capacidad. Esta legitimación está tasada por el legislador y sólo quien ostente respecto del

demandado el vínculo parental legalmente previsto puede instar la demanda de incapacitación. Se trata de una legitimación cerrada⁷¹.

El artículo 757 distingue según se trate de incapacitar a un mayor de edad que a un menor: si el incapaz natural es mayor de edad puede instar su incapacitación el cónyuge o pareja de hecho, sus descendientes, sus ascendientes, sus hermanos, el Ministerio Fiscal y el propio interesado.

Cualquier otra persona, y aquí se incluye al guardador de hecho salvo éste tenga la condición de pariente según el 757.1, no podrá instar la demanda, sin perjuicio de la facultad que le otorga el artículo 757.3 para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que pueden resultar determinantes de la incapacitación.

Tampoco ostenta dicha legitimación el Juez, que de oficio no puede iniciar el procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar, aunque sí instar la iniciativa del Ministerio Fiscal.

Pero una cosa es la legitimación para iniciar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, y otra la obligación de instarlo. La Ley de Enjuiciamiento Civil se decanta, en el artículo 757, por el carácter no obligatorio para los familiares del incapaz no incapacitado de la promoción del procedimiento⁷², sólo establece este deber para el Ministerio Fiscal (que en mi opinión dependerá del análisis de las circunstancias del caso concreto), cuando no haya parientes legitimados o éstos no la insten (artículo 757.2 LEC). Constituye una manifestación del interés público que subyace a este procedimiento, se le continúa legitimando,

⁷¹ En este sentido se expresa SANCHO GARGALLO cuando asevera que 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...*, p. 74. La restricción de la legitimación a la familia nuclear, se basa, como señala Díez PICAZO, en que “la salvaguardia de la libertad personal y de la esfera de privacidad, exige que el número de de las personas facultadas para llevar a cabo un acto, que se mire como se mire, es de intromisión, sea reducido” (“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*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 183). Con ello se previene además, contra un posible uso temerario o malicioso de otras personas de este procedimiento. Cfr. PARRA LUCÁN, Ángeles, *Curso de Derecho Civil*, Colex, Madrid, 2000, p. 365. En la jurisprudencia también se constata esta posición; así la STS de 24 de mayo de 1991 niega la legitimación al Ayuntamiento.

⁷² No obstante SANCHO GARGALLO piensa que la promoción de la incapacitación de parte de los legitimados, es un derecho-deber. En este sentido “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” (Cfr. *La incapacitación y tutela...*, p. 76).

como defensor que es del interés público con carácter general, y en especial en los procesos sobre estado civil e incapacitación (artículo 3.6 y 7 EOMF). Se trata de una legitimación por sustitución de las personas primeramente llamadas a promover la incapacitación.

Por tanto, si un pariente, incluido en el numeral 1 del artículo 757, es un guardador de hecho, si bien está legitimado, no tiene obligación de iniciar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar. Asimismo que un guardador de hecho, no incluido en dicho numeral, no está legitimado para instar la incapacitación, sino sólo a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos determinantes de la incapacidad, y esto como facultad y no como deber.

2. La cuestión de la retribución al guardador

El Código Civil nada dice respecto si al guardador de hecho le corresponde una retribución por el ejercicio de la guarda. Ante este silencio es la doctrina la que se encarga del tema, presentándose posturas contrapuestas.

Unos consideran que la guarda de hecho no puede ser retribuida por que el artículo 306 CC no hace la remisión al artículo 274 CC, correspondiente a la retribución del tutor, sólo alude al artículo 220 CC. Además, si retribuye esta actividad se premiaría una actividad que es ilegal⁷³.

Otros, en cambio, admiten que lo dispuesto en el artículo 306 CC no es óbice para que el Juez pueda aprobar la actuación del guardador de hecho y arbitrar a su favor una retribución homologable con los criterios del artículo 274⁷⁴.

Considero que para determinar el tema hay que distinguir dos momentos: a) retribución por el trabajo realizado en la fase previa a que se tenga conocimiento por el Juez de la situación de guarda de hecho y b) Retribución en relación a los actos futuros, porque una vez que el Juez conoce de la guarda de hecho puede mantenerla en el tiempo. En el primer momento, habría que rechazar la posibilidad de retribución ya que el sentido de la norma es estimular el buen funcionamiento de la

⁷³ Cfr. LETE DEL RÍO, Manuel, “De la guarda de hecho”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1985, p. 493.

⁷⁴ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al artículo 303 del Código Civil”..., p. 795; SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Tutela e instituciones afines*, Civitas, Madrid, 1983, p. 65 y ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho...*, pp. 145-146.

Como apoyo a esta tesis *vid.* SAP Lugo de 5 de julio de 2001.

institución y esto se compadece mal con los actos ya realizados. Por ello, y con razón, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO asevera que según el artículo 274 CC 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”⁷⁵. En el segundo momento, se acomoda más la posibilidad de que el guardador de hecho reciba una retribución porque se refiere al posterior funcionamiento de la guarda. El juez, en base al artículo 303 podría acordar una retribución al guardador de hecho.

Con todo, la retribución del guardador debe ir siempre relacionada con los bienes del guardado porque pierde toda su importancia si éste carece de ellos.

⁷⁵ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al artículo 303 del Código Civil”...p, 796.

CAPÍTULO SEGUNDO

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GUARDA DE HECHO

La guarda de hecho se recoge en el Código Civil, pero éste no la regula. El legislador, al parecer, se ha limitado a tomar constancia legal de un hecho para inmediatamente formalizarlo y constituir las instituciones tuitivas de protección recogidas en el Código Civil. Por ello, queda la imperiosa labor de convencer que la guarda de hecho, en determinados supuestos, se presenta como un mecanismo de protección idóneo que defiende el interés del guardado, sin perjuicio que se establezcan las medidas de control y vigilancia judiciales.

Este planteamiento deja sin contenido el nombre de la figura de la guarda de hecho, pues al considerarse un mecanismo de protección bajo el control judicial, ya pasaría a ser una guarda de derecho. En todo caso, independientemente del nombre que se le quiere dar, no se debe olvidar que se trata de situaciones que se presentan en la realidad y son de gran importancia a nivel social.

El Código Civil se refiere a la guarda de hecho en escasamente tres artículos que no guardan una lógica entre sí⁷⁶. Es irónico que a pesar de que la guarda de

⁷⁶ Así ROGEL VIDE considera que el artículo 303 y 304 CC no comparten la misma filosofía, en este sentido refiere que “la impresión que da, al analizar el 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 en base a la remisión que contiene, el artículo 306 confiere al guardador de hecho el derecho a la

hecho se presente con asidua frecuencia en la realidad, el legislador sólo haya previsto tan exigua normativa que no aportan ninguna solución a los conflictos que se presentan.

La deficiente “regulación” tiene un efecto negativo porque hace que esta institución se encuentre infrutilizada y genere una especie de rechazo de parte de los operadores jurídicos que son reacios a su práctica ante las dudas y la inseguridad jurídica que provoca⁷⁷. Sin embargo, teniendo en cuenta que así la ha recogido el legislador, hasta que no se realice una modificación legislativa, se debe pensar que la disposición de los tres artículos correspondientes a la guarda de hecho deben tener como fundamento la finalidad tuitiva que la institución persigue y el interés de la persona necesitada de guarda.

Este contexto, hace que nos movamos en arenas movedizas y ha dado pie a que la doctrina pueda debatir sobre cuál debería ser la regulación jurídica. Algunos autores consideran que la ausencia de la regulación de la guarda de hecho supone un supuesto de laguna legal y, por ello, se debe recurrir a la regulación que el Código hace de figuras similares. En este caso a las normas de la tutela, pues tienen idéntica razón y en lo único que se diferencian es en su diversa constitución, una fáctica y la otra legal. Otros refieren, que pese a cumplir una función similar, la guarda de hecho y tutela o curatela no están presididas por idéntica *ratio*, evitando de esta forma la eventual aplicación analógica de las normas de éstas a aquella, y considerar que, por otro lado, 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. Asimismo, la realidad normativa actual no permite realizar dicha asimilación, ya que los preceptos transcritos sólo equiparan guarda de hecho y guarda legal en lo que atañe al deber de información del guardador (artículo 303) y al

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” (*Guarda de hecho...*, pp. 28-31)

⁷⁷ No obstante, algunos autores refieren que esta falta de reglamentación se podría justificar atendiendo que estamos ante una institución meramente fáctica que solo tiene sentido al pretender proteger, de forma inmediata, al incapacitado o incapaz o menor desvalido.

deber de indemnización (artículo 306)⁷⁸. La jurisprudencia poco nos puede aportar porque estos casos, hasta ahora, apenas llegan a los tribunales.

Considero que la aplicación de los artículos correspondientes a la tutela no es lo más conveniente, porque existen normas de la institución tutelar cuyo empleo es imposible de aplicar al caso de la guarda de hecho, piénsese, *v. gr.*, en el supuesto de exigir *a priori* garantías o inventario al guardador de hecho. Lo más adecuado a estas situaciones es el uso, con carácter general, de artículos que resulten compatibles con la institución de hecho⁷⁹.

Descendiendo a la normativa particular de la guarda de hecho, encontramos los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil, cada uno de ellos con un contenido que ha sido objeto de análisis por la doctrina.

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

El artículo 303 CC dispone que “*sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas*”.

A. El informe del guardador

La posibilidad, que recoge el artículo 303, de que el Juez pueda solicitar al guardador para informe de la persona y bienes del guardado ha sido criticada por la doctrina.

Unos defienden que es obligatorio para el Juez solicitar el informe al guardador, pues a partir de éste puede establecer las medidas de control y vigilancia necesarias, determinar si es beneficiosa la permanencia de la guarda y, además, que no se otorgue un tratamiento privilegiado a la guarda de hecho en relación con la

⁷⁸ Cfr. AA.VV., *Derecho y retraso mental*, SEOANE, José (coord.), Paideia, A Coruña, 1999, p. 193.

⁷⁹ Cfr. ROGEL VIDE, *La guarda de hecho...*, p. 98.

tutela⁸⁰. Otros, por el contrario, creen que la solicitud del informe es facultativa, porque una vez que se tiene conocimiento de la guarda de hecho, al ser una institución transitoria, no hay manera de impedir que se inicie el procedimiento de incapacitación, tal y como lo expresa el espíritu de la norma recogida en el Código Civil y que se relaciona con el artículo 229 CC. Esta teoría me parece muy cuestionable, porque sería como decir que la guarda de hecho se reconoce para hacerla desaparecer⁸¹.

Estimo que la posición más acertada es la obligatoriedad de la solicitud del informe al guardador. Esta es una de las formas en que el Juez puede analizar las circunstancias y determinar si da cuenta al Ministerio Fiscal para que inicie el procedimiento de modificación de la capacidad, o considerar si mantiene la guarda de hecho. Además, este informe del guardado también será útil para la adopción de las medidas de control y vigilancia que la autoridad judicial considere oportunas.

Tal y como se ha expuesto en este trabajo, en el supuesto de personas incapaces no incapacitadas muchas veces será preferible mantener una guarda de hecho si ésta se lleva de manera satisfactoria y puede continuar con resultados positivos sin perjuicio de imponer medidas de control y vigilancia judiciales.

El artículo 303 CC, por otro lado, establece un deber de información del guardador frente al requerimiento del Juez que, en mi opinión, es similar al que se establece para el tutor en el artículo 233 CC y, obviamente quedará limitado al ámbito en que se desarrolle la guarda de hecho. Este deber es distinto a la obligación de notificar o comunicar la existencia la guarda de hecho, que si está recogido en el Código Civil de Cataluña y el Código de Derecho de Familia de Aragón. Así, el

⁸⁰ Así FÁBREGA RUIZ refiere que “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” (Cfr. *La guarda de hecho...*, p. 72).

En el mismo sentido TEJEDOR MUÑOZ asevera que 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 normas civiles y administrativas...”, p. 7.

⁸¹ Así, ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA expresa que con no ser una 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 adopta una actitud favorable a su continuidad en el tiempo. Cfr. “Tutela administrativa y guarda de hecho de menores...”, p. 258.

artículo 225-2 CCC establece la obligación de comunicar la guarda, en el plazo de setenta y dos horas desde su inicio, en dos supuestos: en caso de acogimiento de un menor que ha sido desamparado por las personas que tienen la obligación de cuidarlo y en el caso de mayores de edad en quienes se da una causa de incapacitación si está en un establecimiento residencial. De esto se infiere que no existe obligación de comunicar la guarda en caso de particulares. En cambio, el artículo 157 CDFEA establece la obligación de comunicar, en todos los supuestos, la guarda de hecho al Ministerio Fiscal. Pienso que, independientemente se haya regulado o no la obligatoriedad, dependerá de las autoridades el análisis de las circunstancias y la decisión de incapacitar o no a una persona, teniendo en cuenta que incoar un procedimiento de modificación de la capacidad debe ser el último recurso al que se acuda y sólo para casos muy graves.

B. Las medidas de control y vigilancia

El artículo *sub examine*, también alude a las medidas de control y vigilancia que puede adoptar el Juez para la protección del presunto incapaz; no determina cuáles, pero ello no es imprescindible pues se pueden aplicar las contenidas en el Código Civil o Ley de Enjuiciamiento Civil.

Estas medidas, normalmente se dan después del informe requerido al guardador de hecho. El Juez analiza la situación y las adopta, pero nada obsta que ante una situación urgente y porque así lo demande el interés del guardado se establezcan medidas sin previo informe⁸².

Se dice que estas medidas son provisionales y caducas, de duración transitoria ya que deberá ponerse en marcha el procedimiento tutelar de derecho y la tutela provisional del artículo 299 bis, a través de la cual la guarda de hecho será sustituida por un defensor judicial, Ministerio Fiscal, y en su caso, como administrador judicial al guardador de hecho si procede⁸³. Pero esto no es totalmente cierto, porque hay

⁸² Cfr. LETE DEL RÍO, Manuel, “De la guarda de hecho”..., p. 490.

⁸³ De esta opinión es DE COUTO GÁLVEZ y considera que 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 de la persona que ha sido sometida a guarda de hecho, así como sus bienes. Cfr. “Comentario a los artículos 286 a 306”, *Comentarios al código civil*, II, Bosch, Barcelona, p. 2083. En el mismo sentido ALBÁCAR LÓPEZ, José y MARTÍN GRANIZO, Mariano, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia...*, p. 1331.

situaciones en las cuales, por el contrario, dependiendo del caso concreto, la autoridad judicial decide mantener la guarda de hecho durante todo el procedimiento tutelar o que, incluso, atendiendo al interés del guardado, decida mantener ese mecanismo protector de manera permanente. Dicho de otro modo, el Juez podrá poner en marcha el mecanismo de constitución de tutela, siempre que esto sea más beneficioso para el incapaz, pero podrá mantener la guarda, por el tiempo que considere conveniente, sin necesidad que su intervención implique la extinción de aquella, sin perjuicio que se establezca sobre la guarda los mecanismos adecuados de control. En definitiva, la actuación del guardador de hecho no tiene porqué ser objeto de reproche, sino todo lo contrario.

Por tanto, una vez que el Juez tiene conocimiento de la guarda puede iniciar un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que debe constatar la situación de presunta incapacidad, puede solicitar otras diligencias como informes sociales, extractos de cuentas corrientes, puede oír a las personas con legítimo interés y, por último, puede acordar por auto las medidas que considere pertinentes como, por ejemplo, la obligación de rendir cuentas, informar periódicamente de la situación en que se encuentra el presunto incapaz, atención personal y terapia, nombrar un defensor judicial o administrador provisional, o iniciar un procedimiento de tutor por el artículo 228 CC si ya está incapacitado, y si no está incapacitado, puede remitir la información al Ministerio Fiscal para que éste presente la demanda de incapacitación.

Este razonamiento puede chocar con la supuesta obligación del Juez de iniciar el proceso de modificación de la capacidad de obrar una vez conocida la situación de hecho, con la finalidad de regularizar la situación, y otorgar la máxima protección al presunto incapaz de acuerdo al artículo 228 CC y 757.3 LEC.

En realidad, el Juez no tiene obligación legal de instar de oficio el procedimiento de modificación de la capacidad, a lo único que está obligado es a dar aviso al Ministerio Fiscal para que éste, en base al artículo 752 LEC, de inicio al procedimiento correspondiente. E incluso, teniendo esta obligación de informar al Ministerio Fiscal, considero que este deber no es aplicable a raja tabla, sino que habrá que atender al caso concreto y, con mayor razón si existe el artículo 303 CC que permite a la autoridad judicial, en caso de conocimiento de la existencia de un guardador de hecho adoptar las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Debe tenerse en cuenta que siempre se habrá de actuar movidos por el interés de las personas y no instar el procedimiento de modificación de la capacidad por el simple hecho de cumplir con la formalidad legal. Aquí lo importante es la persona; si está adecuadamente protegida y se satisfacen sus intereses con el mecanismo de la guarda de hecho, la lógica fáctica se impone al deber y lo que hay que mantener es el mecanismo protector que ha cubierto las necesidades del incapaz, o sea, la guarda de hecho.

Con este razonamiento, se puede pensar que si bien el Juez no está obligado a iniciar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, igual se llevará a cabo porque el Ministerio Fiscal tiene la obligación de incoarlo en base al artículo 757.3 LEC y con ello se salvaría la transitoriedad de la guarda de hecho. Este razonamiento no es el correcto.

Estimo que si bien el artículo 757.2 LEC establece la obligación del Ministerio Fiscal de iniciar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, se puede valorar la conveniencia o no de instruirlo de acuerdo a las circunstancias del caso concreto. En consonancia con ello, 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, y avalando mi posición, dispone que *“el Ministerio Fiscal está siempre legitimado para presentar la demanda de incapacidad o de la declaración de prodigalidad, cuando no lo haga ninguna de las personas mencionadas en los apartados 1º o 5º del artículo 757 LEC, 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 (artículo 757-4º LEC). 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 artículo 757-3º LEC, 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 artículo 762-1º LEC, 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”.*

Por tanto, el Ministerio Fiscal si bien está obligado a iniciar el procedimiento de la modificación de la capacidad de obrar, esto dependerá del análisis de las circunstancias y de las necesidades concretas del guardado⁸⁴. Esta postura se ratifica con 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, que en la modificación del artículo 38 dispone: “*A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias: (...) 6º La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor y presunto incapaz*”. Si el Ministerio Fiscal tuviese la obligación de incoar el procedimiento de modificación de la capacidad, siempre que tenga conocimiento de la existencia de una persona en la que concurren causas de incapacitación, no se le hubiese otorgado la facultad de solicitar la anotación en el registro de una situación que está destinada a desaparecer⁸⁵. En mi opinión, con la reforma se da publicidad

⁸⁴ De esta opinión es APARICIO AUÑON quien establece que curiosamente ha desaparecido el plazo de quince días que antes fijaba el artículo 203 CC para que el Ministerio Fiscal, al que se le denuncia la posible causa de incapacitación, solicite del Juez lo que proceda. Tal supresión no significa desde 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 Ministerio Fiscal pidiendo la incapacitación. El Ministerio Fiscal debe comprobar y valorar antes los hechos denunciados, instruyendo unas diligencias informativas. Cfr. “Comentario a los artículos 757 a 768”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, LORCA NAVARRETE, Antonio (dir.), GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 3986.

⁸⁵ En la doctrina hay autores a favor y en contra de esta posición. A favor tenemos a DÍAZ ALABART quien entiende que se establece la necesidad de 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, 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*, nº 17, 2009, p. 1990.

De distinta opinión es POZO MOREIRA que identifica la anotación registral de la guarda de hecho, con la iniciación del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, es decir, como un supuesto absolutamente provisional, antesala de una futura incapacitación. 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” (“La reforma del Registro Civil por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de

registral a la guarda de hecho; y, asimismo, a mi entender, redundante en la posibilidad de mantenimiento del guardador de hecho como cargo, asumido de facto, siempre que resulte beneficioso para el guardado, ante situaciones de merma de alguna de las facultades físicas psíquicas que aparentemente requieran la incapacitación, al ser un instrumento de protección que puede atender sus necesidades de la misma forma que antes durante su clandestinidad; si bien, ahora bajo un control judicial.

II. 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*”.

Esta es una disposición paradójica, no resistiendo la más mínima comparación con el artículo 303 CC por obedecer a filosofías contrapuestas y responder a postulados irreconciliables. Y ello porque, tras propiciarse, aparentemente, la desaparición de una situación de la que parece desconfiarse, se impide la impugnación de los actos realizados cuando éstos son realizados en interés y aportan una cierta utilidad al guardado.

Por otro lado, la redacción del precepto no parece muy acertada ya que no es que los actos no puedan ser impugnados, pues precisamente esa impugnación será la que abre la puerta a la comprobación de la utilidad que deberá probarse en juicio por quien la alega. La tutela judicial efectiva hace que no se pueda cerrar el acceso al procedimiento judicial⁸⁶. En mi opinión, el precepto se refiere a que los actos no pueden declararse nulos si le generan un beneficio o ventaja al guardado.

Lo que se establece en el artículo 304 es una regla *a posteriori* para dotar de validez a los actos realizados por el guardador cuando éstos redunden en utilidad del presunto incapaz, 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

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*, nº 7166, 2009.

⁸⁶ En la misma línea ROGEL VIDE alude que 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...*, p. 108. Defienden, también esta posición BERROCAL LANZAROT, Ana, “La guarda de hecho como instrumento de protección...”, p. 19; FÁBREGA RUIZ, Francisco, *La guarda de hecho...*, p. 88 y la SAP Valladolid de 1 de febrero de 2005.

que se comprueba que dichos actos afectan positivamente a sus intereses, reportándole una objetiva utilidad. Por tanto, no se trata de un mecanismo de representación o sustitución de la actuación del incapaz, o de traspaso de la legitimación activa al guardador de hecho, más bien se trata de un mecanismo de convalidación de sus actos cuando éstos sean beneficiosos para el guardado⁸⁷.

En principio, si un acto se realiza sin tener la capacidad para ello sería nulo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1259 CC, y esto es lo que sucedería en el supuesto del guardador de hecho. Sin embargo, según FÁBREGA RUIZ, la doctrina se decanta por un efecto de anulabilidad que defiende mejor los intereses del presunto incapaz tratándose de actos de conservación de bienes⁸⁸, y ello, por la evidente posibilidad de convalidación que estaría excluida en el caso de la nulidad y porque, en otro caso, no existiría diferencia entre el contrato realizado en nombre del incapaz por el guardador de hecho o por un extraño⁸⁹. En este caso entiendo, que 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 cauce adecuado será la nulidad. En cambio, si la impugnación se fundamenta en el perjuicio del guardado por quien era efectivamente su guardador de hecho al tiempo de la realización del acto o negocio de que se trate, el cauce adecuado será la anulación.

En cuanto a la utilidad debe entenderse que debe ser objetiva, no necesariamente económica, global e inmediata. Por tanto, se ha de prescindir del criterio subjetivo del guardador, debe buscar el beneficio global y el bienestar

⁸⁷ Cfr. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho...*, p. 90; SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela...*, pp. 298 y 299.

⁸⁸ Comparten esta postura ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho...*, p. 108. y LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, “El tráfico jurídico...”, p. 213. En cambio, CANO TELLO estima que estamos ante una acción de rescisión habida cuenta que su fundamento es el perjuicio causado al presunto incapaz. Cfr. *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines...*, p. 147. Defiende, también, esta última postura SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y tutela...*, p. 307.

⁸⁹ En este sentido, LEÑA FERNÁNDEZ distingue dos supuestos: 1. Impugnación del acto o negocio celebrado por quien dice ser guardador de hecho sin serlo en realidad. En este caso el acto sería nulo. Piénsese en quien contrata por quien no es incapaz ni de hecho ni de derecho, o quien en realidad no actúa en el momento del acto como guardador y 2. Impugnación del acto o negocio realizado por un verdadero guardador de hecho en base al perjuicio causado al guardado. En este caso estaríamos ante una acción de anulabilidad. Cfr. “El tráfico jurídico negocial...”, p. 213.

personal del menor o incapaz, no cabe plantear una valoración fraccionada de la utilidad que produzca el acto y el beneficio debe darse de acuerdo con la naturaleza del acto y la previsibilidad de sus consecuencias⁹⁰.

Por otro lado, el 304 no distingue a que actos se le aplica esta disposición⁹¹. Entiendo que el artículo no solo se refiere a los actos de carácter personal, sino también a los de carácter patrimonial, sean éstos conservativos, de administración o disposición. La razón de esta interpretación es el beneficio de la persona guardada en toda su extensión y, por ello, alcanza a todos los actos que sean útiles para el menor o incapacitado. Hay que recordar que donde el legislador no distingue, no lo debe hacer el intérprete.

A. Actos realizados en la esfera personal del guardado

Los actos de la esfera personal no solo son posibles y frecuentes en la práctica, sino que necesarios y de gran ayuda para el desarrollo del guardado. Si bien no se ha establecido qué actos se comprenden en esta esfera, considero que para resolver la cuestión puede ser útil remitirnos al artículo 269 CC (deberes del tutor), pero no como una forma de extensión de estos deberes al guardador de hecho, porque en realidad no los tiene, sino como manera de establecer los criterios y determinar los actos que podría realizar el guardador en la esfera personal. Por tanto, los principales actos serían: velar por el tutelado, procurarle alimentos, educar y promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.

Actualmente, uno de los actos que se desarrolla en la esfera personal del guardado y que le otorga margen de actuación al guardador de hecho, es el relativo a los tratamientos médicos que precisan el consentimiento informado del paciente que se somete a ellos.

⁹⁰ Cfr. FÁBREGA RUIZ, Francisco, *La guarda de hecho...*, pp. 60 y 91; ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho...*, pp. 108 y 109 y BERROCAL LANZAROT, Ana, “La guarda de hecho como instrumento de protección...”, p. 21.

⁹¹ Este planteamiento lo resuelve, fácilmente, MORENO QUESADA cuando afirma que los actos a los que se refiere el artículo 304, aunque no los contemple expresamente, se pueden deducir del artículo 303 que alude a la persona y bienes del menor o incapacitado. Cfr. “El curador, el defensor judicial...”, p. 328.

La Ley 41/2000, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica dispone dentro de sus principios básicos lo siguiente: “2.2) *Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley;* 2.3) *El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles* y 2.4) *Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito*”. No obstante, el consentimiento informado se exceptúa, según el artículo 9.2, de la misma Ley, en los siguientes casos: “*Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas y b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él*”. A la vez se añade, en el numeral 3 del mismo artículo, que se otorgará el consentimiento por representación 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 si no hay representación, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho⁹².

⁹² El Código Civil de Cataluña, también dispone la obligación de prestar el consentimiento para la realización de intervenciones quirúrgicas. Así, el artículo 212-2.2 establece que “*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, por 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*”.

Por tanto, la Ley otorga la posibilidad de actuación al guardador de hecho en un ámbito tan personal del guardado, como lo es el consentimiento en temas relacionados con su salud; esto se corresponde con el régimen general del Código civil que establece que el guardador de hecho no precisa de autorización judicial para que la persona incapaz objeto de su guarda sea sometida a una intervención médica. Pero este tema no está libre de problemas y entre ellos tenemos: la acreditación de la guarda de hecho y la pluralidad de guardadores de hecho (actuación conjunta y desacuerdo). Por ello, considero que deben existir mecanismos a través de los cuales se demuestre la existencia de la guarda de hecho (me remito al estudio que realizo posteriormente) y en caso de controversias cuando existan varios guardadores, podría ser de aplicación el artículo 237 CC, que regula la solución de los conflictos cuando existen pluralidad de tutores.

B. Actos realizados en la esfera patrimonial del guardado

En la doctrina encontramos autores que defienden la posibilidad de realizar todo tipo de actos en la esfera patrimonial del guardado, pues entienden que si el legislador, en el artículo 304 CC, no distingue entre los actos de conservación, administración o disposición no tiene por qué distinguirse en la realidad, siendo viable que el guardador los lleve a cabo si es que redundan en beneficio del guardado. Otros, convienen que no es posible que el guardador de hecho pueda actuar en lugar del guardado para autorizar actos de carácter patrimonial y si lo hace, sería nulo por falta de capacidad para prestar el consentimiento. En este sentido, el legislador catalán en el artículo 225-3.1 limita la actuación del guardador a la realización de actos de administración ordinaria⁹³. Asimismo, esta postura también cuestiona la actuación del guardador en el ámbito patrimonial porque otorga un tratamiento privilegiado al guardador de hecho frente al tutor, quien, según el artículo 271.2 CC, necesita autorización judicial para enajenar, disponer y gravar

⁹³ Por ello, SANCHO GARGALLO advierte que 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. Cfr. *Incapacitación y tutela...*, pp. 299 y 300.

bienes del tutelado. Si llevase a cabo cualquiera de los actos precedente serían considerados absolutamente nulos por la doctrina⁹⁴.

En mi opinión, para superar la cuestión planteada, considero que si el acto dispositivo redundaba en utilidad del guardado, no podrá anularse dada la dicción del artículo 304 y el principio del interés del menor o incapaz. Tal y como se ha dicho, el 304 no es un mecanismo de representación o sustitución de la actuación del incapaz, sino una forma de convalidación de los actos del guardador cuando estos resaltan beneficiosos para el guardado. Es decir, al no tratarse de una representación ya no se puede hablar de una falta de capacidad para dar el consentimiento y, por tanto, no se habla de la nulidad; simplemente se mira si el acto le proporciona un beneficio al menor o presunto incapaz y, si es así, se convalida y se proclama su validez y eficacia.

Dentro de los actos patrimoniales que puede realizar el guardador de hecho, sirva de ejemplo, la constitución de patrimonio protegido en beneficio de una persona con discapacidad con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario (artículo 3.1 c) de la Ley 41/2003), la solicitud de la declaración de situación de dependencia y el requerimiento de las prestaciones, y la posibilidad de solicitar información contable y financiera a las instituciones públicas con las que mantiene vínculo el guardado.

C. Constatación de la existencia de la guarda de hecho

En teoría no hay dificultad para que el guardador de hecho realice todo tipo de actos a favor del guardado. Los de tipo personal no generan mayor problema, pero los patrimoniales encuentran un sinnúmero de barreras por la falta de un título que acredite su existencia. El guardador de hecho se encuentra sin medios para defender determinados derechos del guardado en situaciones que verdaderamente lo necesite; obligando en muchas de las ocasiones, sin que sea realmente necesario, incoar el

⁹⁴ De esta postura es RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín, “Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho”, *Nul*, nº 1, 2006, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?>

procedimiento de modificación de la capacidad para la realización de actos específicos que, en muchos casos, solo se presentan por única vez⁹⁵.

Con el fin de dar una salida a dicha problemática, la doctrina ha buscado mecanismos que acrediten la existencia de la guarda de hecho⁹⁶. Entre ellos tenemos: la resolución del proceso de jurisdicción voluntaria, el acta de notoriedad notarial, el decreto del Ministerio Fiscal, acreditación de una relación entre el incapaz natural y el guardador y la declaración del guardador de hecho.

El procedimiento de jurisdicción voluntaria precisa de una resolución judicial que declare frente a terceros la existencia de una situación de guarda de hecho⁹⁷. El procedimiento a seguir sería el siguiente⁹⁸: 1. Escrito dirigido al juzgado de 1ª instancia correspondiente al domicilio del guardado (no es necesario abogado ni procurador puesto que la pretensión trae causa de una situación regulada dentro del

⁹⁵ De esta misma opinión es SANTOS URBANEJA que conviene que la acreditación podría lograrse interponiendo una demanda de incapacitación para obtener una sentencia en la que se declare la situación de incapacidad y se establezca formalmente la figura de guarda (patria potestad prorrogada o rehabilitada, tutela, curatela). Esta es la solución a la que generalmente se acude pero considero que la mayor parte de las veces es una solución inadecuada, excesiva e innecesaria. Es inadecuada, porque la declaración de incapacidad y la autorización correspondiente se obtendrá generalmente no antes de seis meses, mientras que lo que se necesita no puede esperar tanto; es excesiva e innecesaria, porque no debe acudir a un remedio extremo cuando se puede obtener la protección por medios más livianos. Cfr. “Causa y motivo de la incapacitación civil...”, pp. 13 y 14.

⁹⁶ Cfr. FÁBREGA RUÍZ, Francisco, *La guarda de hecho...*, pp. 203-205. LEÑA FERNÁNDEZ, se opone a que la resolución judicial y el decreto fiscal sean mecanismos para acreditar la existencia de la guarda de hecho por la obligación de comunicación o promoción de la incapacitación que recoge el artículo 757 CC. Cfr. “El tráfico jurídico...”, p. 209.

⁹⁷ A esta resolución judicial se refiere DE SALAS MURILLO cuando en la nota 417 habla de los Certificados acreditativos. Cfr. *Responsabilidad Civil e incapacidad...*, p. 253.

Hay resoluciones judiciales que constatan la existencia de una situación de guarda de hecho para que pueda ser exhibida frente a quien la cuestione o requiera su acreditación. Así tenemos el Auto del Juzgado de 1ª instancia nº 7 de Córdoba, de 15 de mayo de 1996 que establece: “Se tiene por guardador de hecho a (...) 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.- ptas, e informar al Juzgado de cualquier cambio de residencia de la persona en cuyo interés actúa”. Del mismo modo, el Auto del Juzgado de 1ª instancia nº 2 de Algeciras de fecha 19 de julio de 2002 que establece: “Que estimando la solicitud presentada por (...) debo declarar y declaro que los mismos han venido desempeñando la función de guardadores de hecho cuyo carácter se reconoce de la menor con todas las facultades inherentes a dicha declaración”. Igualmente tenemos el Auto del Juzgado de 1ª instancia nº 2 de Córdoba, de fecha 6 de junio de 2002 y el Auto del Juzgado 1ª instancia nº 8 de Córdoba de fecha 20 de mayo de 2002.

⁹⁸ SANTOS URBANEJA, Fernando, “Causa y motivo de la incapacitación civil...”, p. 14.

Titulo 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, el auto declara la existencia de la guarda y habilita al guardador para llevar a cabo lo pretendido por estimar que es lo más beneficioso para éste, representa un título.

Los problemas que está presentando este mecanismo son que la actividad jurisdiccional es demasiado lenta para la solución de los casos y que para actos que tengan trascendencia registral, los notarios o registradores no están admitiendo la legitimación del guardador de hecho para otorgar escrituras públicas y exigen la sentencia de incapacidad⁹⁹.

Otro mecanismo de acreditación puede ser el acta notarial de notoriedad. Las circunstancias que debe constatar el notario son variadas: valorar la capacidad civil o legal de la persona guardada y entender que existe una discapacidad con suficiente entidad que elimina la existencia de una capacidad negocial¹⁰⁰; la inexistencia de

⁹⁹ Así lo manifiesta el notario LEÑA FERNANDEZ cuando afirma que ante la falta de capacidad evidente de los discapacitados que, en ocasiones, nos presentan a los notarios, con la pretensión de documentación de una determinada actuación negocial por su parte, no tenemos mas remedio que, o bien negar la posibilidad de otorgamiento del negocio jurídico pretendido, remitiéndolo a un momento posterior a una incapacitación judicial que aconsejamos pero que los familiares no quieren afrontar, o bien admitir la actuación negocial, en representación del discapacitado, de la persona que lo tiene bajo su cuidado como guardador de hecho. Sin embargo, son escasísimas las veces que los notarios y, en general, los profesionales del derecho, accedemos a la utilización de esta última posibilidad dada la inseguridad jurídica en que se desenvuelve la figura. Cfr. “El tráfico jurídico...”, p. 207.

¹⁰⁰ El Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, establece la obligación del notario de valorar la capacidad civil o legal de la persona que comparece, así en sus artículos 156.8 y 167, respectivamente, refiere: “*La comparecencia en toda escritura indicará: 8. La afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación*” y “*El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate*”. En similares términos se expresa el artículo 17 bis de la Ley Orgánica del notariado (en redacción dada por Ley 24/2001).

El notario, teniendo a su presencia al incapaz, lo identificará por cualquiera de los medios establecidos en el Reglamento Notarial. Para ello el notario se desplazará al lugar procedente, si fuera preciso o conveniente para el propio incapaz, y adoptará las cautelas que estime convenientes para que éste no se sienta negativamente “afectado” ni se perjudiquen sus relaciones con la familia o con el guardador.

sentencia que modifique la capacidad o procedimiento para ello¹⁰¹ y el ejercicio prolongado en el tiempo de la guarda de hecho¹⁰². El notario practicará cuantas pruebas estime necesarias y en el acta hará constar la declaración de dos testigos.

El decreto del Ministerio Fiscal, también podría demostrar la guarda, pues su naturaleza fáctica de hecho hace que cualquier constatación con suficientes garantías baste para certificar su existencia¹⁰³. Ante la llegada de noticias referentes a una posible situación de incapacidad, el Ministerio Fiscal inicia la actuación consistente en la apertura de diligencias informativas, en ella se oirá a la familia si la hubiere, y se recabarán informes médicos y sociales. Si estima que no procede llevar a cabo la incapacitación, porque de las circunstancias observa que el incapaz tiene complementadas sus limitaciones por un guardador de hecho; su decisión la puede plasmar en un decreto¹⁰⁴, que, en mi opinión, servirá de título para acreditar la existencia de la guarda.

Seguidamente, otro mecanismo es el de los centros residenciales en los cuales el director es el guardador de hecho por ser el máximo responsable de la residencia donde se encuentra el guardado. Este mecanismo se contempla legalmente en el Decreto 176/2000 de regulación del sistema de servicios sociales Catalán, que

¹⁰¹ Para acreditar esta circunstancia bastará con la partida literal de nacimiento y certificaciones negativas de los Registros Civiles del domicilio del incapaz.

¹⁰² Esto se podrá acreditar con la declaración de dos testigos que así lo aseveren, declaración que resulta habitual en los distintos tipos de acta de notoriedad, pudiendo ampliarse esta prueba con la declaración cumulativa de dos familiares, preferentemente de entre los más próximos. Parece lógico admitir que, por analogía con lo que ocurre en la patria potestad, cuando los padres viven y no están separados, ambos serán los guardadores de hecho de su hijo discapacitado mayor de edad, exigiéndose su actuación conjunta. Si estuvieran separados, el guardador de hecho será el que lo tenga bajo su custodia. Cfr. LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, "El tráfico jurídico negocial...", pp. 211 y 212.

¹⁰³ Pues no necesariamente, tal y como se ha planteado a lo largo del presente trabajo, el conocimiento del Ministerio Fiscal de la existencia de una situación de guarda de hecho le llevará a entender procedente la interposición de una demanda de incapacitación ni le obliga automáticamente a ello, sino que deberá analizar las circunstancias del caso y en función de aquellas determinar si procede o no la interposición de la demanda. De opinión contraria es LEÑA FERNÁNDEZ quien manifiesta que, tanto en el caso del procedimiento de jurisdicción voluntaria como en el Decreto Fiscal, Jueces y Fiscales al tener conocimiento de la existencia de una posible incapacidad les corresponde promover el procedimiento de incapacitación por imperativo de los artículos 228 y 204 CC y, en tal caso, una vez iniciado éste, dejará de funcionar la guarda de hecho y habrá que aplicar el artículo 299 bis que impone la representación y defensa del incapacitando al Ministerio Fiscal. Cfr. "El tráfico jurídico negocial...", p. 209.

¹⁰⁴ La Fiscalía General del Estado en la circular 1/2000 establece que las decisiones adoptadas, sea en la fase de diligencias preliminares o en el expediente de reforma, revestirán siempre la forma de decretos.

dispone en su artículo 7.3 que “*el ingreso en establecimientos residenciales de personas que no pueden manifestar libremente su voluntad, comporta que el director técnico del establecimiento sea el guardador de hecho...*”. Asimismo, en el ámbito jurisprudencial, la SAP Tarragona 11 de diciembre de 2000 consideró como guardadores de hecho de los ancianos demenciados al Director y titular de la residencia donde se encuentra.

Por último, tenemos el mecanismo de la declaración, jurada o simple, de parte del guardador de hecho.

En fin, a través de estos mecanismos se podrá acreditar y constatar la guarda de hecho. Lógicamente, la resolución derivada no crea la situación, sino que la reconoce para darle virtualidad, y sirve de título que ampare al guardador de hecho en su función.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA GUARDA DE HECHO

A. Indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al guardador

La remisión que hace el artículo 306 al 220 CC permite que la persona que ejerce la guarda de hecho reciba una indemnización cuando, en el ejercicio de sus funciones, sufra daños y perjuicios sin su culpa, con cargo a los bienes del guardado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento.

Esta disposición tiene la virtualidad de reafirmar la posibilidad de aplicación analógica de las normas de la tutela a la guarda de hecho, cuando la figura lo permita y no existan disposiciones particulares al respecto.

La indemnización incluirá el reembolso de los gastos efectuados por el guardador, los daños que provengan de la actuación de terceros o del incapaz y que requiere que no exista culpa por parte del guardador, por lo que se entiende que el daño no debe ser consecuencia, directa o indirecta, de extralimitación o incumplimiento de sus funciones por parte de éste. Se exige además que haya bienes suficientes para atender a las necesidades perentorias del incapaz¹⁰⁵.

El reembolso de los gastos en los que haya incurrido el guardador de hecho en el desempeño de la guarda, se refiere a todos los pagos que hubiese hecho el guardador de deudas generadas por el presunto incapaz. Obviamente tendrá que

¹⁰⁵ Cfr. SANCHO GARGALLO, Ignacio, *La incapacitación y tutela...*, p. 302.

demostrar que el gasto resulto necesario o cuando menos conveniente, para evitar que abusando de un patrimonio importante se le provoque un gasto excesivo o injustificado. En última instancia está relacionado con el ámbito de actuación del guardador y con el criterio del beneficio del presunto incapaz, que debe presidir el juicio de admisión o no de un gasto.

Los daños incluyen los daños materiales y morales. Aunque en este caso, será más difícil acreditar su existencia y cuantificación en dinero; y perjuicios, consistentes ordinariamente en el lucro cesante, lo que ha dejado de ganar al desatender inesperadamente su ocupación y ocuparse puntualmente del incapaz natural. Para apreciar este supuesto, el Juez debe tener en cuenta si se ha fijado una retribución y la cuantía, porque en muchas ocasiones la retribución pactada y las ganancias dejadas de percibir pueden ser considerables¹⁰⁶.

En otro orden de cosas, el derecho a indemnización por parte del guardador recaerá sobre los bienes del guardado, siempre y cuando existan los bienes suficientes después de haber atendido las necesidades del guardado. Sin embargo, este derecho es subsidiario. Se trata de una subsidiariedad relativa a la imposibilidad de hecho de obtener el resarcimiento¹⁰⁷.

B. Responsabilidad por los daños ocasionados al guardado

1. Responsabilidad derivada del artículo 229 CC

Algún sector de la doctrina e incluso alguna jurisprudencia defiende la posibilidad de hacer responsables, por los daños que se ocasionen al guardado, a los parientes llamados a ser tutores (*vid.* artículo 234 CC) y al guardador de hecho por incumplir con la obligación de promover la tutela, de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 CC¹⁰⁸. Esta responsabilidad es de carácter solidario porque responde el guardador de hecho junto con los familiares.

¹⁰⁶ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho...* p. 139.

¹⁰⁷ Se debe tener en cuenta que los daños ocasionados pueden venir de terceras personas, pero ya sea por cuestiones de insolvencia, paradero desconocido entre otras, el guardador no puede dirigirse a ellos.

¹⁰⁸ Queda fuera de discusión que el supuesto del artículo 229 CC abarque la figura del guardador de hecho, pues la expresión “y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado” alude a esta figura. Así, a decir de CANO TELLO “la expresión mencionada hay que entenderla referida a las personas que tengan la guarda de hecho o se ocupen del menor incapacitado en función de las relaciones de carácter administrativo o profesional, p. ej.,

Para determinar si el planteamiento de esta responsabilidad es correcto, resulta de interés realizar un análisis detallado del artículo 229 CC y así establecer si el guardador de hecho del incapaz no incapacitado debe responder por ese artículo.

a. Ámbito de aplicación

El artículo *sub examine* advierte en su contenido, que estarán obligados a promover la tutela los parientes o personas bajo cuya guarda se encuentren *el menor o incapacitado*. De esto se infiere, que el ámbito de aplicación del artículo se reduce a dos supuestos: menores e incapacitados; en ningún momento hace mención a los incapaces no incapacitados.

A los efectos de este apartado y dejando de lado al menor, este artículo parte del presupuesto que la persona ya ha sido incapacitada y necesita de un tutor. Es decir, que se ha desarrollado un procedimiento de la modificación de la capacidad de obrar y éste ha culminado con la respectiva sentencia que constituye la incapacidad.

Si ya se desarrolló el procedimiento, es lógico entender que el Juez fue el primero en conocerlo y en saber las circunstancias por las que se inició. Conoce los supuestos que darán lugar a la tutela (artículo 156.4 y 277.1 CC) y, por ello, debería hacer lo necesario para que se constituya la tutela y no esperar a que los parientes o guardadores de hecho insten el nombramiento de tutor. En estos casos la responsabilidad del artículo 229 CC será inexistente.

No obstante hay que advertir que el proceso de modificación de la capacidad y el nombramiento de tutor son trámites sustancialmente diferentes (*vid.* artículo 231 CC). A pesar de ello, la doctrina considera que en los supuestos en que la causa de la constitución de la tutela es la sentencia de modificación de la capacidad, es el mismo Juez que ha dictado la sentencia, el que disponga la constitución del mecanismo tutelar. La autoridad judicial debería iniciar el segundo procedimiento de constitución de tutela y nombramiento de tutor, aunque también se pueda hacer a instancia de parte¹⁰⁹.

directores de establecimientos de recuperación de toxicómanos” (Cfr. *La nueva regulación de la tutela...*, p. 50).

¹⁰⁹ Alguna jurisprudencia se muestra acorde con este razonamiento. Así, la STS de 28 de abril de 2003 en su considerando cuarto establece que “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 contencioso, no es la de excluir la petición del nombramiento del tutor de su ámbito, sino

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 que “*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 oportuno*”. Asimismo, el artículo 760 LEC, referente a la sentencia de incapacitación, dispone que “*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, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763*”. Finalmente, y de forma similar, el artículo 763 de la misma ley, refiriéndose a la medida de internamiento prescribe que “*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*”. En mi opinión esta práctica conjunta se impondrá en el ámbito judicial y con ello se evitarán las imprecisiones que ahora se presentan.

En fin si esta será la práctica, pienso que poco sentido tiene la presencia del artículo 229. Sin embargo, existen supuestos en los cuales se visualiza su utilidad, como el caso de muerte del tutor y de los titulares o titular de la patria potestad prorrogada. Aunque de estos casos, el Juez podrá tener conocimiento a través de la comunicación del Ministerio Fiscal.

b. Situación del incapaz no incapacitado

Según lo expuesto *ut supra*, el supuesto de incapaz natural quedaría fuera del ámbito de aplicación del artículo 229 porque este artículo se refiere de manera

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”. En el mismo sentido *vid.* STS de 31 de enero de 2003, SAP Ávila de 1 de marzo de 2002, SAP Toledo de 7 de febrero de 2001. Sin embargo, también existe jurisprudencia en contra como la SAP Valladolid de 21 de julio de 1988.

exclusiva al “*menor y al incapacitado*”, por ello no se predicaría la responsabilidad del guardador de hecho de incapaces no incapacitados. Sin embargo, dejando de lado la rigidez literal del precepto y asumiendo que sí se incluye aquél, existen muchas razones para la defensa de la no responsabilidad del guardador en estos casos.

Para el desarrollo del presente apartado partiremos del análisis de la diferencia entre la obligación de promover la tutela y la obligación de instar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar.

Una vez que se ha llevado a cabo el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, es lógico que exista la obligación de promover la tutela, como forma de evitar posibles situaciones de riesgo a la persona tutelada. Obviamente dicha 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. Por esta razón, ante el incumplimiento de este deber se “castigue” haciéndolos responsables de los daños que se cause al guardado.

Esta responsabilidad es objetiva, no se analiza el grado de diligencia con la que se actúa, sino que frente al incumplimiento del deber de nombrar al tutor, cuando conocieren el hecho que la motivare¹¹⁰, se imputa a los parientes y a la persona bajo cuya guarda se encuentra el menor la responsabilidad por los daños y perjuicios causados¹¹¹.

¹¹⁰ ROGEL VIDE, tiene una crítica del artículo en este aspecto y dice que no resulta claro cuándo se puede afirmar que las personas en el citadas conocen el hecho que dé lugar a la tutela, en el bien entendido de que, pueda identificarse tal hecho con la existencia de una causa diáfana de incapacitación, cuya determinación, en ocasiones, no es fácil ni segura, y en otras, simplemente, no se da de modo evidente. Cfr. *La guarda de hecho...*, p. 127.

¹¹¹ Esta situación se verifica en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil no estaba claro que sea un deber legal. Asimismo lo refiere DE SALAS MURILLO al establecer que “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 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 incapacitación...*, p. 263).

En el caso de incapaces no incapacitados, en mi opinión no se presenta aquel deber, pues en estos supuestos no ha existido proceso de modificación de la capacidad y, por tanto, menos existe, por lógica, deber legal de promover el nombramiento del tutor¹¹².

Ahora, lo que podría plantearse es la responsabilidad del guardador de hecho del presunto incapaz por no haber instado el procedimiento de modificación de la capacidad; cuestión que ya fue objeto de análisis y se llegó a la conclusión que el guardador de hecho no está legitimado para solicitar tal procedimiento, sólo está legitimado, como cualquier otra persona, a poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal y con esto se libera de toda responsabilidad.

¹¹² De la opinión contraria es GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO quien considera que el guardador de hecho debe responder por el incumplimiento del deber de promover la tutela, porque en realidad a lo que se refiere el legislador es al deber de promover la incapacitación. Así, expresa que el artículo 229 “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 el 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 dar lugar a la incapacitación” (*La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 268).

El Tribunal Supremo, también, sigue esta postura en la sentencia de 13 de septiembre de 1984. Se trataba de la muerte causada por un esquizofrénico no incapacitado a una persona que trabajaba en el servicio doméstico de su casa, donde convivía el enfermo con su madre. Los hermanos de la difunta reclaman la reparación del daño sufrido por la muerte. A ello se oponen los demandados alegando que por imperativo del artículo 20 CP se debía haber demandado directamente al autor del daño, ya que no existía guardador legal del enfermo. El Tribunal Supremo declara que “en el artículo veinte del código Penal no se establece que debe ser demandado el enajenado, sino las personas que le tuvieren bajo su potestad y guarda, precepto que ha de ponerse en relación con el artículo doscientos noventa y tres del Código Civil (equivalente al actual 229), incumplido por los demandados y que determine su interpelación en el proceso”. De esto, se infiere que el artículo 20 CP incluye dentro de los guardadores a aquellos que tiene la obligación de instar el procedimiento de modificación de la capacidad y por ello los hace responsables.

2. Responsabilidad derivada del artículo 1902

De acuerdo a la opinión mayoritaria de la doctrina¹¹³, el guardador de hecho, frente a los daños y perjuicios ocasionados a su guardado, responde según lo establecido en el artículo 1902 CC. Esta posición ha sido avalada por la jurisprudencia quien, a propósito de la responsabilidad de los centros de internamiento de discapaces, ha considerado que cuando los discapaces se encuentren internados en centros residenciales, estos responderán según el artículo 1902 CC. De este modo, la STS de 9 marzo de 1998 en su considerando tercero establece que: “en relación con la responsabilidad por culpa extracontractual, resulta evidente que el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa. El conjunto de tales declaraciones jurisprudenciales 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

¹¹³ Cfr. FÁBREGA RUIZ, Francisco, *La guarda de hecho...*, p. 99; BERROCAL LANZAROT, Ana, “La guarda de hecho como instrumento de protección...”, p. 26; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco, “Breves observaciones acerca de la guarda de hecho...”, p. 646; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José, “La institución tutelar”, *Instituciones de Derecho Privado*, Vol. 2, DELGADO DE MIGUEL, Juan (coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 582; ÁLVAREZ LATA, Natalia, “Comentario al artículo 303 del código civil”, *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 479.

adopción de las medidas o medios materiales y personales en orden al caso particular de que se trate”¹¹⁴.

En mi opinión, si bien comparto la postura de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, creo conveniente la necesidad de demostrar el daño causado, nexo causal con el comportamiento del centro y la existencia de la culpa *in vigilando* la que se deduce poniendo en relación el comportamiento con la *lex artis*, por lo que si la vigilancia era adecuada, según las circunstancias y estado del enfermo, no habría responsabilidad del centro.

C. Responsabilidad por los daños que ocasione el guardado a terceros

1. Posible aplicación del artículo 1903 CC

Alguna parte de la doctrina considera que el guardador de hecho responde por los daños y perjuicios que ocasione su guardado a terceros, según lo dispuesto en el artículo 1903 CC entendiendo que dentro de la expresión “tutor”, recogida en este artículo, se comprende al guardador.

Para establecer una postura al respecto, es necesario realizar, en primer lugar, un análisis del ámbito de aplicación del artículo 1903, y luego verificar si es posible incluir como responsable al guardador de hecho.

El precepto establece que la obligación de reparar el daño ocasionado “*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 y 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 (...). 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*”. El planteamiento es si existe posibilidad de admitir la aplicación del 1903 a supuestos distintos de los expresamente contemplados en la norma, es decir si nos encontramos ante una enumeración *ad exemplum*, o por el

¹¹⁴ En este sentido, se pronuncian las SSTs de 3 de junio de 1996, 17 de febrero de 2000, 11 de marzo de 1995, 22 de julio de 1997, 13 de mayo de 1998, entre otras.

contrario, es éste un caso de *numerus clausus* o enumeración taxativa, que excluye la posibilidad de incluir en su ámbito de aplicación, sujetos distintos de los expresamente mencionados en él.

Para resolver la cuestión en la doctrina se han establecido dos posturas. Una extensiva y otra restrictiva. La primera considera que el artículo 1903 se aplica al guardador de hecho porque el término tutor lo abarca¹¹⁵. Si se acredita que existe una relación de subordinación entre el guardador y el guardado, que permite dar órdenes, se puede presumir la culpa de aquél¹¹⁶. Esta postura aclara que no se trata de una aplicación analógica del 1903, sino más bien de una interpretación extensiva¹¹⁷ a la luz de la realidad existente hoy. Se trata de ver hasta dónde llega el espíritu de la norma. Por otro lado, la postura restrictiva, la mayoritaria, defiende el carácter taxativo del artículo 1903¹¹⁸. Sostiene que los supuestos contenidos en el precepto son los únicos de los cuales se puede predicar la responsabilidad. Se trata de una lista cerrada, de *numerus clausus*, que no contiene al guardador de hecho. Además, como el 1903 establece una obligación, no se puede aplicar la analogía en atención al

¹¹⁵ En estos términos se expresa DÍEZ PICAZO al considerar que importa mucho más que exista un nexo de jerarquía y subordinación que permite a uno dar órdenes al otro. Si se presenta este contexto existe responsabilidad por el artículo 1903. Cfr. *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Tecnos, Madrid, 2006, p. 649.

¹¹⁶ ASÚA GONZÁLEZ, Defiende también esta postura, pero tanto más porque la responsabilidad del guardador se convierte en una responsabilidad por ostentar una determinada condición; es decir responde por hecho ajeno. Cfr. “Responsabilidad civil médica”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, REGLERO CAMPOS, Fernando (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 1031. Por otro lado, NAVARRO MICHEL diferencia el supuesto del guardador de hecho (abuelo) complementario a los padres, en el que no aprecia estas relaciones de jerarquía, del supuesto en que el abuelo sea el único responsable posible, en cuyo caso sí que podría apreciarse la jerarquía, que le haría responsable de los daños causados por aquel; sin embargo, en opinión de esta autora la relación de jerarquía no justifica la aplicación del 1903. Cfr. *La responsabilidad Civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 33.

¹¹⁷ Sin embargo, BUSTOS VALDIVIA alude que algunos autores defienden la aplicación analógica del 1903 porque este precepto no es una excepción del 1902 CC. Cfr. “El guardador de hecho ante los actos dañosos...”, p. 279.

¹¹⁸ Cfr. LEÓN GONZÁLEZ, José, “Responsabilidad del sometido a patria potestad”, *Estudios de derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, Tomo IV, Universidad de Navarra, 1969, p. 289; DÍAZ ALABART, Silvia, “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *Anuario de Derecho Civil*, 1987, p. 824; DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 329; SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho de Daños*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 285; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo IV, Reus, Madrid, 1981, p. 941; PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 577.

artículo 4.2 CC¹¹⁹. De este modo para que exista tal responsabilidad (por hecho ajeno) se requerirá una declaración del legislador sin que el intérprete esté autorizado a completar la enumeración contenida de forma expresa en el artículo 1903.

A nivel jurisprudencial, existen sentencias a favor de una postura u otra; pero el mayor número de ellas se pronuncian en consonancia con la extensiva, admitiendo que el artículo 1903 CC establece una lista de *numerus apertus* donde se pueden incluir otros sujetos responsables como el guardador de hecho cuando tiene bajo su cuidado al incapaz no incapacitado¹²⁰.

¹¹⁹ En este sentido, LEÓN GONZÁLEZ afirma que 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 la 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 del sometido a patria potestad...”, p 285. Igualmente mantiene esta postura PUIG BRUTAU cuando dice 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*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1983, p. 106.

¹²⁰ En esta línea tenemos la STS de 11 de enero de 1994 que, si bien no se refiere a la materia de análisis, sí hace una interpretación de la posible extensión del artículo 1903 CC. Así, en su considerando segundo, establece que “la sentencia de instancia, al desestimar la demanda en el particular referente a la condena del propietario del turismo, pronunciamiento que también es objeto de recurso por la parte actora, se alinea con un importante sector doctrinal para el que la enumeración de los supuestos contemplados en el art. 1903 del Código Civil, en los que se responde por hechos ajenos, constituye un *numerus clausus* que debe ser objeto de una interpretación restrictiva. Dejando al margen si se trata (la responsabilidad del art. 1903 del Código Civil) de una enumeración exhaustiva –cerrada– o *ad exemplum* –abierta–, cuestión arduamente debatida entre los tratadistas, lo cierto es que en estos supuestos recogidos en dicho precepto se halla ínsita una presunción de culpa, de naturaleza *iuris tantum*, derivada de la falta de vigilancia, defectuoso control de los dependientes o de una mala elección de los mismos, lo cual, en realidad, es una responsabilidad por culpa propia, como postula un sector doctrinal, en la que se responde por un daño causado indirectamente, o por «mano de otro», autor material del daño, respecto del que se ostentan funciones o tareas educativas, tuitivas, de vigilancia o control. Quienes sostienen que se trata de un elenco cerrado mantienen que el deber de responder obedece a un deber legal, obligación impuesta como una garantía suplementaria en favor del perjudicado. Sea como fuere la verdad es que la interpretación de esta normativa, actualmente, se hace desde una perspectiva con marcada tendencia objetivista, derivada de una concepción que se orienta hacia una responsabilidad por riesgo. Esta atenuación del principio culpabilista se hace patente al interpretar el párrafo último del comentado art. 1903, exigiendo, como ha venido haciendo la jurisprudencia, una vigorosa prueba de la diligencia empleada *in vigilando* o *in eligendo*, sin que sea suficiente para construir tal responsabilidad el mero hecho de la dependencia, sino que, en principio al menos, ha de ser atribuible al dependiente un acto u omisión culposo o negligente. Esta orientación expansiva, inspirada en la aplicación del art. 22 del Código Penal, con el que guarda indudables similitudes el art. 1903, obedece al principio básico *alterum non laedere* y a la obligación de reparar los daños causados...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*”. En la misma línea se pronuncia la Sentencia de 4

Del análisis *ut supra* queda claro que no hay unanimidad en el tema; sin embargo, a pesar de ello, pienso que es necesario establecer una responsabilidad al guardador de hecho según el 1903, porque en las relaciones entre guardador de hecho y guardado se da una subordinación que permite dar órdenes a otro, además de que la convivencia del incapaz con un tercero debería determinar el correspondiente traspaso de responsabilidad. Ello sin desconocer que 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. Asimismo, 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 además le asegura una indemnización.

Si bien defendiendo la aplicación del artículo 1903, hay que atenerse a las circunstancias que concurren en los supuestos de guarda de hecho para entender con claridad la responsabilidad.

Para este análisis tomaré como base el estudio realizado por BUSTOS VALDIVIA, quien distingue la responsabilidad del guardador en los siguientes casos¹²¹:

- a. Guarda formalmente constituida: La guarda legal se puede constituir bien por sentencia judicial o resolución administrativa de acogimiento. En estos casos no hay duda que el guardador responde por los daños y perjuicios que cause el guardado.
- b. Concurrencia de la guarda de hecho con la tutela o patria potestad: La situación a la que hacemos referencia es la de los padres o tutores delegan sus deberes a un tercero y se desentienden del menor o tutelado; asumiendo el guardador de hecho la protección de estos aunque no se haya suspendido la patria potestad o removido al tutor. Surge la pregunta, ante posibles daños que pueda ocasionar el guardado ¿Quién responde? Las soluciones no son unánimes.

de mayo y 13 de septiembre de 1984, 23 de febrero de 1976, 23 de septiembre de 1988, entre otras.

En sentido contrario, y defendiendo la postura restrictiva, está la sentencia de 30 de abril de 1960.

¹²¹ Cfr. BUSTOS VALDIVIA, Inmaculada, “El guardador de hecho ante los actos dañosos...”, pp. 279-283

RUIZ-RICO RUIZ, propugna la responsabilidad del delegado paterno, aunque ni la ley ni el Tribunal Supremo ofrecen dato alguno a la admisibilidad de tal responsabilidad, cuando los menores ocasionen daños a terceros¹²². Defiende la exención de la responsabilidad de los padres y tutores y el deber de responder de los delegados porque, según el artículo 1903.2 CC, la responsabilidad paterna nace únicamente cuando los hijos “se encuentran bajo su guarda”.

De manera diferente opina DÍAZ ALABART cuando afirma que el artículo 1903 no se aplica a los abuelos, tíos u otros parientes que de forma temporal se ocupen del menor¹²³. Apoya esta posición la STS de 30 de abril de 1969 que estimó la falta de legitimación pasiva del abuelo del menor que había producido lesiones a otro, aún cuando resultase claramente que dicho menor vivía en la casa y bajo la custodia del abuelo, estando ausente la madre titular de la patria potestad.

En mi opinión, cuando exista un supuesto de coexistencia del guardador de hecho y guardadores legales, el primero no va a responder por el artículo 1903, en todo caso podría aplicársele el artículo 1902 cuando los daños han sido causados por su culpa o negligencia, pero esto ya lo deberá probar la víctima; y si resulta ser así, se exonerará de responsabilidad a los padres y tutores.

c. Guarda de hecho sin patria potestad o tutela. Dentro de este último supuesto se deben distinguir los siguientes casos:

1) Guarda de hecho de menor o incapacitado. Se ha planteado la posibilidad de imputar la responsabilidad al guardador de hecho por el daño a terceros en base al artículo 229 CC, es decir que como el guardador no ha cumplido con el deber legal de constituir la tutela se debe responder por los daños a terceros¹²⁴. Sin embargo, en mi opinión esta solución fuerza demasiado la letra de la ley, en concreto del artículo 229 CC, para encontrar un título de

¹²² Cfr. RUIZ-RICO RUIZ, José, *Acogimiento y delegación de la patria potestad...*, p. 249.

¹²³ Cfr. DÍAZ ALABART, Silvia, “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos...”, p. 825.

¹²⁴ En este sentido BUSTOS VALDIVIA asevera que: “no se puede admitir como fundamento de la responsabilidad del guardador de hecho por los daños causados por el guardado a terceros, el incumplimiento de la obligación legal de promover la constitución de la tutela, pues nada tiene que ver una cosa con la otra, ni esos daños han sido causados por no haberla constituido” (“El guardador de hecho ante los actos dañosos...”, p. 282)

imputación de los daños, en un intento de favorecer a la víctima de los mismos; y ello porque parece partir del presupuesto de que el cumplimiento del deber de promover la tutela conllevaría necesariamente la prevención de tales daños, cuando, evidentemente, no es así¹²⁵. La causa de que el guardado ocasione daños a terceros, no está en la falta de constitución de tutela, sino en la falta de vigilancia. El que se esté bajo una guarda legal o de hecho no contribuye a que exista más o menos probabilidad de producirse el daño¹²⁶.

En mi opinión, estos casos el guardador de hecho actúa como un tutor y por ello resulta de aplicación el artículo 1903 CC, no por una aplicación analógica o extensiva, sino porque este caso se encuentra en el espíritu de la norma¹²⁷. En este caso lo que existe es una situación de dependencia similar a la patria potestad y a la tutela.

2) Guarda de hecho de incapaces no incapacitados o incapaces naturales

En este supuesto, también se debe descartar la posibilidad de aplicación del artículo del artículo 229 CC, pues según lo explicado, su ámbito de aplicación se limita a menores e incapaces; y, además, no abarca los daños a terceros.

El guardador de hecho de un incapaz no incapacitado no puede escudarse, para librarse de la responsabilidad, en que no tiene la guarda legal, pues la tiene de hecho y por ello responde. Estimo que la razón de la responsabilidad es que si asumió una función, en este caso similar a la de la tutela, debe ser con todas las consecuencias. Si el guardador de hecho ha decidido no dar cuenta al Ministerio Fiscal de la persona que está bajo su custodia, ha de ser, cuando menos, responsable de su decisión; pero, eso sí, en la misma medida

¹²⁵ En la misma línea PARRA LUCÁN, quien añade otras inconveniencias de esta tesis: “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: a) porque el artículo 202 del Código civil no lo configura así, sino que regula las personas legitimadas para promover el proceso; b) porque las personas llamadas a la tutela no tiene porqué coincidir con las legitimadas para promover la incapacitación. En mi opinión, y habida 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”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 44, 1997, p. 786).

¹²⁶ Cfr. DE SALAS MURILLO, Sofía, *Responsabilidad Civil e incapacidad...*, pp. 274 y 275.

¹²⁷ Cfr. *Idem*, p. 834.

que lo sería un padre o un tutor, esto es, permitiendo la exoneración de la responsabilidad en los casos de diligencia en la guarda del incapaz. Por otra parte, la realidad social del país y la decisión libre de la mayoría de las familias de no incapacitar a sus hijos facilitarían tal interpretación extensiva: pocas son las guardas legales constituidas y poca sería la operatividad del 1903.3 CC, en otro caso.

2. La regulación de la Responsabilidad del guardador de hecho en el ámbito penal: Código Penal de 1995 y Ley 5/2000 de Responsabilidad Penal del menor

Si bien el régimen civil no ha regulado expresamente la responsabilidad del guardador de hecho, en la legislación penal, por el contrario, sí se ha hecho. Este tratamiento asistemático de un ordenamiento jurídico ha sido blanco de muchas críticas, pues se entiende que no tiene ningún sentido, salvo la propia dinámica histórica de la codificación española¹²⁸.

El Código Penal de 1995 regula la responsabilidad en los artículos 118.1 y 120.1, refiriéndose cada uno a situaciones diferentes. El primer artículo establece que 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 inimputables. Los jueces o tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos”*.

¹²⁸ Por esta razón FÁBREGA RUIZ considera que “debemos partir de que el delito, además de constituir un ilícito penal constituye también un ilícito civil. Por ello el admirado Ruiz Vadillo indicaba 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 de delito no pierde su naturaleza civil por ser ejercitada en un proceso penal. Esta doble regulación provoca el que nuestro ordenamiento presente en esta materia una gran cantidad de problemas, sin que exista una razón válida que determine la necesidad de esta doble regulación” (*La guarda de hecho...*, p. 105).

En el mismo sentido 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, si bien no exactamente a la responsabilidad civil, ya 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 sólo guarda silencio al respecto, sino que, a mayor abundamiento, fija con rigor las formalidades requeridas para las instituciones tutelares previstas en el mismo. Cfr. *La guarda de hecho...*, p. 14.

Por su parte, el artículo 120.1 prescribe que *“son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente (...) los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de 18 años sujetos a patria potestad o tutela que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia”*.

Así las cosas, podemos decir que el artículo 118.1 establece una responsabilidad directa de los padres, guardadores legales o de hecho de manera solidaria y conjunta con el declarado exento de responsabilidad penal. Por tanto, en este caso, lo que se valora es la inimputabilidad penal del causante de los daños y perjuicios independientemente de su incapacitación. El inimputable no responde en el ámbito penal, pero esto no lo exime de hacer frente a las obligaciones extracontractuales.

La situación cambia en el segundo artículo porque se refiere a verdaderos incapaces (para que un mayor de 18 años se encuentre bajo patria potestad o tutela es necesario que se haya llevado a cabo un procedimiento de modificación de la capacidad), se trata de una responsabilidad subsidiaria, exigiéndose como requisito adicional la convivencia con los guardadores legales; y, por último, no se designa al guardador de hecho como responsable.

En materia penal, como si fuera poco lo anterior, también tenemos la Ley 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del menor que en su artículo 61.3 establece que *“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”*. Este precepto, sí que incluye al guardador de hecho como responsable civil y establece una responsabilidad escalonada y solidaria, responde el menor y sus padres y en caso de no existir aquellos los guardadores legales o de hecho.

El Tribunal Supremo se ha acercado al tema en muchas ocasiones. Antes de la reforma del CP de 1995 podemos destacar las sentencias de 15 de julio de 1994, 16 de marzo de 1992 y 6 de octubre de 1989; todas ellas con una doctrina concordante. Así, siguiendo la primera sentencia, se estableció lo siguiente: *“al ingresar un paciente en el establecimiento psiquiátrico surge un deber legal de custodia sobre la persona del interno con objeto de evitar los males que de su incontrolada conducta*

podiera seguirse, siendo así que todo quebrantamiento en la diligencia vigilante, determina la culpa porque la obligación de custodia de los enfermos por los vigilantes del hospital está fuera de toda duda. La omisión de esa diligencia debida, la omisión de la culpa “in vigilando”, constituye “per se” la culpa y la negligencia a la que el art. 20 se refiere. El artículo ha de guardar ahora relación estrecha con el 211 CC ya que al amparo del mismo se propició la decisión del internamiento con objeto de conjurar, como dice el Fiscal, la peligrosidad de algunas personas que padecen graves enfermedades mentales y carecen del dominio de sus actos. Así la resolución judicial por esta vía decreta el tan repetitivo internamiento en el establecimiento psiquiátrico hace nacer la relación de parte y la obligación antes dicha”

Con la nueva regulación penal noto que la línea jurisprudencial es la misma. Así, la STSJ de Madrid de 3 de febrero de 1998 indicaba que “La aplicación de la regla primera del art. 118-1 del Código Penal no exige la individualización personal, aún cuando en esta resolución se ha hecho como manifestación de la existencia de actuaciones culposas o negligentes, ya que la responsabilidad civil que se genera respecto de la entidad encargada de la guarda no de sus empleados. Y ello porque la custodia está encomendada, no a la persona física, sino al organismo, el cual para ejercer sus funciones se diversifica entre sus muchos componentes individuales. El “conjunto del todo”, como sustitución, absorbe la “individualización del uno”.

En caso de que los guardadores de hecho sean personas jurídicas, la responsabilidad civil recae sobre ellas y no sobre sus empleados, ya que estos no son los verdaderos guardadores del incapaz no incapacitado. En el caso de residencias psiquiátricas estas responden de los daños causados a terceros con un grado de diligencia elevado, basado en el especial deber de vigilancia que asumen estos centros no solo en beneficio del incapaz sino de toda la sociedad. En el caso de las residencias geriátricas o de educación especial es distinta porque en las mismas pueden residir personas completamente capaces, respecto a los cuales la residencia no asume ningún tipo de guarda con otras sobre las que se ejerce una verdadera guarda de hecho. Precisamente, la vigilancia y el tratamiento individualizado es una de las pautas en la gestión de estas residencias, por los que no les puede pasar por desapercibido el deterioro de las facultades cognoscitivas de sus usuarios, por lo que de ser así, se enfrentarían a su responsabilidad.

3. Derecho de repetición

La duda que se presenta es si la persona que responde por los actos dañosos del guardado puede repetir contra éste. Esta posibilidad no se encuentra recogida en el artículo 1904 CC y por ello, parte de la doctrina la rechaza porque considera que al tratarse de un precepto desfavorable no puede interpretarse ampliamente, sino que debe referirse solo a las relaciones que recoge el 1904: relaciones de empresario-dependiente¹²⁹. Asimismo entienden que no podría tener acción de regreso aquel que responde en base a una culpa propia, de lo contrario por esta vía tendrá la posibilidad de eximirse de toda responsabilidad. Por otro lado, autores, como ALBALADEJO¹³⁰, que defienden que la responsabilidad establecida en el artículo 1903 es subsidiaria, consideran que el que responde de los daños nada tiene que reclamar contra el autor material. Distinto es el caso del artículo 61.3 LORPM que establece que la responsabilidad es solidaria.

En mi opinión, de plantearse la aplicación del artículo 1904 a todos los supuestos del 1903, la solución debería ir precedida por la idea de la solidaridad porque se trata de una solución más justa. Recordemos que la tendencia actual en la variada jurisprudencia del Tribunal Supremo es asumir una responsabilidad cada vez más objetiva¹³¹, es decir se responde por el simple hecho de ser guardador, sin la posibilidad liberarse a pesar del uso de la debida diligencia. La solidaridad debería ir acompañada de una acción de regreso, en la que, una vez satisfecha totalmente la indemnización, y cubierta la protección de la víctima, se pudiera hacer una apreciación real de las culpas. Está claro que no se puede traducir a términos

¹²⁹ Cfr. RICO PÉREZ, Francisco, *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1980, p. 106.

¹³⁰ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil II*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 515.

¹³¹ Así la STS de 10 de marzo de 1983 estableció que “ la demostración del empleo de precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso ha sido entendida en tonos de una marcada severidad, exigiendo una rigurosa prueba de diligencia empleada, atemperándose a las circunstancias de lugar y tiempo del caso concreto... lo que comporta la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, y es claro que no viene permitido oponer la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de la culpa propia del padre, madre o tutor por omisión de aquel deber de vigilancia, sin relación con la culpabilidad psicológica del constituido en potestad y por lo tanto de su grado de discernimiento”. En el mismo sentido la STS de 28 de julio de 1997.

económicos los grados de culpa, pero eso ya dependerá del análisis que hagan los tribunales.

Por último, se puede plantear la posibilidad de reconducir esta posibilidad de acción de regreso por la remisión que hace el artículo 306 CC al artículo 220 que dispone la posibilidad de que los bienes del tutelado respondan por los daños y perjuicios que sufra el tutor (entiéndase también guardador de hecho) en el ejercicio de sus funciones si éstos no pueden ser resarcidos de otro modo. Considero que éste artículo no es de aplicación, porque se refiere a supuestos donde no haya intervenido culpa o negligencia y como se ha visto, el artículo 1903 alude a dichos conceptos¹³².

IV. OTROS POSIBLES RESPONSABLES

La Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 757.3 prevé el deber de comunicación que deben hacer al Ministerio Fiscal las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona.

Especial importancia tiene este deber en el caso de las Administraciones Públicas (Organismos de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, ayuntamientos), quienes, a pesar de carecer de legitimación activa, tienen un importante papel, pues en el desempeño de los servicios sociales que les pueda estar encomendado encuentran personas aquejadas de incapacidad natural para gobernarse y que están necesitados no sólo de los servicios sociales de asistencia social que reciben, sino de una limitación de la capacidad de obrar.

También pueden cumplir un importante papel los jueces de lo social, aunque ciertamente solo examinen las alteraciones de la salud en cuanto afecten o disminuyan la capacidad laboral de una persona y no con referencia a su aptitud de autogobierno. Es innegable que pueden tener mayores posibilidades de conocimiento de concurrencia de posibles causas de incapacitación que otro tipo de jueces.

¹³² Así también lo entendió ROGEL VIDE que considera que “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*” (*La guarda de hecho...*, p.140).

Este deber también pesa sobre los facultativos que atienden a estas personas y sobre 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 la autorización de aquéllos. Una postura singular al respecto tiene LEÑA FERNÁNDEZ, quien considera que el notario no está obligado a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el hecho determinante de una posible causa de incapacitación, ni jurídicamente (artículo 230) ni moralmente (secreto profesional)¹³³.

Entiendo que en el ejercicio de este deber no se requerirá un conocimiento exacto de la importancia y trascendencia de la enfermedad o deficiencia que la persona padece. Asimismo, dicho conocimiento ha de haberse obtenido en el ejercicio de las funciones; si se ha adquirido como personas privadas, no surge ese deber de comunicación al Ministerio Fiscal, aunque pueden dar conocimiento de esos hechos como particulares¹³⁴.

El incumplimiento de este deber de comunicación de parte de los funcionarios puede dar lugar a responsabilidad, siempre que se demuestre la relación causal del daño con la omisión del deber, prueba que no siempre será fácil. Con la misma salvedad, será exigible la responsabilidad patrimonial de la Administración, por el artículo 145 y siguientes de la LRJAP, siempre que el elemento desencadenante del daño haya sido la omisión del deber de comunicación por parte de alguien que tenga la condición de autoridad o funcionario¹³⁵.

Sin embargo, hay que notar que esta obligación de *lege lata* se incumple sistemáticamente. La razón de este incumplimiento es quizá el hecho que el deseo de la norma (de que toda persona que deba estar incapacitada lo esté) se enfrenta con la conciencia de estos profesionales que siguen pensando que se debe respetar la libertad y la esfera privada de las personas.

¹³³ Cfr. LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, “El tráfico jurídico...”, p. 209.

¹³⁴ Cfr. XIOL RÍOS, Juan, *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero*, Tomo III, Sepín, Madrid, 2008, p. 4323.

¹³⁵ Cfr. APARICIO AUÑÓN, Eusebio, “Comentario a los artículos 757 a 768”..., p. 3987.

CONCLUSIONES

- I. La guarda de hecho es un mecanismo de protección de gran incidencia social y con presencia en la vida diaria producto de la desconfianza a las formalidades legales, desconocimiento, ahorro de tiempo o dinero, o por considerar al procedimiento de modificación de la capacidad inadecuado.
- II. A pesar de su presencia en el día a día, la regulación de la guarda de hecho es bastante escueta y no ayuda a resolver todas aquellas situaciones que, *a posteriori*, se presentan. Esta parca regulación, además, crea una sensación de desconfianza de los operadores jurídicos hacia la guarda de hecho, quienes se muestran reticentes a su práctica. Con el fin de evitar estos problemas, se reclama una regulación más detallada y completa para asegurar su utilidad y beneficios.
- III. La guarda de hecho viene definida a partir de dos rasgos característicos: la asunción de deberes de protección y custodia por una persona sin título que habilite y la inexistencia de un deber legal de asumirlos. Por ello se define como aquella institución por la cual una persona, de manera general y continuada, sin nombramiento judicial ni administrativo, ni deber legal de protección y cuidado, asume funciones tuitivas, sea en el ámbito patrimonial o personal, respecto de menores, incapacitados y presuntos incapaces necesitados de ello.

- IV. Se trata de una figura independiente, autónoma y propia que se acerca más al desarrollo de los cargos tutelares que a una gestión de negocios sin mandato.
- V. Dentro de las posturas existentes respecto a los supuestos que abarca la guarda de hecho, me decanto por la postura amplia, según la cual bajo el concepto de guarda de hecho se contienen todas aquellas situaciones en las que exista una guarda continuada que no se constituya como tutela, curatela o patria potestad. Se admiten todas las posibilidades, desde el que se apodera del cargo sin título, hasta el tutor que ha delegado funciones, es inhábil, irregular o cree serlo.
- VI. La guarda de hecho de menores está relacionada con el concepto de desamparo. En general, se dice que la existencia de un guardador de hecho evita que la Administración declare el desamparo y asuma la tutela *ope legis*; *contrario sensu*, si la situación de desamparo continúa, a pesar de la existencia de un tercero que tiene a cargo al menor, la Administración Pública debe declararla con la finalidad de que el menor, desde el primer momento, tenga una representación y defensa legal estable.
- VII. La conveniencia de mantener al menor bajo la protección del guardador de hecho va a depender del análisis de las circunstancias que rodean al caso en concreto. En el supuesto de familiares, en muchas ocasiones, la guarda es favorable para el menor porque le proporciona estabilidad, identidad familiar y cultural y relaciones con los demás miembros; por ello, en este caso, se defiende, o bien la posibilidad de continuar con la guarda, o legitimar a los familiares para solicitar el acogimiento, sin necesidad que intervenga la Administración y declare el desamparo. Por el contrario, en supuestos de guarda de terceros ajenos a la esfera familiar, la Administración debería intervenir con la finalidad de evitar que consoliden fraudulentamente vínculos con menores desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas.
- VIII. A diferencia de la guarda de hecho de menores, en mayores, a excepción de los incapacitados, se puede predicar, sin lugar a dudas, que la guarda de hecho es un mecanismo que se adapta mejor a la realidad y otorga soluciones

que no impliquen el menoscabo de la capacidad y la dignidad de la persona a proteger.

- IX. Si el incapaz no incapacitado y el adulto mayor están bajo la guarda de hecho y ésta se ejerce de manera plena –satisface y beneficia a la persona– se puede considerar a dicha figura como mecanismo de protección idóneo, sin que haya necesidad de iniciar proceso de modificación de la capacidad que, en muchas ocasiones, suele ser una situación traumática para las familias y para el propio guardado.
- X. El guardador de hecho brinda cuidado y protección de manera flexible pues no implica la anulación de la capacidad del sujeto protegido. En muchos casos no existe ni causa ni motivo para modificar la capacidad de obrar y mal se haría si la persona, pudiendo realizar las actividades ordinarias de su vida, queda incapacitada.
- XI. En diversas circunstancias, la sentencia de modificación de la capacidad en nada cambia la situación del que se encuentra protegido bajo la guarda de hecho, pues no le reporta ningún beneficio, llegando incluso a provocar un perjuicio anímico de ver devaluada su situación a cambio de nada. Si esto es así, se debe mantener la situación en el estado en que se encuentra con las pertinentes medidas de control y vigilancia, y valorar de manera positiva el mecanismo que otorga protección. Solo procede la declaración de incapacidad cuando la causa fuera acompañada de un motivo válido y suficiente.
- XII. Del análisis de la Ley de la dependencia se infiere la legitimación del guardador de hecho para iniciar el procedimiento y solicitar prestaciones a favor de su guardado, todo ello porque si con el reconocimiento de la dependencia se beneficia al guardado, esta actuación está dentro del ámbito del artículo 304 CC.
- XIII. El guardador de hecho, sobre la base del artículo 757 LEC, no está legitimado a promover el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, sólo se le faculta, como a cualquier persona, a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una incapacitación. No obstante, esto no implica que este obligado a realizar esa

comunicación porque, de las circunstancias, puede advertir que su presencia complementa las limitaciones de la persona que tiene bajo su guarda.

- XIV. Procede la retribución al guardador de hecho por los actos que realiza con posterioridad al conocimiento de la autoridad judicial. 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. Esta retribución recae sobre los bienes del guardado; si no los tiene no habría lugar a ella.
- XV. Del artículo 303 CC se deduce la obligatoriedad de la solicitud del informe al guardador. A partir de ello el Juez podrá analizar las circunstancias y determinar si es conveniente dar cuenta al Ministerio Fiscal para que inicie el procedimiento de modificación de la capacidad o, de lo contrario, mantiene la guarda de hecho bajo medidas de control y vigilancia.
- XVI. De la interpretación del artículo 304 CC se determina que los actos que realiza el guardador de hecho son válidos si producen ventajas para el guardado, de lo contrario serían anulables. Se declara la anulabilidad del acto porque defiende mejor los intereses del guardado.
- XVII. El guardador de hecho puede llevar a cabo cualquier tipo de actos, sean del ámbito personal o patrimonial. La razón de esta interpretación se encuentra en el beneficio del guardado en toda su extensión y por ello alcanza a todos los actos que sean útiles para el guardado. Además, si el legislador no ha hecho distinciones, tampoco debe hacerlo el intérprete.
- XVIII. El principal obstáculo al que se enfrenta la guarda de hecho para su actuación en el tráfico jurídico, es el derivado de la constatación de su existencia. Esto dificulta su efectividad, crea una importante inseguridad jurídica, y provoca en los guardadores una sensación de abandono por el ordenamiento jurídico. La realidad nos dice que la actuación de un guardador es difícil si no se cuenta con un documento que acredite las facultades de administración de una persona que carece de representación legal; obligando en muchas ocasiones a incoar el procedimiento de modificación de la capacidad para la realización de actos específicos que, en muchos casos se presentan por única vez. Por ello se han buscado una serie de mecanismos por los cuales pueda acreditarse la

condición de guardador de hecho. A través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, acta notarial de notoriedad, decreto del Ministerio Fiscal, verificación de una relación entre guardador y guardado y la declaración jurada o simple del guardador.

XIX. El artículo 306 CC reconoce la posibilidad de indemnizar al guardador de hecho por los daños que haya sufrido en el ejercicio de la guarda. Esta indemnización incluirá el reembolso de los gastos efectuados y los daños que provengan de la actuación de terceros o del incapaz; siempre y cuando no medie culpa o negligencia de parte del guardador y, además, existan bienes suficientes en el patrimonio del guardado.

XX. La Responsabilidad del guardador de hecho se presenta en tres supuestos:

1. Responsabilidad derivada del artículo 229 CC, la que queda reducida a los casos de muerte del tutor y de los titulares de la patria potestad prorrogada.
2. Responsabilidad del guardador por hechos realizados en perjuicio del guardado, a la que se aplica el régimen del artículo 1902 CC. En el caso de centros de internamiento de incapaces debe demostrarse el daño causado, nexo causal con el comportamiento del centro y la existencia de una culpa *in vigilando*.
3. Responsabilidad del guardador de hecho por los perjuicios que ocasione el guardado a terceros: es necesario establecer una responsabilidad sobre la base del artículo 1903 CC, porque en las relaciones entre guardador de hecho y guardado se da una jerarquía o subordinación necesaria para predicar la responsabilidad, tal y como se da en la tutela de derecho.

XXI. El régimen de la responsabilidad civil y penal debería ser una sola. No existe razón alguna para hacer la distinción, superándose la doble regulación que existe en el ordenamiento español. En el ámbito penal se ha establecido responsabilidad en las siguientes situaciones:

1. El artículo 118.1 CP establece una responsabilidad directa de los padres, guardadores legales o de hecho de manera solidaria y conjunta con la responsabilidad civil directa del autor exento de responsabilidad criminal. Este artículo es aplicable cuando el autor del hecho haya sido declarado

inimputable independientemente de si ha sido incapacitado o no. El inimputable no responde en el ámbito penal, pero sí en el civil.

2. El artículo 120.1 CP fija la responsabilidad de padres y tutores de un mayor de edad de manera subsidiaria y el requisito para que se establezca tal responsabilidad es la convivencia. Este artículo se refiere al supuesto de verdaderos incapacitados, porque, para que haya patria potestad prorrogada o tutela, es necesario que se haya llevado a cabo un procedimiento de modificación de la capacidad de obrar.
3. El artículo 61.3 de la Ley 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor establece que cuando se causen daños y perjuicios por los hechos del menor, responde éste solidariamente con sus padres, acogedores y guardadores legales o de hecho. Este precepto sí incluye la responsabilidad del guardador de hecho y establece que la responsabilidad es escalonada y subsidiaria.

XXII. La ley obliga a las autoridades y funcionarios que, por razón de sus cargos, conocieren posibles causas de incapacitación en una persona, a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Si incumplen esta disposición serán responsables, siempre que, se demuestre el daño y la relación causal. Sin embargo, esta obligación se incumple, sistemáticamente, porque estos profesionales, en muchos casos, siguen pensando que esta intervención es una transgresión del ámbito privado y de la libertad personal.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Derecho y retraso mental*, SEOANE, José (coord.), Paideia, A Coruña, 1999.

AA.VV., “La situación de desamparo”, *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías*, MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (coord.), Dykinson, Madrid, 2007.

AFONSO RODRÍGUEZ, Elvira, “La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores”, *Actualidad Civil*, nº 17, 1995, pp. 88 y ss.

ALBÁCAR LÓPEZ, José y MARTÍN GRANIZO, Mariano, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Trivium, Madrid, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil II*, Bosch, Barcelona, 1997.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, “Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo”, *Revista del Poder Judicial*, nº 60, 2008, pp. 257 y ss.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio, *Curso de Derecho de Familia*, Civitas, Madrid, 1988.

ÁLVAREZ LATA, Natalia, “Comentario al artículo 303 del código civil”, *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 478 y ss.

APARICIO AUÑÓN, Eusebio, “Comentario a los artículos 757 a 768”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, LORCA NAVARRETE, Antonio (dir.), GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 3981 y ss.

ARCE FERNÁNDEZ, Irene, *El desamparo de menores. Normativa y práctica del Principado de Asturias*, Universidad de Oviedo, 2011.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara, “Responsabilidad civil médica”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, REGLERO CAMPOS, Fernando (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2003.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al artículo 303 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 793 y ss.

BERROCAL LANZAROT, Ana, “Aproximación a la institución de la guarda de hecho”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 722, Noviembre – Diciembre 2010, pp. 2844 y ss.

– “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, pp. 1 y ss.

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, pp. 275 y ss.

CABALLERO GONZÁLEZ, José, “La tutela de los menores en situación de desamparo”, *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 2, 1988, pp. 1055 y ss.

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.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, “Consideraciones sobre la guarda de hecho”, *Tutela de los Derechos del Menor*, 1º Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1984, pp. 81 y ss.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen, *Los derechos de los niños y las actuaciones administrativas protectoras*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo IV, Reus, Madrid, 1981.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993.

DE COUTO GÁLVEZ, Rosa, “Comentario a los artículos 286 a 306”, *Comentarios al código civil*, II, Bosch, Barcelona, pp. 2025 y ss.

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.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles, *La protección pública de los menores desamparados. La tutela de la administración*, Ministerio de Administración Pública, Madrid, 2000.

DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Instituciones protectoras del menor*, Universidad de Burgos, 1999.

DÍAZ ALABART, Silvia, *El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda. 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.

– “La Ley 1/2009 de modificación de la Ley de registro civil y de la protección de las personas con discapacidad”, *Actualidad Civil*, nº 17, 2009, pp. 1989 y ss.

– “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pp. 795 y ss.

DÍEZ- PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Tecnos, Madrid, 2006.

– *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977.

FÁBREGA RUIZ, Francisco, *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*, (Logroño 26-27 de abril), Fundación Tutelar de la Rioja, 2007, pp. 193 y ss.

– *Protección Legal de incapaces*, Colex, Madrid, 1998, p. 85.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, José, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992.

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*, Dykinson, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ LEÓN, Carmen, *El abandono de menores en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1995.

GÓMEZ CALLE, Esther, *La responsabilidad civil de los padres*, Montecorvo, Madrid, 1992.

HERAS HERNÁNDEZ, María, “Nuevas tendencias en los instrumentos jurídicos de protección de las personas mayores con disminución de su capacidad: hacia una mayor flexibilización de las instituciones tradicionales”, *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, pp. 11 y ss.

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, 623 y ss.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Tomo IV, Marcial Pons, Madrid, 2008.

– *Compendio de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2009.

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.), Madrid, Civitas, 2000, pp. 149 y ss.

LEÓN GONZÁLEZ, José, “Responsabilidad del sometido a patria potestad”, *Estudios de derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, Tomo IV, Universidad de Navarra, 1969, pp. 287 y ss.

LETE DEL RÍO, Manuel, “De la guarda de hecho”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1985, pp. 1980 y ss.

LLEBARÍA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1990.

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, pp. 14 y ss.

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, Sofía (coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 781 y ss.

MORENO TORRES-SÁNCHEZ, Julieta, *El desamparo de menores*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

MORENO QUESADA, Bernardo, “El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, 1985, pp. 307 y ss.

MORETÓN SANZ, María, “El guardador de hecho ante la dependencia: revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones “bajo su responsabilidad””. *Diario La Ley*, N° 7246.

NAVARRO MICHEL, Mónica, *La responsabilidad Civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998.

O’CALLAGHAN, Xavier, “Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho”, *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I, LAORDEN, Javier (dir.) y TERREROS, José Luis (coord.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007. pp. 289 y ss.

PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores, “La tutela *ex lege* y sus efectos jurídicos”, *Revista Jurídica de Asturias*, nº 23, 1999, pp. 119 y ss.

PARRA LUCÁN, Ángeles, “Comentario a los arts. 199 a 214”, *Comentarios al Código civil*, RAMS, Joaquín (coord.), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 1651 y ss.

– “Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 44, 1997, pp. 780 y ss.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, José, *Derecho de Familia*, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1989.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel, *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989.

PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova, Valladolid, 1995.

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*, nº 7166.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, *Derecho de familia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1983.

PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, pp. 560-583.

RICO PÉREZ, Francisco, *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1980.

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín, “Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho”, *Nul*, nº 1, 2006, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?>

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

– “Comentario al artículo 303 del Código civil”, *Comentarios del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 863 y ss.

RUIZ-RICO RUIZ, José, *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, Comares, Granada, 1989.

SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Incapacitación y Tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SANCHO REBULLIDA, Francisco, *El nuevo régimen de la Familia. Acogimiento y adopción*, Civitas, Madrid, 1989.

SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho de Daños*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

SANTOS URBANEJA, Fernando, “Causa y motivo de la incapacidad civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código Civil”, *Jornadas sobre la protección jurídica en la incapacidad*, (26 y 27 de abril), Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007, pp. 143 y ss.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, Manuel, *Abandono y Desamparo de menores en el Derecho civil Español*. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004.

SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José, “La institución tutelar”, *Instituciones de Derecho Privado*, Vol. 2, DELGADO DE MIGUEL, Juan (coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 425 y ss.

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, pp. 25 y ss.

TENA PIAZUELO, Isaac, “La capacidad para realizar actos con eficacia jurídica, en la jurisprudencia”, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, De Salas Murillo (coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 125 y ss.

UTRERA GUTIÉRREZ, José, “Protección de Menores: acogimiento, adopción y tutela”. *Tratado de Derecho de Familia*, GONZÁLEZ PÓVEDA, Pedro, y GONZÁLEZ VICENTE, Pilar (coord.), Sepín, Madrid, 2005, 298 y ss.

VALLADARES RASCÓN, Etelvina, “La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo”, *Centenario del Código Civil*, Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 2041 y ss.

VARGAS CABRERA, Bartolomé, *Tutela automática, desamparo, guarda y acogimiento*, Comares, Granada, 1994.

VENTOSO ESCRIBANO, Alonso, *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985.

VIVANCOS SÁNCHEZ, Magdalena, “Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo”, *Actualidad Civil*, nº 5, 2000, pp. 1753 y ss.

XIOL RÍOS, Juan, *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero*, Tomo III, Sepín, Madrid, 2008.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

– “La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho”, *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984, pp. 147 y ss.

– *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 246 y 247.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 12 de julio 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 16 de noviembre de 1999

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 18 de octubre de 1993

TRIBUNAL SUPREMO

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 28 de abril de 2003

STS de 31 de enero de 2003

STS de 24 de mayo de 1991

STS de 12 de junio de 1998

STS de 9 de marzo de 1998
STS de 28 de julio de 1997
STS de 8 de febrero de 1994
STS de 11 de enero de 1994
STS de 11 de octubre de 1991
STS de 23 de septiembre de 1988
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 marzo de 1983
STS de 23 de febrero de 1976
STS de 30 de abril de 1960

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Huelva de 9 de marzo de 2012
SAP Granada de 19 de octubre de 2007
SAP Vizcaya de 5 de julio de 2005
SAP Cádiz de 27 de abril de 2005
SAP Valladolid de 1 de febrero de 2005
SAP Cádiz de 22 de diciembre de 2004
SAP Valencia de 9 de septiembre de 2003
SAP Barcelona de 30 de abril de 2003
SAP Cantabria de 4 de febrero de 2003
SAP Burgos de 22 de julio de 2002
SAP Ávila de 1 de marzo 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 Lugo de 5 de julio de 2001
SAP Toledo de 7 de febrero de 2001
SAP Barcelona de 26 de junio de 2000
SAP Zaragoza de 8 de mayo de 2000

SAP Toledo de 9 de febrero de 2000
SAP Sevilla de 23 de noviembre de 1999
SAP Valladolid de 21 de julio de 1999
SAP Asturias de 17 de abril de 1999
SAP Córdoba de 14 de octubre de 1996
SAP Sevilla de 25 de marzo de 1996
SAP Valencia de 12 de febrero de 1996
SAP León de 29 de noviembre de 1995
AAP Barcelona 30 de septiembre de 1992

JUZGADOS

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 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