

LA TRANSFORMACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY¹

Montserrat Pereña Vicente

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Rey Juan Carlos

TITLE: *The transformation of guard in the proposed draft law*

RESUMEN: La necesaria y urgente adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad exige que se revisen las instituciones clásicas de protección, los principios que justifican su puesta en marcha y las reglas que rigen actuación de las personas que ejercen las medidas. A estas exigencias da respuesta el Anteproyecto, consagrando, junto a la curatela y el defensor judicial, la guarda de hecho como una verdadera institución de protección, dotándola de un régimen jurídico que debe establecer los mecanismos que faciliten la legitimación del guardador para realizar actos en beneficio de la persona y, a la vez, que existen las salvaguardias apropiadas para evitar los abusos, respetando, en todo caso, el principio que se impone como el núcleo y eje de la nueva regulación, la voluntad y preferencias de la persona.

ABSTRACT: *The necessary and urgent adaptation of our legal system to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities requires a review of the classic protection institutions, the principles that justify their implementation and the rules that govern the actions of people who exercise the measures.*

To these demands the Preliminary Draft responds, consecrating, together with the curatorship and the judicial defender, the «de facto guard» as a true institution of protection, endowing it with a juridical regime that must establish the mechanisms that facilitate the legitimization of the guardian to perform acts in benefit of the person and, at the same time, that there are appropriate safeguards to prevent abuse, respecting, in any case, the principle that is imposed as the core and axis of the new regulation, the will and preferences of the person.

PALABRAS CLAVE: Tutela, curatela, guarda de hecho, voluntad y preferencias, salvaguardias.

KEY WORDS: *Guardianship, curatorship, guard, will and preferences, safeguards.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA Y EL ESTÁNDAR DE INTERVENCIÓN EN EL ANTEPROYECTO. 3. LA GUARDA DE HECHO EN LA FILOSOFÍA GENERAL DEL ANTEPROYECTO. 4. LAS NOCIONES ESPAÑOLAS DE CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRAR: SU EQUIVALENTE EN LA CONVENCIÓN Y EN EL ANTEPROYECTO Y SU INCIDENCIA EN LA REGULACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO. 5. NATURALEZA Y ÁMBITO: GUARDA DE HECHO O DE DERECHO. 6. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GUARDA DE HECHO. 6.1. *Aplicación supletoria de las normas de la curatela.* 6.2. *El supuesto de hecho al que se aplica la guarda de hecho.* 6.3. *La actuación del guardador.* 6.3.1. *Ámbito de actuación ordinario del guardador.* 6.3.2. *Ámbito de actuación extraordinaria.* 6.3.3. *Excepción a la necesidad de autorización judicial.* 6.4. *Las medidas de vigilancia y control.* 7. LA EFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL GUARDADOR O POR PERSONA GUARDADA. 7.1. *Los actos realizados por la persona.* 7.2. *Los actos del guardador.* 8. LA SUFICIENCIA DE LA GUARDA DE HECHO, GARANTÍA DE SU PERMANENCIA. BIBLIOGRAFÍA.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2015-64120-R de la Convocatoria 2015 del programa de Proyectos I+D+I Retos (MINECO/FEDER).

I. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto de Ley, si se nos permite la licencia, convierte en princesa a la Cenicienta de las instituciones de protección de las personas mayores, otorgando a la guarda de hecho la categoría de «institución jurídica de apoyo». La escueta incorporación al Código que de ella hizo la reforma de 1983, no alcanzaba para así considerarla, al menos no sin discusión. Es la tozuda realidad² la que ha impuesto, primero su consagración en el Código civil y ahora, con mucho acierto, su consideración como verdadera institución de apoyo³, enumerándola el artículo 249 junto a la curatela y el defensor judicial.

Más allá del primer impacto que esta consagración pueda producir, en las páginas que siguen vamos a tratar de analizar las consecuencias jurídicas que de ello se derivan y la regulación que de la figura hace el Anteproyecto, teniendo en cuenta la filosofía general del mismo y el «caldo de cultivo» en el que nace este texto propiciado por la Convención de Naciones Unidas de derechos de las personas con discapacidad (la Convención) y las reformas que en otros ordenamientos se están produciendo para adaptarse a la misma. No pretendemos con los comentarios que siguen realizar un análisis que agote todos los temas y cuestiones, conceptuales y prácticos, que la guarda de hecho plantea, lo que exigiría un estudio monográfico de la materia, que no es este el momento de llevar a cabo, sino que se trata de hacer una primera valoración de esta guardia de hecho renovada que se presenta, reflexionando sobre los desafíos que plantea en la práctica y tratando de contribuir a que su tramitación parlamentaria refuerce sus puntos fuertes y corrija sus debilidades, si es que las tiene.

2. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA Y EL ESTÁNDAR DE INTERVENCIÓN EN EL ANTEPROYECTO

La inaplazable adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención no es tarea fácil ni sencilla. Además del cambio general de filosofía que inspira la reforma, es necesario articular un texto coherente, con una técnica depurada que permita que la

² FÁBREGA RUIZ, C. F. (2006): 9: «Al contrario, si algo se constata en la vida diaria es que se trata de un mecanismo jurídico de protección de incapaces y menores que posee una gran potencialidad para resolver las cuestiones que constantemente se presentan».

³ En este trabajo utilizaremos la referencia a «medidas o instituciones de apoyo» siguiendo la terminología empleada por el Anteproyecto aunque nosotros hemos manifestado nuestra preferencia por la de «medidas de protección», que es la utilizada también por la Ley de 2 de julio de 2015, al entender que la Convención no obliga a adoptar un determinado tipo de medida ni una determinada denominación, y que lo que exige es que las medidas sean «apropiadas» para alcanzar una finalidad que es «prestar apoyo» en el ejercicio de la capacidad jurídica, siendo el apoyo la finalidad perseguida y no la denominación impuesta. Además, es igualmente la terminología por la que opta la Ley 26/2015 de 28 de julio.

finalidad general que persigue no se convierta en un marasmo de contradicciones y lagunas. Misión delicada esta, si tenemos en cuenta que cualquier reforma que incida sobre el ejercicio de la capacidad jurídica va a tener un impacto transversal, profundo y directo, en todos los ámbitos del Derecho civil y, como ya nos advirtió PORTALIS en el Discurso Preliminar al *Code*, las leyes civiles «conciernen a todos los individuos, se mezclan con las principales acciones de sus vidas, los siguen a todas partes»⁴. Por ello, según nos enseñó, las leyes civiles no se reforman para hacerlas más sabias sino «por hacerlas más favorables para quienes interesa»⁵, es decir, para sus destinatarios.

Esta reflexión obliga a preguntarnos quiénes son los destinatarios de esta reforma. A ello podemos responder desde una perspectiva amplia, o desde otra más estricta de técnica jurídica. Desde la perspectiva amplia, entendemos que todos los ciudadanos somos destinatarios de la misma. Y es que todos estamos sometidos a la eventualidad de sufrir una discapacidad que afecte a nuestra capacidad para tomar decisiones y, desde el momento que la ley regula cómo organizar nuestra protección como mejor nos convenga y mejor se adapte a nuestra voluntad y preferencias, antes de estar afectados por una discapacidad, ya somos sus destinatarios. Todos debemos sentirnos concernidos y preguntarnos qué sistema queremos si llegamos a tener una falta de capacidad para tomar decisiones. Este es un desafío de nuestras sociedades ya que, con el aumento de la esperanza de vida, solo para una enfermedad como el Alzheimer, los estudios científicos estiman que en 2035 habrán aumentado los casos un 75%. La ciencia consigue alargar la vida, pero el reto es que consiga alargarla en condiciones saludables y limitando el deterioro cognitivo que provoca el paso de los años.

Desde la segunda perspectiva, se puede decir que los destinatarios son las personas con discapacidad. Sin embargo, esta respuesta debe precisarse un poco más. La reforma que propone el Anteproyecto no tiene como destinatarios a las personas con discapacidad sin más, ya que la Convención acoge un concepto muy amplio de discapacidad, incluyendo, como se plasma en el artículo 1, las que «tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo». Demasiado general para la reforma que nos ocupa. Los destinatarios son las personas que, en la terminología aún vigente en el artículo 200 del Código civil, «no pueden gobernarse por sí mismas». El Anteproyecto hace desaparecer la redacción de este precepto y, cualquier vestigio de referencia a la incapacitación o modificación de la capacidad de obrar, lo que consideramos acertado pues, como hemos escrito en otra sede⁶, la capacidad no se modifica ni es posible seguir utilizando términos hirientes y vejatorios como

⁴ PORTALIS, J. E. M. (1997): 31.

⁵ PORTALIS, J. E. M. (1997): 30.

⁶ PEREÑA VICENTE, M. (2016): 3-40.

incapacidad o incapacitado. Pero la cuestión no es solo terminológica, sino de fondo. La terminología designa una realidad y en ella va implícita el estándar que justifica la medida de apoyo, la intervención. Por ello, nos preguntamos ¿qué estándar propone el Anteproyecto? Y ¿qué terminología consagra?

En la cuestión terminológica, el texto opta por la referencia genérica a las «personas con discapacidad» y así se confirma, cuando en el artículo quinto, apartado catorce, ordena la sustitución en la Ley de Jurisdicción Voluntaria de los términos «persona con la capacidad modificada judicialmente» por «persona con discapacidad». Como acabamos de manifestar, este término nos parece demasiado amplio. Es necesario designar las realidades a las que se refiere la norma y esta, aunque no lo parezca, es una de las dificultades mayores de toda reforma. Tímidamente, el artículo 248, al definir el objeto de la regulación, se refiere a las personas que precisen medidas de apoyo «para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica». Pero las personas con discapacidad en general no necesitan apoyos para ejercer su capacidad jurídica. O, al menos, no el tipo de apoyos que consagra el Anteproyecto. Es necesario que se concrete un poco más, lo que el texto no hace, seguramente sensible ante la necesidad de adoptar una terminología respetuosa de la dignidad de la persona, neutro, «aséptico», que no estigmatice ni hiera. Pero al generalizar tanto, no consagra un estándar que justifique las medidas, lo que puede generar dificultades de interpretación.

El Anteproyecto ha seguido la estela de la terminología que se ha adoptado en otras reformas recientes de la materia como la *Assisted Decision-Making Capacity Act 2015* de Irlanda, que utiliza una expresión similar, pero añade un matiz de gran trascendencia porque incluye el estándar de intervención: sus destinatarios son las personas que requieran asistencia en el ejercicio de su capacidad **para tomar decisiones**⁷. Esta última idea es la que justifica cualquier medida o institución de apoyo o de protección, en el sentido que están dibujadas en el Anteproyecto. Las medidas de apoyo reguladas en el Anteproyecto no lo son para las personas con discapacidad en general. Tampoco para las que necesiten apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, ya que esto puede dar lugar a otro tipo de medidas y apoyos, como puede ser el lenguaje de signos o la utilización de determinado software para exteriorizar la voluntad de una persona que puede tomar una decisión, pero no exteriorizarla. Las medidas de apoyo que consagra el Anteproyecto se dirigen a procurar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que tienen afectada su capacidad para tomar decisiones.

⁷ Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015.

Es importante, al tratar de adoptar una terminología respetuosa, no caer en la tentación de utilizar eufemismos o expresiones demasiado genéricas, vacías de contenido, que no definan con precisión el supuesto de hecho al que se aplican.

Además, la ley irlandesa, muy respetuosa con los principios y objetivos de la Convención de Nueva York, dedica varios párrafos a explicar este estándar de intervención y tipifica qué se entiende por capacidad para tomar decisiones: la habilidad para entender la naturaleza y consecuencias de la decisión que se toma. Completa la regulación con la enumeración de los supuestos en los que se considera que la persona no tiene capacidad para tomar decisiones: cuando no puede entender la información relevante para tomar la decisión, no puede retener la información, valorarla o comunicarla⁸.

Es en esta línea, en la que debe profundizar el texto español para dejar claro quienes son los destinatarios, y qué es lo que justifica la adopción de una medida de apoyo. Y, una vez definida esta cuestión esencial, ¿cómo denominamos a la persona que necesita una medida de apoyo? Ejemplos no nos faltan en el Derecho comparado entre los ordenamientos que se han adaptado a la Convención, suprimiendo la referencia a los incapacitados. La ley irlandesa a la que acabamos de hacer alusión se refiere a la *relevant person* que, traducido por nosotros, sería la persona relevante o pertinente. El

⁸ Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015, n.3: « (1) Subject to *subsections (2) to (6)*, for the purposes of this Act, a person's capacity shall be assessed on the basis of his or her ability to understand, at the time that a decision is to be made, the nature and consequences of the decision to be made by him or her in the context of the available choices at that time. (2) A person lacks the capacity to make a decision if he or she is unable:

(a) to understand the information relevant to the decision,
(b) to retain that information long enough to make a voluntary choice,
(c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or
(d) to communicate his or her decision (whether by talking, writing, using sign language, assistive technology, or any other means) or, if the implementation of the decision requires the act of a third party, to communicate by any means with that third party.

(3) A person is not to be regarded as unable to understand the information relevant to a decision if he or she is able to understand an explanation of it given to him or her in a way that is appropriate to his or her circumstances (whether using clear language, visual aids or any other means).

(4) The fact that a person is able to retain the information relevant to a decision for a short period only does not prevent him or her from being regarded as having the capacity to make the decision.

(5) The fact that a person lacks capacity in respect of a decision on a particular matter at a particular time does not prevent him or her from being regarded as having capacity to make decisions on the same matter at another time.

(6) The fact that a person lacks capacity in respect of a decision on a particular matter does not prevent him or her from being regarded as having capacity to make decisions on other matters.

(7) For the purposes of this section, information relevant to a decision shall be construed as including information about the reasonably foreseeable consequences of— (a) each of the available choices at the time the decision is made, or (b) failing to make the decision.»

Código civil francés, en su reforma de 2007, posterior a la Convención, pero no redactada expresamente para adaptarse a la misma, utiliza el de *majeur protégée*, adulto protegido. La reforma belga de 2013, en una línea parecida se refiere a la *personne protégée* y el Código civil suizo a la *personne concernée*, la persona concernida.

En realidad, en la mayor parte de las normas que regulan las medidas de apoyo y protección, el contexto es lo suficientemente claro como para no tener que emplear ningún adjetivo para designarla, es suficiente con referirse a ella como «la persona»; ya se sobreentiende que es la persona concernida, relevante, protegida... Sin embargo, en aquellos supuestos en los que sea necesario precisar con más detalle para evitar imprecisiones y no inducir a confusión, nos parece muy adecuada la expresión francesa de adulto protegido, que además es la terminología consagrada por algunos textos de la Unión Europea⁹ y por el Convenio de la Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de adultos.

3. LA GUARDA DE HECHO EN LA FILOSOFÍA GENERAL DEL ANTEPROYECTO

Como hemos visto, la guarda de hecho se erige como una propia institución jurídica de apoyo, cuyo reconocimiento supone la consagración de una realidad: que la guarda de hecho cumple, en ciertos casos, un papel esencial, no sólo como asistencia en los actos ordinarios de la vida, sino para facilitar a la persona el ejercicio de sus derechos, que es el objetivo de todas las medidas de apoyo.

El respeto a la dignidad de la persona obliga a repensar todo el sistema que va a sufrir una transformación, no sólo terminológica que se basa ahora, como indica el apartado III de la Exposición de Motivos «en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad», reafirmando que «las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones». Aunque el Derecho vigente no priva de este derecho, es muy oportuno que la ley lo consagre expresamente, ya que las derivas de la práctica han podido conducir, en algunos casos, a su anulación. Para nosotros, esta es la innovación mayor del Anteproyecto. Seguramente, en los debates y comentarios que origine su publicación, los titulares se van a focalizar en la desaparición de la tutela. Pero en realidad la tutela no desaparece. Al menos no del todo. La tutela se transforma en la curatela representativa. Al igual que ocurrió en la

⁹ BERGERON, J., (ponente) *Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables (2015/2085(INL))*, 3 de abril de 2017.

reforma en Suiza, la curatela que se consagra es una curatela¹⁰ «proteiforme», que puede implicar, únicamente, complemento de capacidad o representación, cuando así sea necesario. Esta transformación de la tutela en curatela representativa, hace que la institución sea más flexible, lo que es un acierto y termina con la rigidez propia de las instituciones clásicas, que es uno de los motivos que provocan el recurso excesivo a la tutela.

La innovación mayor, insistimos, es situar la voluntad y preferencias de la persona en el centro del sistema, en el eje central de todas las instituciones de apoyo, impliquen o no representación, ya que, como nos recuerda PARRA LUCÁN¹¹, ni siquiera cuando hay representación debe prescindirse de las preferencias y de la voluntad de «quien por sí solo no está en condiciones de tomar una decisión». Todo un acierto. Pero para que esta voluntad se pueda transformar en un consentimiento válido es necesario un plus y, por ello, el proyecto no cae en el error de suprimir el complemento de capacidad que presta el curador para ciertos actos ni la representación de la persona, cuando ello sea necesario, insistiendo, eso sí en su carácter excepcional. Es en esos casos excepcionales en los que se puede poner en marcha el mecanismo de sustitución en la toma de decisiones que implica la representación, que no se atribuye al tutor, cuya evicción ha considerado inevitable el Anteproyecto, pero sí al curador, investido ahora de los atributos que configuraban la esencia de la función de aquel y, también, al guardador de hecho.

Siguiendo la idea de flexibilización, y tipificando lo que la práctica ya había consagrado, el Anteproyecto reconoce que, en determinadas circunstancias, será necesario que el guardador de hecho represente a la persona y así, se prevén los mecanismos adecuados para que ello pueda llevarse a cabo, y que el guardador pueda acreditar la representación y estar legitimado para actuar en el tráfico. Posteriormente volveremos sobre esta cuestión de gran trascendencia práctica y conceptual.

El Anteproyecto hace descansar todo el sistema en los principios de necesidad y proporcionalidad. Y, aunque no lo menciona expresamente en la Exposición de

¹⁰ MEIER, P. (2012).

¹¹ PARRA LUCÁN, M. A. (2015): 13: «Solo excepcionalmente, cuando ni siquiera con los apoyos de otras personas de su entorno y de su confianza pueda llegar a formarse una opinión propia sobre lo que quiere y le conviene, es admisible que la decisión sea tomada por otra persona en su lugar. Pero ni siquiera en este caso debe prescindirse de las preferencias, la personalidad, las creencias, la voluntad de quien por sí solo no está en condiciones de tomar una decisión. Al atender a estos factores (una voluntad pretérita, expresa o apreciable por manifestaciones y actitudes en situaciones anteriores semejantes, una voluntad actual identificable por sus expresiones de preferencias, creencias, personalidad, atendiendo a su capacidad natural o a su madurez si es un menor) se trata de transformar en decisión hacia el exterior esa voluntad interna.»

Motivos, en el principio de subsidiariedad que se puede leer entrelíneas cuando otorga preferencia a determinadas medidas respecto de otras, las preventivas o volitivas sobre las establecidas externamente (artículo 251) y las que no impliquen representación sobre las que sí la impliquen (artículo 267). Así se confirma en el artículo 248 cuando establece que las medidas de origen legal o judicial «solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona».

El principio de subsidiariedad está presente desde la primera línea del articulado que se refiere a la guarda de hecho de las personas mayores ya que, según el artículo 261 no procederán «cuando existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente». Es decir, que es subsidiaria respecto de la curatela y los mandatos preventivos, si estos son eficaces. Pero la subsidiariedad también se puede leer en sentido inverso: no procederá una curatela si existe una guarda de hecho que funciona adecuadamente. Así lo confirma el artículo 267 del Anteproyecto que determina que la autoridad judicial constituirá la tutela «cuando no exista otra medida de apoyo suficiente».

Esta doble interacción que produce la aplicación combinada de los principios de subsidiariedad, necesidad y proporcionalidad, plantea un problema, no menor, de interpretación de conceptos jurídicos indeterminados. ¿Qué significa que la guarda de hecho funcione adecuadamente? ¿Y que sea suficiente? ¿Y que la curatela sea eficaz? ¿Quién lo valora? ¿En qué momento? La idea central en la que se sustenta la perennidad de una guarda de hecho es que ha de ser «suficiente». Pero el Anteproyecto no explica qué entiende por suficiente. Posteriormente analizaremos la cuestión para determinar el alcance de este adjetivo que adorna la guarda de hecho en el texto propuesto, y que cumple una función de bisagra para dar paso a otra medida de apoyo como la curatela.

4. LAS NOCIONES ESPAÑOLAS DE CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRAR: SU EQUIVALENTE EN LA CONVENCIÓN Y EN EL ANTEPROYECTO Y SU INCIDENCIA EN LA REGULACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO

La idea de que la capacidad jurídica incluye la titularidad de los derechos y su ejercicio, no explicitada en la Convención, pero sí por la Observación General nº 1 del Comité de los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas (OG nº 1), ha generado una interpretación del artículo 12 de aquella que nosotros entendemos no ajustada a su literalidad y, según la cual, la capacidad jurídica incluye tanto la titularidad como su ejercicio y, por tanto, ninguna se puede limitar.

Aunque en su Exposición de Motivos el Anteproyecto hace expresa referencia¹² a la OG nº 1 abrazando la idea¹³ de que la «capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos», el articulado del Anteproyecto deja claro, sin decirlo expresamente, que la distinción entre titularidad y ejercicio de la capacidad no son lo mismo ni se deben confundir. Porque el artículo 12 de la Convención no los confunde¹⁴ y exige para la titularidad que los Estados Parte la reconozcan mientras que para su ejercicio les conmina a adoptar las «medidas pertinentes».

Sin embargo, como decimos, existe una profusa literatura jurídica anglosajona¹⁵ que trata de borrar esta distinción e impone la idea de que los Estados deben suprimir, no sólo la tutela, sino cualquier institución o medida que implique sustitución en la toma de decisiones, siendo sustituida por un sistema de apoyo en la toma de decisiones¹⁶. De ello se hace eco la Estrategia de Discapacidad del Consejo de Europa 2017-2013, que considera que muchos aspectos de la tutela, y de otras instituciones de sustitución en la toma de decisiones, constituyen una violación de los derechos humanos¹⁷.

Trasladado al contexto español, de esa interpretación han concluido algunos autores¹⁸ que la noción de capacidad de obrar ha desaparecido por el impacto del artículo 12 y

¹² Apartado I de la Exposición de Motivos.

¹³ Insiste en esta idea en el apartado IV: «Asimismo, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos.»

¹⁴ Esta cuestión ya ha sido abordada anteriormente.

¹⁵ HARDING, R., AND TASCIOGLU, E. (2018); DINERSTEIN, R. D., (2012): 8-12; BLANCK, P. (2015): 24-33; QUINN, G., (www.nuigalway.ie/cdlp); BOOTH GLEN, K. (2015): 2-16.

¹⁶ KOHN, N, BLUMENTHAL, J. A., Y CAMPBELL, A. T. (2013): 1111-1157, p. 1157: «Supported decision-making holds promise as an alternative to surrogate decision-making. For example, it has the potential to be an empowering alternative to the much-maligned process of guardianship, as well as an empowering element of the guardian-ward relationship. »

¹⁷ Consejo de Europa, Estrategia Discapacidad 2017-2013, *Human Rights: a reality for all*, pág. 26: «Control over one's life and all its aspects are fundamental requirements for the full enjoyment of all human rights. Legal capacity continues to be denied to a part of the population on the basis of disability, particularly intellectual or psychosocial disability. Substituted decision-making, including full guardianship regimes where persons are stripped of their personhood in the eyes of the law and of the society, still prevail in many member States. Some aspects of these practices have been confirmed as a violation of basic human rights and fundamental freedoms by decisions of the European Court of Human Rights, which has called on the relevant authorities to remedy such violations»

¹⁸ GARCÍA RUBIO, M^a. P. (2017): 7- 18, pág. 10: «Pues bien, mas allá de la cuestión terminológica, parece evidente que el aspecto de la capacidad jurídica que habitualmente se niega o en el que se discrimina a la persona con discapacidad en los ordenamientos jurídicos digamos modernos, ha sido el segundo, es decir, en la capacidad de estas personas en igualdad de condiciones que las demás, para el ejercicio de actos de transcendencia jurídica, como pueden ser, entre muchos otros y solo a título de ejemplo, los de votar, contraer matrimonio, testar, vender, comprar, pedir préstamos, consentir o no a determinados actos médicos, o incluso otros aparentemente más modestos como la toma de decisiones sobre el propio domicilio o residencia.

que la capacidad jurídica «abarca también la capacidad de ejercer tales derechos» por lo que es inviable la subsistencia de la tutela. Nosotros, sin embargo, entendemos que, si bien es cierto que la idea clásica de la doctrina española sobre la capacidad de obrar no existe con esta denominación en otros ordenamientos jurídicos, el concepto si existe con otro nombre. Su equivalente es el **ejercicio de la capacidad jurídica** y, como tal, se consagra en el párrafo 3 del artículo 12 de la Convención, que no mezcla ambos aspectos: la capacidad jurídica (párrafo 2), que es lo mismo que en nuestro ordenamiento jurídico, la titularidad, y respecto de la cual no se pueden adoptar medidas, y el ejercicio de la capacidad jurídica al que nosotros hemos denominado tradicionalmente capacidad de obrar, para el que exige que se adopten las medidas pertinentes para prestar el apoyo que necesiten en el mismo a las personas con discapacidad, medidas que, en ningún caso, pueden afectar a la capacidad jurídica, es decir, a la titularidad. Trata ambas cuestiones de modo diferente porque, entendemos, son cosas diferentes. Esto no es, en absoluto, incompatible con defender que la voluntad y preferencias de la persona deben ser respetadas en la adopción de esas medidas y en su ejercicio.

Las «medidas pertinentes» que exige este precepto adoptar para el ejercicio de la capacidad jurídica se concretan en el Anteproyecto en la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho, y se adoptan para permitir a la persona el ejercicio de su capacidad jurídica, no para reconocerle esta en su vertiente de titularidad de derechos, para lo cual no hay que adoptar medida alguna, es automático. Y, en los tres supuestos, la intervención puede ser representativa, es decir, no únicamente un «apoyo» sino una verdadera sustitución en la toma de decisiones. Lo importante para que se respete la Convención es, como hace el Anteproyecto, que esta posibilidad se contemple como excepcional, como último recurso, y ceñida a los actos concretos en los que la persona tenga una dificultad en la toma de decisiones y no general o total.

Ello significa que, el principio de subsidiariedad al que hemos hecho referencia en el apartado anterior, no implica una graduación entre la curatela y la guarda de hecho en

Y ello ha sido así porque el sistema tradicional seguido en estos ordenamientos se basa en un modelo protector del discapacitado, que exige trabajar con la idea de sustitución de estas personas en la toma de decisiones que les afecten, sobre todo en caso de discapacidad cognitiva de cierta entidad; sería algo así como lo siguiente: puesto que estas personas no tenían capacidad cognitiva (no saben bien lo que hacen) lo que el Derecho debe procurar es que alguien con plena capacidad de decisión decida por ellos lo que más les conviene. Se trata pues, de un modelo de sustitución en la toma de decisiones, de carácter eminentemente paternalista y basado en la idea del mejor interés de la persona con discapacidad. Baste con decir, por el momento, que el art. 12 CNUPD rompe con este modelo que, para mayor claridad, ha de considerarse radicalmente incompatible con el contenido de la Convención.

En este nuevo escenario surge la segunda de las ideas fuerzas a las que antes hice mención; el modelo sustitutivo en la toma de decisiones ha de ser reemplazado por el apoyo a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones, tal y como se reconoce en el párrafo tercero del reiterado art. 12.»

función de la «gravedad» de la situación o de la intensidad que exijan las medidas de apoyo. Se basa en la suficiencia de la guarda de hecho. Pero, ¿qué significa que la guarda sea suficiente? Entendemos que la respuesta tiene dos lecturas, una lectura positiva y otra negativa. La positiva implica que la guarda de hecho ha de permitir a la persona el ejercicio de su capacidad jurídica con la ayuda o apoyo de otra persona e, incluso, mediante la representación si así lo exigen las circunstancias. Representación que, como veremos, debe ser autorizada por el juez y sólo para actos de administración. Ello va a implicar que para que la guarda sea suficiente no sea necesario realizar ningún acto de trascendencia jurídica real o de naturaleza dispositiva o traslativa. En caso contrario, la guarda de hecho ya no será suficiente y tendrá que dar paso a otra medida. Esta idea es la que confina la guarda de hecho en sus propios límites y la convierte, como dicen algunos autores¹⁹, en la institución de los desfavorecidos, por no decir de los pobres.

Claro que habrá supuestos en que no sea así, y una persona con un patrimonio medio, e incluso importante, pueda estar suficientemente protegida con una guarda de hecho, a condición de que no sea necesario realizar actos de gestión patrimonial más allá de los de mera administración y de que no exista el riesgo de que comprometa su patrimonio, consintiendo negocios jurídicos perjudiciales para él. Con este matiz, entramos en la lectura negativa del adjetivo «suficiente».

La lectura negativa nos lleva más lejos. Que sea suficiente significa que se respete la otra exigencia del artículo 12 de la Convención: que existan las salvaguardas adecuadas para impedir los abusos y las influencias indebidas. La pregunta que nos hacemos es si la guarda de hecho, tal y como ha sido configurada por el Anteproyecto, es suficiente para evitarlos. Especialmente delicada es la cuestión en los supuestos de personas mayores que sufren una enfermedad neurodegenerativa y que pueden firmar determinados documentos sin ser realmente conscientes de lo que hacen, sufriendo los abusos de personas próximas, entre los que no se puede descartar el guardador de hecho, a pesar de que nuestra visión del mismo sea positiva y favorable.

Como posteriormente veremos, el juez puede ordenar las salvaguardas y controles que estime oportunos (artículo 263). Pero ocurre que la existencia de una guarda de hecho mantiene formalmente intacta la capacidad de ejercicio (nuestra antigua capacidad de obrar) por lo que no protege a la persona de sus propios actos, que se presumirán válidos, mientras no se pruebe que carecía de capacidad en el momento de realizarlos. Si se quiere transformar la guarda de hecho en una verdadera institución de apoyo,

¹⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014): 387.

ajustada a las exigencias de la Convención, es necesario que también incorpore las salvaguardias porque solo así esta institución será SUFICIENTE. De lo contrario, será irremediablemente insuficiente desde el momento en que la persona puede poner en riesgo su patrimonio, prestando su consentimiento a determinados actos de disposición patrimonial, que le generen un perjuicio. De no establecerse las salvaguardias adecuadas, la guarda de hecho estará condenada a seguir siendo una institución provisional, que despierte recelos y que sólo será útil para los que no tienen patrimonio que poner en riesgo, o se encuentren en una situación de deterioro tal que no pueden prestar ningún tipo de consentimiento. Si el Anteproyecto quiere hacer de la guarda de hecho una «propia institución de apoyo» es necesario que la dote de un régimen jurídico adecuado, a la altura de esta consagración.

5. NATURALEZA Y ÁMBITO: GUARDA DE HECHO O DE DERECHO

La doctrina se ha entretenido en debatir²⁰ sobre la naturaleza de la guarda de hecho, dividiéndose entre los que la consideran como una verdadera institución y los que rechazan esta idea por entender que se trata de una mera situación de hecho a la que, como mucho, le son atribuidos ciertos efectos por el legislador.

LESCANO FERIA²¹ hace una síntesis de las diferentes interpretaciones y concluye que, más allá de la discusión, lo importante es definir sus características que son «la ausencia de deberes de protección y custodia por una persona sin título que la habilite» y la «inexistencia de un deber legal para ello» y analizar los intereses que se pretenden salvaguardar, siendo en todo caso, una situación jurídica protegida.

Como ya hemos dicho, el Anteproyecto termina con estas disquisiciones al afirmar tajante, en su Exposición de Motivos, que la guarda de hecho «se transforma en una propia institución jurídica de apoyo» y confirmándolo en el artículo 261 que consagra la continuidad de la función. Así, la guarda de hecho deja de ser provisional, alejándose de la regulación de la legislación foral, catalana y aragonesa, que subrayan su carácter transitorio o provisional. En el Anteproyecto, esta función provisional, corresponde a la

²⁰ Hace una profusa síntesis de las diferentes posturas doctrinales en una obra actualizada LESCANO FERIA, P. A. (2017): 32 y ss.

²¹ LESCANO FERIA, P. A. (2017): 34: «En mi opinión, hablar de situaciones de hecho y situaciones de derecho es insuficiente si no se alcanza el verdadero significado que aporta la especial normativa a la figura. La auténtica guarda de hecho responde a la atención de unos intereses que se encuentran desde siempre arraigados en la sociedad. La figura nace extramuros de la ley, pero ésta le confiere unos determinados efectos jurídicos de manera retrospectiva para que el sujeto sometido a guarda no quede perjudicado o desprotegido. No es una situación propiamente de tutela jurídica, pero es una situación jurídicamente protegida.»

entidad pública, dotándose al guarda de un carácter permanente (artículo 253). Sin embargo, sigue siendo una institución de hecho en el sentido de que no precisa investidura judicial formal, ni nace de un poder, ya que en este caso estaríamos ante otra figura, los poderes preventivos. Ahora bien, eso no impide que pueda tener su origen en un mandato que la persona ha dado verbalmente cuando todavía tenía capacidad o, al menos, cierta capacidad para tomar decisiones.

Si, posteriormente, la persona pierde su capacidad para tomar decisiones, el mandatario se convertirá en guardador de hecho si continúa tomando decisiones en la línea de lo que previamente le encargaba el mandante, pero sin que se renueve el mandato, o cuando asuma otras funciones de apoyo y protección diferentes de las que eran objeto del mandato. Todo ello sin perjuicio de que, si existe un mandato, surge la duda de si este se extingue por la mera pérdida de capacidad del mandante, ya que en la redacción que el Anteproyecto da al artículo 172 el mandato sólo se extingue cuando «se dispongan judicialmente medidas de apoyo que impliquen representación plena», respecto del mandatario. Nada dice respecto al mandante, lo que podría hacer pensar que subsisten los poderes o mandatos, en caso de incapacidad del mandante, aunque no se hayan dado como preventivos. Sin embargo, creemos que esto queda desmentido por la redacción del artículo 254 que consagra los poderes *ad cautelam*, es decir, aquellos en los que se incorpora la cláusula de subsistencia «en caso de que en el futuro se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad». Luego, *a sensu contrario*, en ausencia de dicha cláusula no subsistirá el poder en caso de que necesite esos apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica el mandante. ¿Se refiere este precepto a cualquier tipo de apoyo y, por tanto, también a la guarda de hecho? Entendemos que sí ya que el precepto no distingue.

La discusión sobre si la guarda de hecho puede existir cuando ya existe una medida de protección, la zanja también el Anteproyecto cuando define al guardador de hecho en el artículo 249 como «la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente». Esto significa que puede haber una guarda de hecho, aunque existan medidas judiciales o voluntarias, curatela o poderes preventivos, a condición de que estas no sean eficaces. Es decir, si, por ejemplo, el curador no cumple bien su función, o si la curatela, tal y como se ha diseñado, no protege suficientemente a la persona, o no le permite el pleno ejercicio de su capacidad jurídica. Ahora bien, en la nueva filosofía del Anteproyecto, si se ha puesto en marcha una curatela es porque ello es necesario, luego en estos casos, la guarda de hecho tendrá previsiblemente, un carácter provisional, hasta que el curador sea removido y se proceda al nombramiento de otro.

6. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GUARDA DE HECHO

Uno de los aciertos del Anteproyecto es la total separación entre, la regulación que se refiere a los menores de edad, de la que se refiere a los mayores de edad que necesitan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se suprime la patria potestad prorrogada o rehabilitada, y se reserva la tutela solo para los menores. En esta línea, se separa también la regulación de la guarda de menores y mayores, conteniéndose respecto de estos en el Título XI, Capítulo III, en los artículos 261 a 265.

6.1. Aplicación supletoria de las normas de la curatela

La escueta regulación vigente de la guarda de hecho ha provocado que la doctrina discuta si es o no aplicable, supletoriamente, la regulación de la tutela para colmar las lagunas de la ley. Así lo entiende FÁBREGA RUIZ²², mientras que otros²³ no creen que sea lo más adecuado.

El Anteproyecto contiene una regulación de la guarda de hecho más completa y extensa que la actualmente vigente, pero no lo suficientemente amplia como para que no existan lagunas, y no zanja la cuestión de las normas aplicables supletoriamente ya que no hace una remisión expresa a la regulación de la curatela, pero tampoco lo prohíbe expresamente. De lo que no cabe duda es de que la guarda quedará regulada no sólo por lo dispuesto en el Capítulo III, sino también por las disposiciones generales del Capítulo I que se aplican a toda medida de apoyo, entre las que, como sabemos, el Anteproyecto enumera la guarda.

La falta de remisión expresa a las normas de la curatela plantea dudas sobre qué criterio debe guiar la actuación del guardador. Más allá de la discusión, que no es este el momento de abordar, sobre si debe guiarse por el beneficio o interés superior de la persona protegida o por el del respeto de su voluntad, incluso contra sus intereses, lo cierto es que, en materia de guarda de hecho, el Anteproyecto no establece un estándar de actuación concreto. El guardador de hecho, necesariamente tomará decisiones en representación de la persona. Estas decisiones, habitualmente no

²² FÁBREGA RUIZ, C. F. (2006): 90.

²³ LESCANO FERIA, P. A. (2017): 75: «En mi opinión, la aplicación global de los artículos correspondientes a la tutela no es lo más conveniente. Existen normas de esta figura cuyo empleo es imposible de aplicar a la guarda de hecho, piénsese, v. gr., en el supuesto de exigir *a posteriori* garantías o inventario. Lo más adecuado será el uso, con carácter general, de artículos que resulten compatibles con la guarda fáctica y siempre que no exista una disposición específica en este ámbito, como los artículos 303, 304 y 306 del Código civil. En todo caso, ante la falta de una norma expresa y directa sobre la actuación del guardador de hecho, debe aplicarse el principio general de la «diligencia de todo buen padre de familia»».

culminarán en un consentimiento para un acto o negocio jurídico concreto. Decisiones, quizás, de menor trascendencia económica y jurídica, pero que pueden tener un gran impacto en la vida de la persona.

Por ello es necesario que el artículo 280 del Anteproyecto sea también de aplicación a los guardadores, especialmente cuando la guarda ya ha sido «judicializada» por haber intervenido el juez para autorizar algún acto o para solicitar información al guardador. Dicho artículo, en sus párrafos tercero y cuarto, impone al curador la obligación de prestar apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica «respetando su voluntad, deseos y preferencias» y le impone la obligación de procurar que «la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones». Además, impone al curador un estándar de actuación, incluso en los casos en los que actúa con facultades representativas al disponer en el párrafo 5º que «el curador, cuando actúe con facultades representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración». En este párrafo se concentra la esencia del ejercicio de las medidas de apoyo con pleno respeto a los postulados de la Convención: no es incompatible con la misma la representación ya que, en algunos casos, será el único modo en que la persona podrá ejercer sus derechos, pero el representante debe manifestar, no su propia voluntad, sino la que mejor pueda corresponder a la persona, la voluntad del representado.

Sin embargo, como hemos visto, no está claro que este artículo se aplique a los guardadores. Pero de lo que no hay duda es de la aplicación del artículo 248, que se ubica entre las disposiciones generales, y que impone a las personas que presten apoyo una actuación «atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera», procurando «que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias».

6.2. El supuesto de hecho al que se aplica la guarda de hecho

El carácter informal que tiene en su origen la guarda de hecho, puede provocar una cierta confusión sobre el supuesto de hecho que está en la base de su regulación. Ciñéndonos a la guarda de hecho de adultos, para que se pueda hablar de tal, es necesario que la persona guardada tenga una discapacidad que le genere dificultades para tomar decisiones ya que, aunque sea dependiente, si no concurre esta circunstancia, no se podría hablar propiamente de guarda de hecho, sino más bien de

mandatario o apoderado, aunque sea verbal la mayor parte de las veces, o bien de un asistente personal de los que entran en el ámbito de aplicación de la Ley de Dependencia, cuyo supuesto de hecho es diferente, ya que no presupone una falta de capacidad para tomar decisiones.

Es decir, que si una persona mayor con grandes dificultades de movilidad autoriza a un tercero, su pareja, un hijo, nieto, vecino, cuidador, etc. para, por ejemplo, retirar su dinero utilizando la tarjeta de crédito y para ello le confía sus claves bancarias, no estamos propiamente ante un guardador de hecho, por lo que la regulación prevista en los artículos 261 y siguientes del Anteproyecto, no se pondría en marcha, y el juez no podría, en ningún caso, autorizar una representación cuando esta haya de ser acreditada para determinados actos como prevé el artículo 261. Sólo la persona puede dar un poder escrito o notarial, si es necesario, para legitimar en el tráfico a aquél en quien confía.

Esto no impide que, en algunas ocasiones, lo que ha empezado como un mandato más o menos formal, o como un asistente personal, derive en una verdadera guarda de hecho, ante la pérdida de facultades cognitivas por la aparición o la progresión de una enfermedad neurodegenerativa como el Alzheimer.

6.3. La actuación del guardador

La ausencia de una regulación más detallada de la guarda de hecho ha despertado la crítica de la doctrina que, en parte, justifica esta brevedad por el carácter provisional y transitorio con el que el Código acepta la guarda de hecho. El cambio de perspectiva hacia la figura, que ahora es una verdadera institución de apoyo, exige una regulación más detallada de su régimen jurídico y, especialmente, del ámbito de actuación del guardador. Veamos.

6.3.1. Ámbito de actuación ordinario del guardador

El guardador de hecho, por definición, no está investido de un cargo, por lo que carece de legitimación para actuar en el tráfico jurídico en representación de la persona. Por ello, el ámbito ordinario de su actuación se circunscribe a los actos de carácter personal y de cuidado y asistencia necesarios y, tratándose de actos de carácter patrimonial, se incluyen los actos de administración ordinaria del patrimonio de la persona guardada. En ningún caso comprende los actos de disposición, ya que, según el artículo 261 en la redacción del Anteproyecto, estos no los puede realizar ni con autorización judicial.

6.3.2. Ámbito de actuación extraordinaria

La distinción entre una y otra categoría no se lleva a cabo en función de la gravedad o trascendencia del acto realizado ya que, como acabamos de ver, el guardador no puede realizar actos de disposición y, aunque no se explicita en el texto, entendemos que tampoco de gravamen, sino en función de la necesidad que exista de tener que acreditar una legitimación para actuar en beneficio de la persona guardada. Esta es una de las dificultades con las que se tropieza el guardador, y el artículo 261 va a paliarla con una regulación muy diferente de la que actualmente se contempla en el vigente 303. En este, el juez, puede otorgar al guardador facultades tutelares, cautelarmente, hasta que se constituya la medida de protección adecuada. En la regulación propuesta, la atribución de estas facultades ya no es cautelar y, ante las dudas sobre si la referencia a las «facultades tutelares» comprenden actos de disposición, la nueva redacción del art. 261 deja claro que no podrán exceder de la mera administración ordinaria. Lo que determina la exigencia de autorización judicial es la necesidad de contar con un título de legitimación, que será la decisión judicial, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Para que se conceda la autorización judicial, que podrá darse para un acto o para un conjunto de actos, será preciso pues, que se trate de un acto de administración y que se pruebe la necesidad.

Este es el régimen de actuación del guardador en el ámbito patrimonial, pero el artículo 261 prevé también la necesidad de pedir autorización judicial para determinados actos de carácter personal: para aquellos actos «que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado cuando esta no pueda prestarlo». En concreto, entran en el ámbito de este régimen las decisiones relativas a un posible cambio de residencia, como puede ser el traslado a un centro asistencial para las personas mayores que, obviamente, no podrá decidirse por el guardador por sí solo.

Lo que echamos en falta en el régimen de esta autorización, que el párrafo tercero del 261 remite a lo previsto para los actos de disposición, es que no impone al juez ni al guardador tener en cuenta, en la medida que sea posible, la voluntad y preferencias presentes y pretéritas de la persona guardada. El estándar que impone la regulación propuesta para conceder o no la autorización es el de la necesidad, pero extraña que en un texto tan cuidadoso con el respeto de la voluntad de la persona, no se haya tenido en cuenta. En la modificación que hace el Anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la nueva redacción del artículo 52 sí contempla que, antes de tomar una decisión, el juez está obligado a examinar por sí mismo a la persona, pero no que deba indagar sobre su voluntad y preferencias, y mucho menos se le impone la obligación de respetarla, en la medida de lo posible. Esta carencia la podemos paliar, en parte,

mediante la aplicación de las disposiciones generales y, en concreto, del nuevo artículo 248, cuyo destinatario es la persona que presta el apoyo, pero no el juez.

6.3.3. Excepción a la necesidad de autorización judicial

El último párrafo del artículo 261 prevé dos supuestos en los que no será necesaria autorización judicial:

1º) Cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad.

2ª) Cuando realice «actos jurídicos» sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

La redacción del segundo supuesto plantea ciertas dificultades de interpretación. En primer lugar, ¿a qué tipo de actos se refiere? ¿Sólo a los de administración o también a los de disposición?

Si se refiriese solo a los actos de administración, no sería necesaria esta regla, y si se refiriese a los de disposición, acabamos de ver cómo en el párrafo anterior, el guardador no puede, ni siquiera con autorización judicial, realizar actos de disposición.

La segunda dificultad viene provocada por la incorporación de dos conceptos jurídicos indeterminados de difícil ponderación: que los bienes sean de escasa relevancia económica y que carezca de especial significado personal o familiar. ¿Quién lo valora? ¿El guardador? Parece evidente que este párrafo se refiere a la posibilidad de enajenar bienes que cumplan estos dos requisitos, pero, ¿por qué no se ha referido expresamente a actos de disposición el texto? Es complicado realizar una interpretación sistemática coherente de este precepto.

6.4. *Las medidas de vigilancia y control*

La propia esencia de la guarda de hecho, que nace sin una investidura formal ni nombramiento por parte de una autoridad, hace que no existan medidas innatas de vigilancia y control. Eso no quiere decir que el juez, consciente de los riesgos, no las pueda imponer.

La primera de ellas es que el juez podrá exigir al guardador que le informe y rinda cuentas de su actuación en cualquier momento.

La segunda, la autoridad judicial puede «acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan». De nuevo un concepto jurídico indeterminado. Quizás el texto se refiere a los asuntos en los que exista un conflicto de intereses entre el guardador y la persona. Pero, si es así, ¿por qué no se ha dicho expresamente? Además, no pudiendo el guardador realizar actos de disposición, las posibilidades de conflicto de intereses se reducen considerablemente. Quizás esta posibilidad se abra para el caso en que sea necesario enajenar un bien de la persona guardada y, al no estar legitimado el guardador para hacerlo, ni siquiera con autorización judicial, la posibilidad de nombrar un defensor judicial evita el recurso a la curatela si la guarda está funcionando bien. También podría ser útil para realizar la partición de una herencia a la que está llamada la persona y que, de otro modo, exigiría, igualmente pasar a una curatela.

En tercer lugar, prevé el Anteproyecto que el juez podrá establecer las salvaguardias que estime necesarias. Entre estas, especial importancia adquieren aquellas que tienen por objeto impedir la enajenación de ciertos bienes, especialmente de la vivienda habitual de la persona, pudiendo tener acceso al Registro de la Propiedad por la vía del artículo 2.4 de la Ley Hipotecaria, al que el Anteproyecto también da nueva redacción.

Lo que echamos de menos es la consagración de salvaguardias legales como puede ser la prohibición de autocontrato o, al menos, ampliar los supuestos del artículo 1459 al que el Anteproyecto también da nueva redacción para que afecte al guardador de hecho y a sus familiares.

No debe olvidarse, como ya hemos señalado, que el artículo 12 de la Convención exige, al mismo nivel, que se respete la voluntad de la persona y que se establezcan controles y salvaguardias pertinentes para evitar los abusos. Estas salvaguardias pueden ser preventivas, pero también paliativas, aquellas que tratan de poner remedio al perjuicio generado por un acto o contrato y que pasamos a analizar.

7. LA EFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL GUARDADOR O POR PERSONA GUARDADA

La ausencia de formalidades que caracteriza el nacimiento de la guarda de hecho hace que las salvaguardias preventivas sean poco eficaces, al menos hasta el momento en que interviene el juez que, como vemos, puede acordar las que estime oportunas. Por ello, adquiere especial importancia el régimen de impugnación de los actos o negocios jurídicos que se hayan podido realizar por el guardador como de los que puede consentir la propia persona guardada.

7.1. Los actos realizados por la persona

Al no existir una medida de apoyo judicial, la persona mantiene intacta su capacidad contractual, aunque exista una guarda de hecho. Así se deduce claramente de la nueva redacción que el Anteproyecto da al artículo 1263, que en su párrafo 2º establece que «las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas». Como acabamos de ver, la guarda de hecho no conlleva limitación alguna ni salvaguardia innata, por lo que la capacidad contractual permanece intacta. Ello provoca que, especialmente en las primeras fases de ciertas enfermedades neurodegenerativas, el riesgo de influencia indebida, de presiones psicológicas, de abuso de debilidad, de chantajes emocionales, etc. lleve a la persona a consentir un negocio jurídico que, de haber mantenido intacta su capacidad, en el sentido de habilidad, para tomar decisiones, no habría consentido y que, además, le pueden suponer un grave perjuicio patrimonial.

Estos actos no podrán ser impugnados más que por la vía ordinaria alegando vicio del consentimiento, probando que en el momento en que se realizó, la persona ya sufría una discapacidad que afectaba a su capacidad en la toma de decisiones.

Plantea dudas de interpretación la nueva redacción dada al artículo 1302, párrafo tercero, que concede legitimación «si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, a la persona con discapacidad y a sus herederos y al Ministerio Fiscal». Ya sabemos que el Anteproyecto convierte en una «propia medida de apoyo» a la guarda de hecho, consideración que impediría aplicar este párrafo. Debería establecerse con claridad si es esa la intención del legislador, teniendo en cuenta que, como hemos visto, esta medida de apoyo no va acompañada de especiales salvaguardias mientras no exista la intervención del juez por lo que, quizás, sería oportuno ampliar todo lo posible la legitimación.

7.2. Los actos del guardador

Respecto de estos, el artículo 262 consagra una regulación semejante a la actualmente vigente de modo que no permite la impugnación de los actos si redundan en su utilidad (de la persona). Nada dice el precepto sobre la voluntad y preferencias de la persona, que no serán tenidos en cuenta para atacar la validez o eficacia del acto si este no le perjudica objetivamente.

¿Qué ocurre con los actos del guardador que causan un perjuicio al patrimonio de la persona? ¿Pueden ser impugnados? ¿Por qué vía? No desde luego por la vía de una

acción de rescisión, ya que la nueva redacción del artículo 1291.1 no incluye como rescindibles los actos realizados por el guardador, sea cual fuere la lesión sufrida.

Ya hemos visto que el ámbito de actuación del guardador de hecho está limitado a los actos de administración ordinaria. Sin embargo, con frecuencia, ocurre en la práctica que el guardador pueda gestionar los bienes de la persona porque exista un mecanismo de «sustitución informal» en la actuación, que lo permite como puede ser, por ejemplo, que el guardador conoce las claves de la tarjeta de crédito o débito de la persona guardada y retira dinero del cajero para hacer frente a los gastos ordinarios. E, incluso, con la generalización de los servicios de banca *on line*, puede gestionar recibos o hacer transferencias para otros pagos, aunque excedan de la administración ordinaria si la persona le ha confiado sus claves bancarias. Estos actos no serán rescindibles y tampoco prevé la reforma la responsabilidad del guardador si los actos no se han realizado en beneficio de la persona y le perjudican. Ello no quiere decir que esté eximido de responsabilidad, ya que se aplicará el régimen general de responsabilidad, pero no estaría de más que el texto, de modo análogo a lo que el nuevo artículo 292 prevé para la curatela, así lo disponga para el guardador de hecho.

Somos conscientes de las dificultades, de lo complicado que es hacer entrar en el texto todos estos extremos referidos a una medida que, como vemos, y a pesar de su nuevo estatuto, nace sin formalidad y, de nuevo, como nos enseñó PORTALIS²⁴, «hágase lo que se haga, las leyes positivas no podrían reemplazar jamás la razón natural en las cuestiones de la vida», «en las materias que atraen especialmente su atención hay multitud de detalles que se le escapan o que son demasiado conflictivos y variables para convertirse en objeto de un texto legal».

8. LA SUFICIENCIA DE LA GUARDA DE HECHO, GARANTÍA DE SU PERMANENCIA

Si de nuevo se nos permite la licencia, terminaremos con la metáfora con la que comenzábamos. La Cenicienta, ya sea la versión de PERRAULT o de los HERMANOS GRIM, necesita, para convertirse en princesa, no solo que el hada madrina la toque con su varita mágica, sino también que eso se acompañe de una carroza, un traje y, sobre todo, unos zapatos de princesa.

Nuestra guarda de hecho solo será princesa, una verdadera institución de apoyo y protección, si se acompaña de un régimen que permita disipar los recelos que despierta y que la convierta, realmente, en una institución SUFICIENTE. Como hemos

²⁴ PORTALIS, J. E. M. (1997): 13.

explicado, la suficiencia exige que se dote al guardador de legitimación para poder realizar actos jurídicos con una cierta agilidad y, al mismo tiempo, que se establezcan las salvaguardias adecuadas, al menos para la generalidad de sus destinatarios, que son los españoles con un patrimonio medio en el que el bien que se ha de proteger es la vivienda habitual. Si se encuentra el equilibrio perfecto entre estas dos premisas, la Cenicienta será princesa más allá de la media noche. De lo contrario, cuando el reloj marque las doce, desaparecerá para dar paso a la curatela, ya sea asistencial o representativa.

Tendremos que esperar a la tramitación parlamentaria para ver si en el camino no se pierden los grandes logros de este Anteproyecto, y el sistema de protección y apoyo de la persona consagra el respeto de su voluntad como principio esencial, sin dejar de lado las salvaguardias que le protegen frente a los abusos. Pero quizás, también podemos soñar con que la tramitación parlamentaria dé un paso más y suponga un cambio de perspectiva aún más profundo, que las instituciones de apoyo y protección sean para el ciudadano un **derecho**²⁵ y que así sean percibidas por él, y no como una imposición o limitación. Esto abriría un nuevo capítulo que la profesora Torres²⁶ tendría que incorporar a su estudio de las evoluciones históricas de estas instituciones.

BIBLIOGRAFÍA

BERGERON, J., (ponente) *Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables (2015/2085(INL))*, 3 de abril de 2017.

BLANCK, P., «"The right to make choices": the National Resource Center for Supported Decision-Making», *Inclusion*, 2015, Vol 3. Nº 1, pp. 24-33.

BOOTH GLEN, K., «Supported Decision-Making and de Human Right of Legal Capacity», *Inclusion* 2015, Vol. 3, nº 1, 2-16.

DINERSTEIN, R. D., «Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road from Guardianship to Supported Decision-Making», *Human Rights Brief* 19, nº 2 (2012), 8-12.

²⁵ La idea de que las medidas de apoyo o protección sean un derecho no es mía. La aprendí hace poco en una sesión de trabajo con personas tuteladas por la Fundación Manantial en la que, a la pregunta de qué cambiarían de la regulación, un tutelado dijo con toda naturalidad que, en vez de hablar de incapacitarnos, que nos digan que «tenemos derecho a que nos ayuden».

²⁶ TORRES GARCÍA, T. F. (2015): 385-408.

FÁBREGA RUIZ, C. F., *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial universitaria Ramón Areces, 2006.

GARCÍA RUBIO, M^a. P., «La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006» *Propostas de modernización do dereito*. García Golda, M. Y Ammermar Yebra, J. (DIR.), 2017, pp. 7- 18.

HARDING, R., AND TASCIOGLU, E., «Supported Decision-Making from Theory to Practice: Implementing the right to Enjoy Legal Capacity», *Societies* 2018, 25, doi: 10.3390/soc8020025.

KOHN, N, BLUMENTHAL, J. A., Y CAMPBELL, A. T., «Supported Decision_making: A Viable Alternative to Guradianship?» *Penn State Law Review* vol. 117:4, 2013, págs. 1111-1157.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Familia*, Marcial Pons, 2014.

LESCANO FERIA, P. A., *La guarda de hecho*, Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, 2017.

MEIER, P., «Les curatelles du nouveau droit de la protection de l'adulte: quelques notions/dispositions-pièges pour la pratique», *FamPra.ch*, 4/2012.

PARRA LUCÁN, M. A., *La voluntad y el interés de las personas vulnerables*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015

PEREÑA VICENTE, M., «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 2016, págs. 3-40.

PORTALIS, J. E. M., *Discurso Preliminar al Código civil francés*, Cuadernos Civitas, 1997

QUINN, G., «Rethinking Personhood: New Directions in Legal Capacity Law and Policy», in www.nuigalway.ie/cdlp.

TORRES GARCÍA, T. F., «La incapacitación: de Don Federico De Castro al momento actual», *Glosas sobre Federico De Castro*, Díez-Picazo, L., (Dir.), Civitas, Thomson Reuters, 2015, págs. 385-408.

Fecha de recepción: 21.09.2018

Fecha de aceptación: 27.09.2018