

# Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad

El Derecho en  
el umbral de la política

Pedro A. Munar Bernat (dir.)

*lege ferenda*



Marcial  
Pons

PEDRO A. MUNAR BERNAT  
(Dir.)

**PRINCIPIOS Y PRECEPTOS  
DE LA REFORMA LEGAL  
DE LA DISCAPACIDAD  
EL DERECHO EN EL UMBRAL  
DE LA POLÍTICA**

Prólogo de  
Antonio Pau

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2021

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Pedro A. Munar Bernat (dir.)

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISBN: 978-84-1381-015-7

Depósito legal: M. 3.025--2021

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)  
MADRID, 2021



# ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO, <i>por Antonio Pau</i> .....	15
PRESENTACIÓN, <i>por Pedro A. Munar Bernat</i> .....	17

## CAPÍTULO I

### UNA CRÍTICA A LOS PRINCIPIOS DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD

*Macario Alemany*

1. A CONTRACORRIENTE .....	21
2. LA IDEA DE PATERNALISMO JURÍDICO .....	25
2.1. Una recaída en el viejo antipaternalismo .....	25
2.2. Las condiciones de justificación del paternalismo jurídico .....	29
3. EL PATERNALISMO JURÍDICO JUSTIFICADO Y EL NUEVO SISTE- MA DE APOYOS .....	31
3.1. La resistencia jurisprudencial al cambio de paradigma.....	31
3.2. Un antipaternalismo desproporcionado en relación con la disca- pacidad mental e intelectual .....	33
3.2.1. El Preámbulo revolucionario.....	33
3.2.2. Un articulado algo más razonable.....	38
4. A VUELTAS CON LO POLÍTICAMENTE CORRECTO .....	43
BIBLIOGRAFÍA .....	44

## CAPÍTULO II

**DE OBJETOS A SUJETOS DE DERECHOS.  
REFLEXIONES FILOSÓFICAS SOBRE EL ART. 12  
DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE  
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

*Patricia Cuenca Gómez*

1. INTRODUCCIÓN .....	47
2. ASPECTOS CENTRALES DE LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 12 EN LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚM. 1 .....	48
3. LOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS DEL TRATAMIENTO DE LA CA- PACIDAD JURÍDICA EN EL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN.....	51
4. RESPONDIENDO A ALGUNAS CRÍTICAS .....	60
5. BREVE REFLEXIÓN SOBRE LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA.....	65
6. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL .....	70
BIBLIOGRAFÍA .....	72

## CAPÍTULO III

**LA REFORMA DEL DERECHO DE SUFRAGIO  
COMO EFECTO FUNDAMENTAL DE LA CONVENCIÓN  
EN EL ÁMBITO DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA.  
ANÁLISIS DE UN PROCESO CONFLICTIVO Y MAL CERRADO**

*Luis A. Gálvez Muñoz*

1. INTRODUCCIÓN.....	77
2. EL CONTEXTO INSTITUCIONAL .....	79
2.1. Contexto institucional internacional.....	79
2.1.1. El Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad.	80
2.1.2. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.....	85
2.2. Contexto institucional español .....	86
2.2.1. La Fiscalía General del Estado .....	86
2.2.2. La jurisdicción ordinaria.....	88
2.2.3. El Defensor del Pueblo.....	90
2.2.4. El Tribunal Constitucional .....	91
3. LOS ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS .....	92
3.1. La Proposición no de Ley de 2013.....	93
3.2. Otras iniciativas .....	94
4. LA TRAMITACIÓN EN LAS CÁMARAS.....	96
4.1. Asamblea de Madrid .....	97

## Índice

	Pág.
4.2. Congreso de los Diputados .....	98
4.3. Senado .....	101
5. LOS DEBATES PARLAMENTARIOS.....	102
5.1. Justificación de las modificaciones normativas.....	102
5.1.1. La supresión de los apartados <i>b)</i> y <i>c)</i> del art. 3.1.....	102
5.1.2. La nueva redacción del art. 3.2 .....	105
5.1.3. La introducción de la disposición adicional 8. <sup>a</sup> .....	107
5.2. Posiciones críticas .....	107
5.2.1. La discrepancia inicial del Partido Popular con la supresión del art. 3.1. <i>a)</i> y <i>b)</i> y la introducción de la disposición adicional 8. <sup>a</sup> .....	107
5.2.2. La discrepancia reprimida de varios grupos con el nuevo contenido del art. 3.2 .....	109
5.3. Otros argumentos a destacar .....	111
5.3.1. La admisibilidad de una reforma limitada .....	111
5.3.2. El reto del voto en condiciones de igualdad.....	112
6. CONSIDERACIONES FINALES .....	113
BIBLIOGRAFÍA.....	115

## CAPÍTULO IV

### DERECHO PENAL Y DISCAPACIDAD A PARTIR DEL NUEVO PARADIGMA DE LA CONVENCIÓN

*Marta Pantaleón Díaz y Leopoldo Puente Rodríguez*

1. INTRODUCCIÓN .....	117
2. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO.....	119
2.1. Discapacidad e imputabilidad.....	119
2.2. La persona con discapacidad como investigada o acusada en el proceso penal.....	127
2.3. Ejecución penitenciaria y discapacidad.....	131
2.4. El internamiento de la persona con discapacidad como medida de seguridad .....	133
2.5. La responsabilidad civil <i>ex delicto</i> de la persona con discapacidad .....	138
3. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO SUJETO PASIVO DEL DELITO.....	140
3.1. El consentimiento de la persona con discapacidad como eximente.....	140
3.2. La esterilización de personas con discapacidad.....	143
3.3. La persona con discapacidad como víctima en el proceso penal..	148

	Pág.
4. CONCLUSIONES .....	150
BIBLIOGRAFÍA.....	151

## CAPÍTULO V

### LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

*Salomé Adroher Biosca*

1. INTRODUCCIÓN .....	157
2. LA CNUDPD Y LA PROTECCIÓN DE LAS SITUACIONES TRANS- FRONTERIZAS .....	162
2.1. Autonomía de la voluntad .....	162
2.2. Apoyo jurídico en el ejercicio de la capacidad y acceso a la jus- ticia.....	163
2.3. Libertad internacional de desplazamientos.....	163
3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD .....	164
4. APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD .....	165
5. LIBERTAD INTERNACIONAL DE DESPLAZAMIENTOS.....	168
5.1. Reconocimiento de documentos y resoluciones .....	168
5.2. Cooperación de autoridades .....	170
6. CONSIDERACIONES FINALES .....	171
BIBLIOGRAFÍA.....	172

## CAPÍTULO VI

### NOTAS SOBRE ALGUNOS PRINCIPIOS Y LAS ÚLTIMAS NOVEDADES DEL ANTEPROYECTO

*Pedro A. Munar Bernat*

1. PROPÓSITO.....	175
2. LAS VICISITUDES HASTA LA VERSIÓN DEFINITIVA DEL ANTE- PROYECTO.....	176
3. LA FILOSOFÍA DE LA PROPUESTA.....	177
3.1. La desaparición de la figura de la tutela .....	179
3.2. Los deseos y preferencia de la persona con discapacidad como criterio preferente .....	182
4. ALGUNAS MODIFICACIONES EN LA ÚLTIMA FASE DE REDAC- CIÓN DEL PLRD.....	184
4.1. Prohibiciones aplicables a quienes encarnan una institución de apoyo .....	184

	Pág.
4.2. El defensor judicial; ¿es o no una medida de apoyo ocasional? ....	185
4.3. Los actos que pueda ejercitar el curador no representativo o el guardador que siempre exigen autorización judicial .....	186
4.4. La legitimación para anular los contratos celebrados por una persona precisada de apoyos sin contar con estos.....	187
BIBLIOGRAFÍA .....	189

## CAPÍTULO VII

### EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PODERES PREVENTIVOS EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

*Montserrat Pereña Vicente*

1. EL RIESGO DE LOS «DERECHOS BOOMERANG» Y EL NIHILISMO JURÍDICO.....	197
2. LOS PODERES PREVENTIVOS, MEDIDA DE APOYO VOLUNTARIA PERO NO LA ÚNICA: EL «NEGOCIO JURÍDICO DE AUTOPROTECCIÓN» .....	202
3. LOS PODERES PREVENTIVOS EN EL PROYECTO: ¿UNA NUEVA REGULACIÓN O UNA NUEVA INSTITUCIÓN?.....	204
3.1. Los poderes preventivos: mandato, poder y representación .....	207
3.2. Poder continuado y <i>ad cautelam</i> : validez, eficacia y acreditación...	211
3.2.1. Requisitos de validez e inscripción de los poderes preventivos: ¿está cerrado el Registro de la Propiedad a los poderes preventivos? .....	211
3.2.2. Eficacia y acreditación de los poderes preventivos .....	217
4. CONTENIDO Y EJERCICIO DE LOS PODERES PREVENTIVOS.....	223
5. LAS CUESTIONES DE CAPACIDAD EN LOS PODERES PREVENTIVOS.....	228
5.1. La capacidad para otorgar un poder .....	228
5.2. La capacidad para ser apoderado o mandatario preventivo .....	230
5.2.1. La capacidad del apoderado propiamente dicha.....	230
5.2.2. ¿Existen causas de inhabilidad para ser apoderado preventivo? .....	231
5.3. La capacidad de la persona cuando el poder ya es eficaz .....	233
5.3.1. La presunción general de capacidad y el art. 1263 .....	234
5.3.2. Las medidas paliativas: la impugnación de los contratos en el proyecto de ley y la nueva redacción del art. 1302 CC .....	235
A MODO DE EPÍLOGO .....	238
BIBLIOGRAFÍA.....	239



## CAPÍTULO VIII

### LA GUARDA DE HECHO A PARTIR DEL NUEVO PARADIGMA DE LA CONVENCIÓN

*Marina Pérez Monge*

1. INTRODUCCIÓN .....	243
2. CONCEPTO DE GUARDA DE HECHO .....	248
3. SISTEMÁTICA .....	249
4. CARÁCTER TRANSITORIO O ESTABLE .....	253
5. SUJETOS .....	257
5.1. Guardador .....	257
5.2. Persona guardada .....	258
6. CONSTATACIÓN, ACREDITACIÓN Y PUBLICIDAD DE LA GUARDA DE HECHO .....	258
7. MEDIDAS JUDICIALES .....	263
8. ACTOS DEL GUARDADOR .....	264
8.1. Eficacia de actos del guardador .....	264
8.2. Actos que puede realizar el guardador .....	264
8.3. Actos impugnables .....	265
8.4. Responsabilidad .....	266
9. DERECHOS DEL GUARDADOR .....	266
10. ACTOS REALIZADOS POR LA PERSONA GUARDADA .....	267
11. EXTINCIÓN .....	268
12. CONCLUSIONES .....	269
BIBLIOGRAFÍA .....	271

## CAPÍTULO IX

### CURATELA Y ASISTENCIA

*Inmaculada Vivas Tesón*

1. IDEAS PRELIMINARES .....	277
2. LA CURATELA COMO PRINCIPAL MEDIDA DE APOYO DE ORIGEN JUDICIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD .....	283
3. SU RÉGIMEN JURÍDICO .....	284
3.1. Nuevo marco normativo y ubicación sistemática en el Código Civil .....	284
3.2. Principios rectores .....	285
3.2.1. Necesidad, proporcionalidad y especificidad .....	285
3.2.2. Subsidiariedad .....	286
3.2.3. Elasticidad .....	287

## Índice

	Pág.
3.2.4. Temporalidad .....	288
3.3. El nombramiento del curador .....	290
3.4. Del ejercicio de la curatela .....	295
3.5. De la extinción de la curatela .....	299
3.6. Régimen transitorio .....	300
4. LA ASISTENCIA .....	301
BIBLIOGRAFÍA .....	302

## CAPÍTULO X

### BREVES NOTAS SOBRE LA REFORMA DEL PROCESO DE PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

*Cristóbal Fco. Fábrega Ruiz*

1. CUESTIONES GENERALES .....	303
2. ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y CONVENCIÓN .....	306
3. DEL MAYOR INTERÉS DEL DISCAPAZ AL RESPETO DE SU VO- LUNTAD .....	308
4. APORTACIONES DE LA CONVENCIÓN .....	309
5. MANTENIMIENTO DEL JUICIO DE CAPACIDAD .....	310
6. NECESIDAD DE UN CAMBIO PROCEDIMENTAL Y DE AJUSTES EN EL PROCEDIMIENTO .....	310
7. ESTUDIO DEL NUEVO PROCEDIMIENTO .....	312
7.1. Competencia territorial .....	312
7.2. Modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas .....	312
7.3. Intervención del Ministerio Fiscal .....	313
7.4. Procedimientos aplicables .....	313
7.5. Personas legitimadas .....	315
7.6. Trámites del procedimiento .....	316
7.7. Medidas cautelares .....	318
7.8. Resolución .....	320
7.9. Disposición transitoria para revisar las medidas ya acordadas .....	321
BIBLIOGRAFÍA .....	321

## CAPÍTULO VIII

# LA GUARDA DE HECHO A PARTIR DEL NUEVO PARADIGMA DE LA CONVENCIÓN \*

**Marina PÉREZ MONGE**

Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Zaragoza

### 1. INTRODUCCIÓN

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en adelante la Convención) y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU). Ambos son tratados internacionales que recogen los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los Estados parte de promover, proteger y asegurar esos derechos.

España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008 y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año<sup>1</sup>.

Asimismo, la Unión Europea, por Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Eu-

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación (financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación): «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos» PID2019-105489RB-I00 (IIPP MAYOR DEL HOYO, M. V., y DE SALAS MURILLO, S.), y del Grupo de referencia de Investigación del Gobierno de Aragón *Ius Familiae* (S30\_20R), cuyo investigador principal es el Dr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ.

<sup>1</sup> Publicado en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648-20659; y núm. 27, de 22 de abril, pp. 20750-20752.

ropea, de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobó este tratado internacional<sup>2</sup>.

En conmemoración de la entrada en vigor de la Convención en España se propone la celebración cada 3 de mayo, a partir de 2019, del Día Nacional de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas<sup>3</sup>.

El art. 12.4 de la Convención titulado «Igual reconocimiento como persona ante la ley» contiene, como indica García Rubio, tres ideas básicas: a) la capacidad jurídica que se menciona en art. 12.2 incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos como la capacidad de ejercerlo; b) el modelo sustitutivo en la toma de decisiones ha de ser reemplazado por el de apoyo a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones, y c) los Estados deben establecer medidas de salvaguarda para asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona<sup>4</sup>.

Desde hace unos años se ha planteado en la doctrina la necesidad de una reforma de nuestro Derecho para adaptarlo a dicha Convención<sup>5</sup>. Afirma Pau recientemente que la reforma del régimen jurídico de la discapacidad es absolutamente indispensable<sup>6</sup>. De hecho, el 21 de septiembre de 2018, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (en adelante, Anteproyecto), por el que se pretende regular la discapacidad intelectual conforme a los principios de la Convención<sup>7</sup>. Parece que se tra-

<sup>2</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea* de 27 de enero de 2010, 2010/48/CE, pp. 35-62. Se puede consultar en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L:2010:023:TOC> (último acceso: agosto de 2020).

<sup>3</sup> Cfr. Resolución de 7 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de febrero de 2019, por el que se establece el día 3 de mayo como Día Nacional de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (BOE núm. 83, de 6 de abril de 2019, p. 35863).

<sup>4</sup> Cfr. GARCÍA RUBIO, 2017: 10-11.

<sup>5</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 2014: 15-27. Muestra de ello es el epígrafe I: El debate sobre la incidencia de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho civil español [...]. Primera interpretación: incompatibilidad del sistema español con las reglas de la Convención. Segunda interpretación: compatibilidad del sistema español con las reglas de la Convención. Afirma en p. 101: «No es un sistema perfecto: presenta, como queda dicho, problemas en su aplicación práctica, y también en su diseño, que conviene resolver. Entre los primeros, cabe mencionar el excesivo recurso, más antes que ahora, a soluciones estereotipadas, no adaptadas a la situación y capacidades reales de la persona con discapacidad psíquica. Entre los segundos, y desde el punto de vista de adecuación de la legislación española a la Convención, debe ser citada la ausencia de un mecanismo legal de revisión periódica, y de oficio, de la situación del incapacitado judicialmente». Cfr. GARCÍA RUBIO, 2018: «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. X, muestra la necesidad de una reforma con el título de su trabajo.

<sup>6</sup> PAU, 2019: 11.

<sup>7</sup> En la referencia del Consejo de Ministros de 21 de septiembre de 2018 se afirma: «El Consejo de Ministros ha informado en primera vuelta el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

ta de una reforma que no se verá afectada por razones políticas, sino que seguirá su curso. De hecho, recientemente, el pasado 8 de julio de 2020 se presentó el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (121/000027)<sup>8</sup>.

Desde la perspectiva del Derecho privado, es relevante la discapacidad que afecta a la capacidad de autogobierno de la persona, y dificulta la adopción de decisiones<sup>9</sup>.

Como es conocido, en Derecho vigente se limita la capacidad para proteger a la persona. En este sentido Martínez de Aguirre afirma, respecto del sistema jurídico-privado español sobre la discapacidad: «Es un sistema cuya finalidad es la protección de la persona con discapacidad intelectual o mental, ya que solo en su beneficio puede establecerse, y en su beneficio ha de ejecutarse (así, art. 216 CC: lo recuerda oportunamente la STS de 29 de abril de 2009)»<sup>10</sup>. Incide Roca Trías en la finalidad protectora de las restricciones a la capacidad en los siguientes términos: «El cambio sustancial del concepto de persona, basado en la dignidad y la consecuencia de la

---

Este Anteproyecto de Ley supone la reforma del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la del Registro Civil, sienta las bases para el cambio del sistema actualmente vigente en nuestra legislación, en el que predomina la sustitución por orden judicial en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y preferencias de estas personas que, como regla general, serán las encargadas de tomar sus propias decisiones.

La idea central de este nuevo modelo es, por tanto, la del apoyo a la persona que pueda tener alguna dificultad en el ejercicio de su capacidad jurídica, lo que tradicionalmente se ha llamado capacidad de obrar. Ello abarca, desde el acompañamiento amistoso, a la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, o incluso, la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad.

La nueva regulación otorga preferencia a las medidas preventivas, es decir, a las que puede tomar la persona interesada en previsión de una futura necesidad de apoyo, como son los poderes y mandatos preventivos, a la vez que potencia otras medidas con carácter externo, como la guarda de hecho. Además, regula las instituciones de la curatela y el defensor judicial y reserva la tutela a los mayores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad. La reforma afecta también a otras normas relativas al Derecho internacional privado, a los actos relativos a la nacionalidad, al matrimonio o la filiación, así como a algunas reglas del Derecho de sucesiones y de contratos.

Las novedades introducidas por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad firmada en Nueva York en 2006, ha obligado desde 2011 a la adaptación del ordenamiento jurídico español en todos sus campos. Este tratado proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con todas las demás, y conmina a los Estados a proporcionar los apoyos pertinentes que estas personas puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica para impedir que se produzcan abusos y vulneración de sus derechos. La discapacidad que había quedado sin regular en España conforme a los principios de la Convención era la discapacidad intelectual, a lo que ahora se da respuesta». Se puede consultar en <https://www.lamondcloa.gob.es/consejodeminiistros/referencias/Paginas/2018/refc20180921.aspx#DISCAPACIDAD> (último acceso: agosto de 2020).

<sup>8</sup> Presentado el 8 de julio de 2020, calificado el 14 de julio de 2020, publicado en *BOCG*. Congreso de los Diputados núm. A-27-1, de 17 de julio de 2020, pp. 1-56. Se abre periodo de enmiendas que finaliza el 17 de septiembre de 2020.

<sup>9</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, 2014: 35; GARCÍA RUBIO, 2018a: 172; 2018b: 30; LÓPEZ SAN LUIS, 2020: 122.

<sup>10</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, 2014: 100.

titularidad de los derechos fundamentales lleva a un planteamiento basado en el ejercicio de estos derechos por parte de quienes tienen suficiente capacidad para hacerlo. Todas las restricciones deben tener como base la protección de la persona»<sup>11</sup>.

Se reflexiona acerca de la flexibilidad que deben tener las medidas de protección de las personas con discapacidad para ajustarse a la concreta discapacidad de cada persona<sup>12</sup> y dichas medidas deben tratar de potenciar la autonomía de la persona con discapacidad<sup>13</sup>.

La labor del Tribunal Supremo desde la entrada en vigor de la Convención es valorada por la doctrina positivamente en los siguientes términos: «El Tribunal Supremo ha allanado el camino de la reforma, aplicando la Convención de Nueva York y garantizando el respeto de sus principios rectores. Es pues, ahora, el momento del legislador. Por ello, debe valorarse positivamente esta propuesta de reforma»<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> ROCA TRÍAS, 2017: 33.

<sup>12</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS (2014: 37) se refiere a que la heterogeneidad de las discapacidades psíquicas y su intensidad, deben ser tomadas en consideración «por la sociedad y el Derecho a la hora de diseñar los específicos mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad psíquica, que deben ser lo suficientemente amplios y flexibles como para que puedan ser útiles para todos los casos con independencia de su origen, de su evolución o intensidad; del mismo modo, la aplicación de dichos mecanismos debe caracterizarse por su adaptación a las peculiaridades de la persona concreta y de la discapacidad que padece». En el mismo sentido, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2019: 20), cree que «es conveniente proponer un variado elenco de medidas que conjuguen las perspectivas de evolución de discapacidades, dolencias y, en su caso, enfermedades de manera gradual y ajustada a los intereses que presente cada persona, de modo que se ofrezcan numerosas alternativas que puedan ajustarse a la conveniencia de cada caso». En el mismo sentido, LLEDÓ YAGÜE (LLEDÓ YAGÜE, F., y MONJE BALMADEA, 2018: 17) afirma: «El sistema de apoyo debe ser diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona adaptándose a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado. Las medidas de apoyo deben cubrir todo el proceso de toma de decisiones pudiendo consistir, en función de cada situación, en la asistencia para la traslación, comprensión y/o evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias, etc. El sistema de apoyo debe ser diseñado como un “continuum”, contemplando apoyos más o menos intensos». En el mismo sentido, «Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad. El notario como apoyo institucional y autoridad pública», elaborada desde la Comisión de Derechos Humanos de la Unión Internacional del Notariado Latino y aprobada por unanimidad en la Asamblea de los Notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, que agrupa a los notariados de 85 países, en Yakarta el 27 de noviembre de 2019, p. 49. Puede consultarse en [http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?uuid=f470505b-87f9-469c-8b68-c5c2a9da7789&groupId=10228](http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=f470505b-87f9-469c-8b68-c5c2a9da7789&groupId=10228) (último acceso: agosto de 2020).

<sup>13</sup> En este sentido, la afirmación de MUNAR BERNAT (2018: 142), al tratar la curatela, podría aplicarse a los apoyos de la persona con discapacidad. Afirma: «Dado que de lo que se trata es de apoyar en la toma de decisiones a la persona necesitada, en cuanto ello sea posible, el curador debe intentar fomentar todas las vías para que a medida que vaya pasando el tiempo esa persona tenga una mayor autonomía y pueda actuar sin necesidad de tal apoyo».

<sup>14</sup> Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2019: 392. En el mismo sentido, CUENCA GÓMEZ (2018: 99), afirma: «Resultado esencial convencer de la necesidad de este cambio para hacer realidad el gran giro que la CDPD impone en la percepción de las personas con discapacidad, esto es, dejar de considerarlas como objetos de protección, asistencia y cuidado, para pasar a contemplarlas como auténticos sujetos de derechos humanos capaces de ejercerlos en condiciones de igualdad». Recientemente, ROCA TRÍAS (2020: 482) afirma sobre la intervención del juez: «El juez es



En la exposición de motivos del Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Proyecto de Ley) se afirma: «Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones»<sup>15</sup>. Muestra de ello es el art. 249.2 del citado Proyecto de Ley: «Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán 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. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro». De este modo, la razón de ser de la actuación deja de ser el mejor interés de la persona con discapacidad, que no se cita en la Convención para centrarse en la voluntad, deseos, preferencias. Debe advertirse que no es unánimemente aceptado por la doctrina<sup>16</sup>. Sin embargo, la Convención se refiere al interés superior del niño en tres ocasiones<sup>17</sup>.

una persona humana, cuyos sentimientos personales pueden llevarle a errar en la aplicación de la ley, tomando decisiones o demasiado indulgentes, o demasiado severas y rayanas en la crueldad. Hoy solo teniendo en cuenta la dialéctica de los derechos y la interpretación que se base en su integración en la ley concreta, puede conseguirse una solución que se acerque al ideal de la justicia. Pero aquí volverá a plantearse el problema: ¿qué derechos? Y ¿van a coincidir con la interpretación social de la norma?».

<sup>15</sup> BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-27-1, de 17 de julio de 2020, p. 2.

<sup>16</sup> SANTOS URBANEJA (2017b: 11-12) considera el interés superior de la persona con discapacidad como criterio rector de toda la actuación. Afirma: «Toda persona con discapacidad tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.

Como criterio general se considera interés superior de la persona con discapacidad aquel que, en relación con sus circunstancias concretas, le reporte mayor calidad de vida y felicidad, apreciado ello conforme a lo manifestado por dicha persona de acuerdo con sus convicciones personales, dentro de los límites legalmente previstos.

Toda persona con discapacidad en la medida que sea posible y aplicando en su caso los instrumentos de apoyo que sean precisos, deberá ser oída respecto de las decisiones que le incumban, debiendo ser respetada su voluntad cuando haya podido válidamente formarse y manifestarse.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior de la persona con discapacidad sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Tras el Anteproyecto, GARCÍA RUBIO (2018a) afirma: «Como creo no puede ser de otra manera, toda la propuesta de regulación está basada en el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales y, en la línea indicada por las Observaciones Generales del Comité de Expertos de la ONU, la de su voluntad, deseos y preferencias, por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés. Este planteamiento de base se hace en la inteligencia de que, como regla general, es la persona con discapacidad y solo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su mejor interés, incluso aunque se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás».

<sup>17</sup> Se cita el interés superior del niño en los arts. 7 y 23 de la Convención.

## 2. CONCEPTO DE GUARDA DE HECHO

La guarda de hecho se puede definir, de acuerdo con la terminología legal vigente tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, como el ejercicio, con respecto a menores o personas que pudieran precisar de una institución de protección y apoyo, de funciones propias de instituciones tutelares, con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia o protección, o de administración de su patrimonio o gestión de sus intereses por personas que no son tutores, curadores ni defensores judiciales<sup>18</sup>.

Ciertamente, la guarda de hecho es una figura que cumple una función social en algunas de las distintas situaciones en las que se puede encontrar una persona con discapacidad, en las que no hay tutor ni curador legal, y que son mucho más frecuentes de lo que pudiera parecer, quizá por ignorancia jurídica de los padres, hijos u otros familiares; y por un rechazo de estos hacia un procedimiento, siempre doloroso y traumático, como es el de la incapacitación<sup>19</sup>.

Esta figura tiene una gran trascendencia en la vida diaria y un enorme impacto en la vida social, por lo que algunos autores han llegado a afirmar que la mayoría de los casos de protección se ejercitan a través de la guarda de hecho<sup>20</sup>. Además, también sucede en relación con personas con deterioro cognitivo progresivo asociado en ocasiones a la edad. En este sentido, García Cantero afirmaba en 2014: «Al cumplirse treinta años de producirse la gran reforma tutelar, quizá ha llegado el momento de analizar su funcionamiento efectivo entre nosotros. Se constata, en efecto, cierta renuencia por parte de los familiares de la persona con discapacidad a interponer un proceso de incapacitación para solicitar el nombramiento del tutor o del curador. En consecuencia, cierto número de enfermos ha concluido así su existencia sin llegar a ser judicialmente incapacitados»<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. PÉREZ MONGE, 2016: 31. Como indica PAU (2020: 11): «El cuidado puede derivar de una relación afectiva que el Derecho eleva a jurídica (caso de los padres, los parientes o los vecinos... que actúan como guardadores de hecho)».

<sup>19</sup> Cfr. LEÑA FERNÁNDEZ, en el prólogo a FÁBREGA RUIZ, 2006: XII. Como es sabido, el concepto de discapacitado se recoge en la Ley 41/03, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, reconociéndose como tales: «Los afectados con una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 y los afectados por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100, dicha situación personal debe ser reconocida por un centro administrativo de valoración o por sentencias judiciales firmes, es decir, en la figura de la discapacidad habría igualmente que diferenciar las figuras del discapaz y del discapacitado, dependiendo de que haya existido reconocimiento institucional o no de la enfermedad».

<sup>20</sup> En este sentido PARRA LUCÁN (2014: 2508), tras constatar el rechazo psicológico a la incapacitación, advierte que «no debe desconocerse que la relajación en las garantías puede impedir una protección adecuada y dejar abierta la puerta a fraudes y abusos».

<sup>21</sup> GARCÍA CANTERO, «¿Persons with disability vs. personas incapacitadas... o viceversa? Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4 (octubre-diciembre de 2014), p. 98. Se puede consultar en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC/issue/view/17/showToc> (última visita: julio de 2020).



Me parece muy oportuna la reflexión de Fábrega Ruiz hace más de diez años acerca de si una persona debe ser incapacitada o no. Afirma: «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 qué es lo que puede hacer por sí misma para conseguir esos objetivos y luego comparar ambos aspectos. Solo 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 art. 200 CC. [...] la declaración de incapacidad no viene a proteger nada que no esté ya protegido, no reporta ningún beneficio, provocando el perjuicio anímico de ver devaluada su situación jurídica a cambio de nada. Podemos decir que en estos casos hay causa de incapacidad (la enfermedad o deficiencia incapacitante por afectar al autogobierno), pero no motivo para incapacitar (ya que las necesidades de autogobierno de la persona están totalmente cubiertas)»<sup>22</sup>.

Asimismo se la ha calificado como «mecanismo protector de los más humildes económicamente»<sup>23</sup>, pues cuando hay un importante patrimonio, es más habitual que la persona esté bajo tutela, en su caso.

No obstante, parece oportuno buscar un equilibrio para que cada persona sea protegida según su necesidad<sup>24</sup>: por ejemplo, mediante la guarda de hecho, la modificación judicial de capacidad o, en su caso, provisión de apoyos. En este sentido, afirma Mayor del Hoyo: «La modificación de la capacidad de obrar tiene como fundamento último la protección y el bien de la persona, sin que, en modo alguno, su dignidad se vea afectada negativamente, sino al contrario»<sup>25</sup>. Así pues, se trata de proteger a cada persona según su necesidad.

Debe tenerse en cuenta el art. 267 del Anteproyecto y 269 del Proyecto, que establecen: «La autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad»<sup>26</sup>. De este modo, si la guarda de hecho es suficiente se mantendrá. En otro caso, se constituirá la curatela adaptada a la concreta discapacidad de la persona.

### 3. SISTEMÁTICA

Respecto de la ubicación de esta materia, el Código Civil no incluye la guarda de hecho entre las instituciones tutelares en el art. 215 (referido a la tutela, curatela y defensor judicial). Sin embargo, algunas regulaciones

<sup>22</sup> FÁBREGA RUIZ, 2006: 2-3. En el mismo sentido, PÉREZ MONGE, 2016b: 32.

<sup>23</sup> Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, 1994: 258.

<sup>24</sup> Cfr. PARRA LUCÁN, 2013: 264; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 2014: 135.

<sup>25</sup> MAYOR DEL HOYO, 2013a: 22.

<sup>26</sup> PEREÑA VICENTE, 2018: 68; TOLDRA ROCA, 2019: 354.

forales, como por ejemplo el Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, establece en su art. 100, titulado «Instituciones tutelares» en su apartado 2: «A la guarda y protección pueden contribuir la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela». De este modo, se integra esta institución pero sin equipararla a las instituciones de guarda y protección contenidas en el párrafo 1.º (tutela, curatela y defensor judicial).

En la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil<sup>27</sup> se mantiene la tutela, y se incluye la guarda de hecho en último lugar entre las instituciones de apoyo<sup>28</sup>.

El Proyecto de Ley excluye la tutela para mayores de edad, e incluye la guarda de hecho en primer lugar entre las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad, junto a la curatela y el defensor judicial. Así, el art. 250 establece:

Las instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

La función de las instituciones de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.

El nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

No podrán ejercer ninguna de las instituciones jurídicas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (coord.), 2018 (última visita: agosto de 2020). En el prólogo se afirma que «España necesita un nuevo Código Civil», y que «esta Propuesta trata de recoger los frutos del saber común y de la experiencia, los frutos de la doctrina y de la jurisprudencia, y someterla a la consulta de los diversos colectivos de juristas, y especialmente de los diversos colegios profesionales de juristas».

<sup>28</sup> El art. 171-2 establece: «El apoyo y cuidado de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de las personas necesitadas de protección se realiza, en los casos en que proceda, mediante:

- a) La curatela.
- b) La tutela.
- c) La asistencia.
- d) Los poderes preventivos.
- e) El defensor judicial.
- f) La guarda de hecho».

<sup>29</sup> El último párrafo se incluyó en Proyecto publicado. No se contenía en el Anteproyecto. Sin embargo, en Cataluña, en determinadas circunstancias se prevé el nombramiento como

El contenido del apartado 2 del Proyecto, relativo a la función de asistencia a la persona respetando su voluntad, deseos y preferencias, se añadió al texto del Anteproyecto, para poner de manifiesto su relevancia e informa toda la norma<sup>30</sup>, como ya había mostrado la doctrina<sup>31</sup>.

Debe tenerse en cuenta que las medidas de origen legal o judicial (guarda de hecho, curatela y defensor judicial), «solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán 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 prefe-

---

guardador de hecho de la persona que ocupa el cargo de director de centros residenciales o sanitarios en que la persona guardada se halle internada. Así se contempla específicamente por el art. 7.3 del Decreto catalán 284/1996, de 23 de julio, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales (en la redacción dada por el Decreto 176/2000, de 15 de mayo).

<sup>30</sup> En la Exposición de motivos del Anteproyecto se afirma: «Siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos, la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer sobre las medidas que se establecen externamente, una vez constatada la necesidad de apoyo. Dentro de las primeras adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela. Dentro de las segundas, conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida por un guardador de hecho —generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera al guardador que acredite la representación, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias». En el mismo sentido, cfr. «Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», 29 de junio de 2020, p. 25. Cfr. PARRA LUCÁN, 2015: 134; PAU, 2018: 5-28; GARCÍA RUBIO, 2018a: 173. En el núm. 21 de la Observación general núm. 1 (2014) sobre el art. 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en el 11.º período de sesiones (31 de marzo al 11 de abril de 2014), se afirma: «Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el art. 12, párrafo 4.º El principio del “interés superior” no es una salvaguardia que cumpla con el art. 12 en relación con los adultos. El paradigma de “la voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior” para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás».

<sup>31</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS, 2014: 142-143; GARCÍA RUBIO, 2018a: 175-176.

rencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro», según el art. 248.

En este sentido conviene distinguir la situación de discapacidad desde el nacimiento de la que se produce posteriormente, en la que más probablemente podrá insistirse en las medidas preventivas, dado que la persona ha podido dejar instrucciones para el caso de discapacidad, o de una progresiva disminución de la **capacidad** de tomar decisiones. Este respeto a su voluntad, deseos y **preferencias** se ha incluido expresamente en el art. 250.2 del Proyecto.

En definitiva, hasta este momento el Código Civil regulaba brevemente la guarda de hecho, y de dicha regulación la doctrina deducía su concepto y requisitos.

La Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil la incluye en último lugar entre los instrumentos de apoyo y cuidado de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de las personas necesitadas de protección.

Con la redacción prevista en el Anteproyecto se define con toda claridad en el art. 250: «Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente».

Se puede observar que el Código Civil vigente y la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil contemplan la tutela para menores y mayores de edad. Sin embargo, el Anteproyecto reserva la tutela solo para menores.

Así pues, sistemáticamente la guarda de hecho ha ido adquiriendo en los textos revisados una progresiva relevancia y parece que evoluciona en el siguiente sentido: en el Código Civil no se incluye expresamente entre las instituciones de protección, en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil se recoge en último lugar, y en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad es la primera que se cita. Todo ello muestra una evolución hacia su consolidación como institución que cumple una función de apoyo estable a una persona con discapacidad.

La guarda de hecho es valorada positivamente en el Informe del Consejo General del Poder Judicial, que pasa a ser una genuina institución jurídica de apoyo sin el revestimiento de una investidura judicial formal, fuera de los casos en los que se requiera la sustitución y representación de la persona con discapacidad<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 2018: 18-19. En la p. 38 se afirma que es una de las «instituciones a las que se dota de un sustrato normativo más sólido y con capacidad para proyectar su utilidad a la mayor parte de las situaciones».



Los apoyos deben tratar de potenciar la autonomía de la persona con discapacidad<sup>33</sup>.

En ocasiones será necesaria la representación, como indica García Rubio: «En la concepción del Comité el nuevo paradigma de la discapacidad proscribía totalmente el apoyo sustitutivo de la voluntad, precisamente porque en la línea que se acaba de citar, el encargado de proveer al apoyo ha de actuar de conformidad con la voluntad y deseos de la persona con discapacidad, y nunca a tenor de la propia voluntad, por más que lo haga “en el mejor interés” de aquella. Sin embargo, la práctica totalidad de los legisladores internos que se han enfrentado al problema han tenido que reconocer que hay situaciones extremas en las que tal reconstrucción es imposible, sencillamente porque, al tratarse de personas nacidas con discapacidades intelectuales y volitivas tan intensas y profundas que les han impedido crear su propia historia vital, no hay voluntad y deseos posibles que reconstruir; en estos casos resulta difícil negar la necesidad de la sustitución en la toma de decisiones, por más que el Comité insista en la negativa absoluta ante esta posibilidad»<sup>34</sup>.

#### 4. CARÁCTER TRANSITORIO O ESTABLE

La doctrina ha discutido si la guarda de hecho es una situación de hecho provisional o si es una institución, ha distinguido la guarda con control judicial o sin él<sup>35</sup>.

Con la escasa regulación vigente se advierte cierta inseguridad jurídica, en diversos aspectos de la misma. No obstante, incluso antes de la reforma de 2015, se ponía de manifiesto la marginalidad legal frente a la centralidad sociológica de la guarda de hecho. En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE se refería a la misma bajo el título «El papel de la guarda de hecho: entre la marginalidad legal y la centralidad sociológica»<sup>36</sup>. Matiza que la guarda de hecho «en su versión judicializada y, por tanto, dotada de garantías que eviten dejar abierta la puerta a fraudes y abusos, puede constituir una forma tuitiva que respeta el espíritu del art. 12.4 de la Convención, proporcional y adaptada a las circunstancias de la persona, aplicable en un plazo breve de tiempo y sujeta a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Pues no puede ignorarse que una guarda de hecho sin controles ni garantías de ningún tipo bien podría entrar en conflicto con las previsio-

<sup>33</sup> En este sentido, la afirmación de MUNAR BERNAT (2018: 142), al tratar la curatela, podría aplicarse a los apoyos de la persona con discapacidad. Afirma: «Dado que de lo que se trata es de apoyar en la toma de decisiones a la persona necesitada, en cuanto ello sea posible, el curador debe intentar fomentar todas las vías para que a medida que vaya pasando el tiempo esa persona tenga una mayor autonomía y pueda actuar sin necesidad de tal apoyo».

<sup>34</sup> GARCÍA RUBIO, 2019: VIII. Cfr. sobre ello, CONSEJO DE ESTADO, 2019: 30.

<sup>35</sup> PARRA LUCÁN, 2014: 2483-2492.

<sup>36</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, 2014: 117.

nes del art. 12.4 de la Convención»<sup>37</sup>. En la doctrina algunos contemplan esta figura con carácter transitorio, previo a la declaración de la modificación judicial de la capacidad; otros autores la consideran con carácter estable si atiende adecuadamente las necesidades de la persona<sup>38</sup>.

El art. 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en su apartado 2, prevé la posibilidad de que el juez establezca «las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal».

El Proyecto añade el párrafo 3.º que faculta al guardador para solicitar en ese momento autorización para realizar actos que requieran acreditar la representación, en el sentido establecido en el párrafo 2.º del art. 263 CC.

También se requerirá dicha autorización para prestar consentimiento en los actos de trascendencia personal, a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento<sup>39</sup>.

En estos casos, antes de tomar una decisión, el juez examinará por sí mismo a la persona con discapacidad, y podrá solicitar un informe pericial de un médico forense para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicita.

Ha de advertirse la dificultad fáctica de que el juez conozca que existe guardador de hecho, debido a que el cumplimiento exclusivo de informar es irrelevante, según la información que he obtenido de las consultas realizadas en los Juzgados aragoneses. Únicamente se tiene conocimiento en los Juzgados cuando se trata de resolver conflictos surgidos de tal guarda, o, bien cuando se trata de instar la incapacitación<sup>40</sup>. En este mismo sentido, De Salas Murillo, aunque parece derivarse del art. 757.3 LEC, tras afirmar que en ocasiones el guardador de hecho se relaciona por ejemplo con el

<sup>37</sup> *Ibid.*: 128.

<sup>38</sup> Cfr. sobre el carácter de la guarda de hecho, PÉREZ MONGE, 2013: 713 y 738; DE SALAS MURILLO, 2016: 257-301.

<sup>39</sup> El Anteproyecto establece en el art. 10: «En el art. 52, se modifica el apartado 1 y se añade un nuevo apartado 3, según se indica a continuación:

1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor o de la persona con discapacidad, y de su actuación en relación con los mismos.

3. Asimismo, el guardador de hecho deberá solicitar ante el juez la autorización para la realización de actos que requieran acreditar la representación, en el sentido establecido en el párrafo 2.º del art. 265 CC. También se requerirá dicha autorización para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona que el guardador de hecho tenga a su cuidado. En estos casos, antes de tomar una decisión, el juez examinará por sí mismo a la persona con discapacidad, y podrá solicitar un informe pericial de un médico forense para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicita».

<sup>40</sup> Cfr. PÉREZ MONGE, 2010: 347-348; 2016a: 1356.

notario, matiza que «sin embargo no será frecuente que sea él quien lo comunique al Ministerio Fiscal»<sup>41</sup>.

Desde otra perspectiva, de acuerdo con lo previsto en el art. 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, la guarda de hecho puede devenir un instrumento de gran utilidad como medio de apoyo de los discapacitados. En esta misma línea se manifiesta el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia: «Este modelo ha sido guiado por la idea de considerar que la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso de la capacidad natural de la persona protegida».

Así pues, en diversas comunidades autónomas se reconoce muy positivamente la función que cumple el guardador de hecho en la labor de atención y cuidados de la persona, como por ejemplo en el art. 225 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia<sup>42</sup>, y en los arts. 156 a 159 del Código del Derecho Foral de Aragón.

Muestra de ello, es la afirmación de PARRA LUCÁN: «Cabe pensar en la perpetuación de situaciones de personas de edad avanzada no incapacitadas cuidadas por familiares, pero también en personas de inteligencia limitada, o con deficiencias o enfermedades o retrasos que requieran apoyos puntuales para actos de trascendencia económica o personal (un trabajo, una intervención médica) pero para las que no se considere beneficiosa una incapacitación»<sup>43</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Leciñena Ibarra<sup>44</sup>. Además advierte que «los repertorios de jurisprudencia nos ofrecen casos de reconocimiento judicial de guardas de hecho, revelando con ello la reorientación de esta guarda hacia una figura tuitiva flexible, sometida a los dictados del juez al que se deberá informar de la situación del guardado y rendir cuentas de su gestión»<sup>45</sup>. Así pues, la realidad nos muestra la importancia sociológica de la guarda de hecho.

En este sentido, Santos Urbaneja, desde una perspectiva práctica como fiscal delegado de la Especialidad Civil y de Protección de las Personas con Discapacidad en la Comunidad Autónoma de Andalucía, considera:

<sup>41</sup> DE SALAS MURILLO, 2011: 170. Cita la autorizada opinión del notario LEÑA FERNÁNDEZ, 1999: 207-209.

<sup>42</sup> En Cataluña algunos matizan que la guarda de hecho no es momentánea, pero sí transitoria, en cuanto que si no se extingue la causa que la motivó, se procede a nombrar, en su caso, un tutor o defensor judicial. Cfr. BOSCH CAPDEVILA, POZO CARRASCOSA y VAQUER ALOY, 2012: 105-106. Se afirma: «Qual cosa confirma que la guarda no és una situació necessàriament momentània, en la mesura que, a més, segons aquest darrer precepte se li poden encomanar al guardador "funcions tutelars", però, hi insistim, si transitòria, ja que si no desapareix la situació que la motiva, el legislador considera que s'ha de procedir, com a norma, a nomenar un tutor o un defensor judicial (art. 225-5.1)». Se puede consultar en <https://www.recercat.cat/handle/2072/179315> (último acceso: agosto de 2020).

<sup>43</sup> PARRA LUCÁN, 2016: 725-726.

<sup>44</sup> LECIÑENA IBARRA, 2018: 561.

<sup>45</sup> *Ibid.*: 564.

«La guarda de hecho debe ser contemplada hoy con normalidad como una más de las instituciones de protección de las personas con discapacidad. Si con ella se proporciona la protección y el apoyo requerido no habrá que dar el paso a medidas más drásticas e invasivas como la incapacitación judicial»<sup>46</sup>. Sobre esta idea, Monje Balmaseda afirma: «Así, la realidad nos demuestra que una persona con discapacidad está adecuada y correctamente atendida por un miembro (muchas veces) del entorno familiar más directo. Y así se ha dicho con razón que la familia sigue siendo un grupo básico de solidaridad»<sup>47</sup>.

En la Propuesta de Código Civil de Asociación de Profesores de Derecho Civil, parece que tiene carácter transitorio.

El Anteproyecto y el Proyecto de Ley incluyen la guarda de hecho entre las instituciones de apoyo. El art. 263 (en coherencia con el art. 250.3 del Proyecto, que coinciden con los arts. 261 y 249<sup>48</sup> del Anteproyecto) establece: «Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente». Así pues, se incluye entre las instituciones de apoyo, y además se le da continuidad, estabilidad en su regulación. Como regla general continúa la guarda de hecho. Se plantea como excepción: la existencia de medidas de naturaleza voluntaria (que

<sup>46</sup> SANTOS URBANEJA, 2017a: 219.

<sup>47</sup> MONJE BALMASEDA, 2019: 137.

<sup>48</sup> El art. 249 del Anteproyecto establece:

«Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad.

El nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente».

En el art. 250 del Proyecto se regula:

«Las instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

La función de las instituciones de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.

El nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

No podrán ejercer ninguna de las instituciones jurídicas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo».



tienen preferencia) o judiciales, con el requisito de que «se estén aplicando efectivamente». De este modo se acepta un concepto amplio de la guarda de hecho, que cumple sus funciones cuando no se aplican «eficazmente» las medidas voluntarias o judiciales.

Del carácter estable de la guarda de hecho deriva la regulación de la extinción de la guarda de hecho en el art. 265 del Anteproyecto y art. 267 del Proyecto.

En este sentido, García Rubio afirma que «a diferencia de la concepción del Código vigente, deja de ser contemplada como una situación provisional destinada a ser sustituida por otra más estable, para pasar a consagrar su permanencia en tanto constituya el apoyo adecuado para la persona necesitada de él. Por consiguiente, la guarda de hecho va a ser considerada como una genuina institución de apoyo a la que se dan mayores posibilidades de actuación eficaz en el tráfico que las que posee en la regulación actual, pues se le permite realizar incluso actuaciones representativas para actos concretos previa autorización judicial, por un procedimiento no contencioso que trata de ser rápido y eficiente»<sup>49</sup>.

Incluso Pereña Vicente plantea la posibilidad de considerar las instituciones de apoyo como un derecho de la persona<sup>50</sup>.

No obstante debe tenerse en cuenta la relevancia de la intervención judicial para garantizar la protección de la persona, como advierte Martínez de Aguirre<sup>51</sup>.

## 5. SUJETOS

### 5.1. Guardador

El Proyecto incluye definición legal en el párrafo 3.º del art. 250: «Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente».

De acuerdo con los párrafos 2.º y 3.º del art. 250 del Proyecto, puede definirse como persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin

<sup>49</sup> GARCÍA RUBIO, 2018: 179. Estas actuaciones, como señala TORRES GARCÍA (2013: 170), en relación con las facultades tutelares del guardador de hecho en el derecho catalán, encuentran su razón en la «duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona lo hagan aconsejable».

<sup>50</sup> PEREÑA VICENTE, 2018: 82.

<sup>51</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS, 2014: 128. En este sentido, LECIÑENA IBARRA (2016: 5) pone de relieve cómo, «con el tenor actual del art. 303 CC, el legislador, influido sin duda por la práctica judicial, ha superado la dimensión retrospectiva de la guarda de hecho para admitir una guarda judicializada, a través de la cual el guardador reconocido judicialmente mantendrá, no solo el cuidado de la persona con discapacidad, sino que también quedará vinculado y legitimado para desarrollar actuaciones patrimoniales en los términos contemplados en el art. 304 CC».

que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente con la función de asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

## 5.2. Persona guardada

Según el art. 250.3, será la persona con discapacidad que necesita apoyo para ejercer su capacidad jurídica, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente<sup>52</sup>.

Lledó Yagüe considera sujetos pasivos de la guarda a «los discapaces mayores de edad y/o emancipados en situación de vulnerabilidad»<sup>53</sup>.

Cuenca Gómez considera sujeto guardado a «toda persona que necesite asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica o toma de decisiones superándose el discurso de la especialidad propio del modelo médico de discapacidad y dándose cobertura a otras situaciones como la de las personas mayores»<sup>54</sup>.

En numerosas ocasiones, las personas con discapacidad guardadas son personas de edad avanzada<sup>55</sup>, que como consecuencia de enfermedades asociadas a la vejez necesitan ser protegidas<sup>56</sup>.

## 6. CONSTATACIÓN, ACREDITACIÓN Y PUBLICIDAD DE LA GUARDA DE HECHO

El propio carácter fáctico de la institución determina la dificultad para justificar el carácter de guardador de hecho. Se ha discutido en nuestra doctrina y se han propuesto diversos medios, con carácter declarativo, para acreditar tal guarda de hecho:

a) Una resolución judicial, que resuelve un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en que se declara frente a terceros la existencia de una

---

<sup>52</sup> Sobre esta cuestión cfr. PEREÑA VICENTE, 2018: 63-66. Debe recordarse que la exposición de motivos del Proyecto en p. 2 se afirma: «La capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos».

<sup>53</sup> LLEDÓ YAGÜE, 2019: 42.

<sup>54</sup> CUENCA GÓMEZ, 2018: 94.

<sup>55</sup> TEJEDOR MUÑOZ (2007: 251) afirma que las personas sometidas a guarda de hecho suelen ser: mayores dependientes, mayores que por carecer de condiciones materiales y afectivas se integran en una familia sin que existan vínculos de parentesco, o mayores que por sus condiciones deberían estar incapacitados, pero no lo están; BERROCAL LANZAROT (2016: 2851) afirma que «no se ha de dudar del impacto que la guarda de hecho tiene en la realidad asistencial de las personas mayores»; MAYOR DEL HOYO (2012: 3225 y ss.) aborda el estudio de la «regulación del acogimiento familiar de mayores desde una óptica civil: Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores, y Ley Foral navarra 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores». En el mismo sentido, PÉREZ MONGE, 2017: 190.

<sup>56</sup> PARRA LUCÁN, 2016: 775 y ss. En el mismo sentido, LECIÑENA IBARRA, 2018: 561 y 564.

situación de guarda de hecho, ejercida por una persona determinada. En este sentido, los jueces están tomando en consideración la idea de entregar certificados acreditativos de esta guarda de hecho para facilitar todos los trámites administrativos o materiales (el manejo de una cuenta corriente para pagar los gastos de la residencia, por ejemplo) que interesan en particular a las personas guardadas<sup>57</sup>.

b) Un decreto del Ministerio Fiscal dictado en expediente informativo.

c) Un acta notarial de notoriedad<sup>58</sup>.

d) El nombramiento como guardador de hecho de la persona que ocupa el cargo de director de centros residenciales o sanitarios en que la persona guardada se halle internada. Así se contempla específicamente por el art. 7.3 del Decreto catalán 284/1996, de 23 de julio, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales (en la redacción dada por el Decreto 176/2000, de 15 de mayo)<sup>59</sup>.

e) Justificación mediante certificado de empadronamiento de que una persona con discapacidad convive con familiar en el mismo domicilio durante un plazo mínimo de un año, como presunción *iuris tantum* para los efectos favorables<sup>60</sup>.

Afirma Santos Urbaneja, respecto de la acreditación de la situación de guarda: «Este es el “talón de Aquiles” de la institución, en el contexto de lo que he denominado “Estado burocrático”. El reconocimiento de la condición de *guardador de hecho* resulta más fácil cuando el guardado es familiar de aquel. Cuanto más cercano es el parentesco, más fácil resulta el reconocimiento. En estos casos, la exhibición del “Libro de Familia» permite, de modo sencillo, la acreditación del parentesco, circunstancia desencadenante de los derechos y obligaciones de la institución de “alimentos entre parientes” (arts. 142 y ss. CC), que impone a estos ciertos deberes de actuación en beneficio del familiar que se encuentra necesitado de protección»<sup>61</sup>. En Aragón, el art. 159 del Código del Derecho Foral de Aragón establece: «Para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida»<sup>62</sup>. Así se puede facilitar la acreditación en los supuestos de personas con discapacidad. No obstante, en la práctica, hasta donde he podido conocer, no se realizan este tipo de

<sup>57</sup> DE SALAS MURILLO, 2003: 253.

<sup>58</sup> Sobre las ventajas inherentes a la intervención notarial y la flexibilización de la forma, cfr. GARCÍA RUBIO, 2018b: 45-46.

<sup>59</sup> FÁBREGA RUIZ, 2006: 16 y ss.; PÉREZ MONGE, 2016a: 1347-1363.

<sup>60</sup> La acreditación de la prueba del parentesco puede resultar relativamente sencilla en caso de relación de filiación, con DNI de padres e hijos; y en el supuesto de hermanos de doble vínculo con sus propios DNI.

<sup>61</sup> SANTOS URBANEJA, 2017a: 213.

<sup>62</sup> El art. 172 del Código del Derecho Foral de Aragón, que regula la composición de la Junta de Parientes, establece: «1. Cuando la composición de la Junta no estuviere determinada, la formarán los dos más próximos parientes capaces, mayores de edad y no incurso en causa de inidoneidad, uno por cada línea o grupo familiar. En igualdad de grado, será preferido el de más edad, salvo entre ascendientes, en cuyo caso se preferirá al de menos».

documentos ni se utiliza este medio en las oficinas bancarias para acreditar la condición de guardador de hecho.

En este sentido, Elósegui Sotos ya proponía en 2010 la jurisdicción voluntaria como el «cauce adecuado» para los casos en que la guarda de hecho funcione adecuadamente, y se requiere alguna fórmula sencilla para resolver algún problema puntual<sup>63</sup>.

La primera de estas propuestas ha sido asumida en el art. 261.2 del Anteproyecto, en los siguientes términos por ejemplo: «Cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria»<sup>64</sup>. De este modo se facilita la actuación del guardador de hecho. En este sentido afirma Serrano García: «Esta propuesta me parece encomiable y muy útil para resolver numerosas situaciones en las que no parece necesario seguir todo el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo para las personas con discapacidad, sino, únicamente, realizar un determinado negocio jurídico (estoy pensando en la autorización judicial para vender un bien)»<sup>65</sup>. En relación a la necesidad de enajenar un bien, valora positivamente que, con la reforma prevista en el Anteproyecto, ya no será necesario que se abra todo un procedimiento general por el que la autoridad judicial provea de los apoyos precisos, sino que bastará la autorización ju-

<sup>63</sup> ELÓSEGUI SOTOS, 2010: 251.

<sup>64</sup> En la práctica judicial, cuando he tratado de averiguar el número de solicitudes de guarda de hecho, el letrado del Juzgado Decano de Zaragoza me ha informado que «desde 1 de enero de 2017 a 22 de junio de 2018 las posibles solicitudes de guarda de hecho están englobadas dentro de los “Actos de Jurisdicción Voluntaria en asuntos de familia en general”, por lo cual no se puede determinar cuáles de ellas lo son de las características solicitadas. Si se pueden determinar que fueron repartidas por la clase general 101, 100 y 101 demandas de jurisdicción voluntaria general a los juzgados de familia, Cinco, Seis y Dieciséis».

<sup>65</sup> SERRANO GARCÍA, 2020: 83. En el mismo sentido, SANTOS URBANEJA (2017a) afirma: «Por ejemplo: el familiar que cuida al abuelo con alzheimer. Esta situación existe y se desarrolla al margen de ningún “documento oficial” pero si la familia solicita a la Administración competente un recurso derivado de la Ley de las Dependencias, entonces se plantea la cuestión de la documentación de dicha situación “de hecho”».

Fue precisamente la entrada en vigor de la conocida como “Ley de las Dependencias”, la que planteó con toda crudeza lo irracional de nuestro sistema actual de acreditación de la representación y, de paso, ha venido a dar un gran impulso al reconocimiento de esta institución protectora.

El hecho de que fuesen cientos de miles las peticiones que llegaron a las administraciones competentes solicitando el inicio del procedimiento de reconocimiento de la dependencia, hizo pensar a las autoridades que no tenía ningún sentido incapacitar a cientos de miles de personas para que, tras un procedimiento judicial que bien puede durar un año, designar un tutor para solicitar el inicio del procedimiento de reconocimiento de aquel derecho.

En este momento las administraciones volvieron los ojos hacia la olvidada y denostada “guarda de hecho” y lo que dispone el tantas veces recordado art. 304 CC: “Los actos realizados por el guardador de hecho en beneficio del presunto incapaz, no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”.

Resultaba evidente que lo que el guardador solicitaba redundaría en beneficio y utilidad de la persona con discapacidad que no contaba con capacidad para decidir por sí misma (presunto incapaz)».

dicial para el caso concreto, previo examen de las circunstancias, que el guardador de hecho se encargará de procurar a través de un procedimiento más sencillo de jurisdicción voluntaria en el que, en coherencia con el respeto que merece la persona con discapacidad interesada, esta habrá de ser oída inexcusablemente»<sup>66</sup>. En efecto, el art. 263 del Proyecto añade al texto del Anteproyecto el requisito de que la persona interesada habrá de ser oída en el expediente referido. Es un acierto que el Proyecto recoja expresamente en su texto la intervención de la persona con discapacidad.

Con otro planteamiento, Santos Urbaneja afirma: «Hay que dejar muy claro que la guarda de hecho y la habilitación para actuar del guardador provienen directamente de la ley, no de un documento o resolución judicial o administrativa previa. Esto resulta difícil de entender. En la época del estado burocrático está extendida la sensación, tanto entre el ciudadano medio como entre los funcionarios, que sin “papeles” no se puede actuar. Pues resulta que no, que el guardador de hecho recibe sus facultades de actuación directamente de la ley, habilitación general de actuación (art. 304)».

No obstante, hay supuestos en los que no es precisa tal autorización. Así, por ejemplo, el párrafo 5.º del art. 261 del Anteproyecto establece: «No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar».

No obstante en numerosos supuestos se prevé la autorización judicial, como se muestra en los párrafos 2.º y 3.º del propio art. 261<sup>67</sup>.

La posibilidad de que el guardador de hecho pueda poner en conocimiento del juez en Aragón es valorada positivamente por Lledó Yagüe y Monje Balmaseda, si bien la realidad práctica en los últimos años es que no se realizaba, y únicamente acudía al juez en caso de conflicto.

Respecto a la publicidad en el Registro Civil del guardador, en la LRC de 2011, en su art. 40, se prevé la anotación preventiva de la guarda de hecho<sup>68</sup>. Como indicaba Leciñena Ibarra, «aunque el art. 299 AT esta-

<sup>66</sup> MUÑOZ CALVO, 2020: 431.

<sup>67</sup> «Cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Esta le podrá ser concedida, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso. La autorización judicial podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo.

En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial por el proceso indicado en el párrafo anterior, para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando esta no pueda prestarlo».

<sup>68</sup> Art. 40. Anotaciones registrales.

«1. Las anotaciones registrales son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo los casos en que la ley les atribuya valor de presunción.



blece que las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo habrán de inscribirse en el Registro Civil, la posibilidad de inscripción del auto reconociendo guardador no se ha previsto en la reforma de la Ley del Registro Civil ideada por el Anteproyecto, cuyo art. 4.11 insiste en que se inscribirán: "Las sentencias dictadas en procedimientos de provisión de apoyos a personas con discapacidad". El auto reconociendo guardador ni es una sentencia ni se dicta en el marco de un procedimiento de provisión de apoyos, por lo que su reflejo registral solo podría venir por la vía de la anotación registral del art. 40.3.9.29. Dudo que tal situación responda a un descuido, siendo el resultado lógico de una valoración consciente de la virtualidad declarativa de tal resolución que justificaría que su publicidad careciera del valor probatorio que proporciona la inscripción»<sup>69</sup>.

En la redacción del proyecto publicado en el *BOCG* se regula su inscripción, en el art. 302, que establece: «Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo habrán de inscribirse en el Registro Civil»<sup>70</sup>.

2. Las anotaciones registrales se extenderán a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado.

3. Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos:

1.º El procedimiento judicial, administrativo o registral en trámite que pueda afectar al contenido del Registro Civil.

2.º El hecho cuya inscripción no pueda extenderse por no resultar, en alguno de sus extremos, legalmente acreditado.

3.º Las declaraciones con valor de presunción.

4.º El hecho o acto relativo a españoles o acaecido en España que afecte a su estado civil, según la ley extranjera.

5.º La sentencia o resolución extranjera que afecte al estado civil, en tanto no se obtenga el exequátur o el reconocimiento incidental en España.

6.º La sentencia o resolución canónica cuya ejecución en cuanto a efectos civiles no haya sido decretada aún por el Tribunal correspondiente.

7.º La desaparición.

8.º Las actuaciones tutelares y de otras figuras tuitivas previstas en la ley, en los casos que reglamentariamente se determinen.

9.º El acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho.

10.º Aquellos otros hechos o actos cuya anotación se prevea en esta u otra ley».

<sup>69</sup> LECIÑENA IBARRA, 2019: 307.

<sup>70</sup> Así se prevé en el art. 2 del Proyecto, relativo a la Modificación del Código Civil, en su apartado «Veinticuatro», que establece: «Se introduce un nuevo Título XIII en el Libro I, con la siguiente rúbrica y contenido:

#### TÍTULO XIII

##### Disposiciones comunes

##### Art. 302.

Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo habrán de inscribirse en el Registro Civil.

##### Art. 303.

Cuando las resoluciones judiciales afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles, se inscribirán en el Registro de la Propiedad de conformidad

Ciertamente el auto es una resolución judicial, como se prevé en el art. 206 LEC, relativo a las clases de resoluciones, según el cual: «1. Son resoluciones judiciales las providencias, autos y sentencias dictadas por los jueces y Tribunales». Por ello, con la redacción prevista en el Proyecto el auto reconociendo guardador podría ser inscrito en el Registro Civil, puesto que es una resolución judicial sobre medidas de apoyo, según el art. 250<sup>71</sup>.

Respecto de la consideración de la resolución judicial que declara la guarda de hecho, Santos Urbaneja afirma: «La resolución judicial declarando la existencia de una situación de guarda de hecho disipa los temores y objeciones de funcionarios y organismos sobre tal condición.

No obstante lo anterior, es preciso insistir en la idea de que el guardador recibe sus facultades de actuación directamente de la ley y que, en caso de que medie resolución judicial al respecto, esta no es constitutiva (no hace nacer) la institución, sino que declara que existía, al tiempo que puede establecer medidas de control o facultades de actuación en los términos que ya se han señalado»<sup>72</sup>.

## 7. MEDIDAS JUDICIALES

El art. 303 vigente concede al juez la facultad de indagar acerca de la guarda de hecho de la que tenga conocimiento requiriendo al guardador para que le informe de la situación de la persona y bienes del menor o persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y en general, sobre su actuación hasta ese momento.

El art. 263 del Anteproyecto y el art. 265 del Proyecto prevén: «A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias.

Todo ello se prevé de acuerdo con el art. 52 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento.

---

con la legislación registral. Las demandas correspondientes podrán ser objeto de anotación preventiva».

<sup>71</sup> El art. 250 del Proyecto establece: «Las instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial».

<sup>72</sup> SANTOS URBANEJA, 2017b: 39. SANTOS URBANEJA (2017a: 216) se refiere a que las actuaciones más frecuentes demandadas por los guardadores de hecho son peticiones de intervenciones sanitarias, a los bancos o asistenciales y derecho a recibir información.

## 8. ACTOS DEL GUARDADOR

### 8.1. Eficacia de actos del guardador

Con anterioridad a la reforma de 1983, se discutía acerca de la posible impugnación de los actos realizados por el guardador. Algunos autores los consideraban nulos por haber sido realizados por una persona no legitimada por autorización o representación legal según lo previsto en el art. 1259. No obstante, otros autores, para no causarle perjuicios a la persona guardada, trataban de justificarlos mediante la aplicación de las normas relativas a la gestión de negocios ajenos.

Tras las polémicas doctrinales —previas a la reforma de 1983, que introduce este precepto— acerca de la eficacia de los actos realizados por el guardador de hecho, el legislador español considera válidos los actos realizados siempre que hayan redundado en utilidad o beneficio del menor o presunto incapaz, de acuerdo con el art. 304 CC, que 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».

Para que estos actos sean eficaces deben concurrir los siguientes requisitos: que el guardador haya actuado en interés del guardado y que el acto haya redundado en utilidad del guardado<sup>73</sup>.

El art. 262 del Anteproyecto mantiene el criterio de la utilidad para impedir la impugnación de actos realizados por el guardador. Sin embargo, el art. 264 del Proyecto opta por el criterio de la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se presta el apoyo<sup>74</sup>, cambio que resulta más coherente con el art. 12 de la Convención.

### 8.2. Actos que puede realizar el guardador

Las actuaciones más frecuentes demandadas por los guardadores de hecho son peticiones de intervenciones sanitarias, a los bancos o asistenciales y derecho a recibir información.

Algunos autores incluyen actos de disposición<sup>75</sup>, otros los limitan a actos de administración<sup>76</sup>. Parece que, aun advirtiendo que es un tema discutido, es más probable la limitación a los actos de administración, según la dicción del art. 263 del Proyecto, que establece: «Cuando la naturaleza

<sup>73</sup> Cfr. PÉREZ MONGE, 2016a: 1357-1359.

<sup>74</sup> Cfr. sobre ello GARCÍA RUBIO, 2018a: 180.

<sup>75</sup> LECIÑENA IBARRA, 2019: 310. En este sentido SANTOS URBANEJA (2017: 17) proponía *de lege ferenda* que el guardador de hecho pueda realizar actos de disposición previa autorización judicial de dicho acto.

<sup>76</sup> PEREÑA VICENTE, 2018: 77.



del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria en el que habrá de ser oída la persona interesada. La autorización podrá ser concedida, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso. La autorización judicial podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo». En la versión del Anteproyecto se incluía como párrafo distinto la última frase. Serían admisibles dos interpretaciones:

a) Solo puede realizar actos de administración, y b) puede realizar actos de disposición con autorización para ese acto concreto, y se admite autorización para una pluralidad de actos de administración. Por ello, con la debida autorización judicial oída la persona con discapacidad y quienes considere el juez puede ser una garantía suficiente que facilite la labor del guardador en tantas ocasiones en que actúa correctamente, y por otro lado probablemente es garantía para detectar en su caso eventuales abusos.

El Proyecto exige autorización judicial para determinados actos, y otros pueden ser realizados sin ella. No obstante, si se prevé diferencia de opiniones entre guardador y guardado sería oportuno que se facultase al guardador para solicitar autorización judicial mediante expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se manifestase la persona guardada, porque se deba atender no a la voluntad del momento, sino a la trayectoria vital como prevé el art. 249.

De este modo, se podrán realizar actos de la vida corriente sin que la validez de los actos se vea afectada<sup>77</sup>.

Es oportuno el art. 251 del Proyecto que incluye determinadas prohibiciones de adquirir al guardador con determinadas limitaciones.

### **8.3. Actos impugnables**

El art. 262 del Anteproyecto establece: «Los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de esta no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad». Respecto de esta regulación, García Rubio afirma en relación con los actos realizados por el guardador que no hayan redundado en utilidad del guardado: «Lo que plantea la necesidad de concretar el concepto de utilidad, término que, a mi juicio, debe ser ahora interpretado de conformidad con los nuevos parámetros; por tanto, no ha de pivotar sobre la idea de mejor interés de la persona con discapacidad, mucho menos si se trata del mejor interés económico; más bien ha de entenderse la utilidad en el sentido subjetivo

<sup>77</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 2014: 143.

de lo que como tal hubiera considerado el necesitado de apoyo»<sup>78</sup>. En este sentido, el Proyecto establece en su art. 264: «Los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de esta no podrán ser impugnados si responden a su voluntad, deseos y preferencias».

#### 8.4. Responsabilidad

En la exposición de motivos del Proyecto se afirma: «Asimismo, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno. Para mantener la coherencia del sistema, la reforma hace también necesaria la modificación de dos preceptos del Código Penal en materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo, y la disposición adicional primera para adaptarla a la nueva regulación. Se aprovecha la reforma para corregir el error que implicaba la referencia a los imputables».

Los cambios incluidos por el Proyecto suponen un planteamiento diferente, cuya aplicación mostrará su relevancia.

#### 9. DERECHOS DEL GUARDADOR

Respecto de la aplicación de las reglas de la tutela a la guarda de hecho, la doctrina mayoritaria considera que le es aplicable al guardador de hecho lo que, con respecto a derechos y obligaciones, establece la ley para el tutor porque ambos son órganos estables y de actuación habitual, por lo que se aplicarían por analogía. Otro sector doctrinal, que considera que la guarda de hecho tiene carácter transitorio, entiende que no es posible aplicar la analogía puesto que ambas figuras responden a una *ratio* diferente. Por todo ello, consideran que la ausencia de una regulación más completa no se debe a una laguna, sino a una decisión consciente del legislador que solo equipara guarda legal y de hecho en lo relativo al deber de información e indemnización.

El art. 266 del Proyecto establece: «El guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños de-

---

<sup>78</sup> GARCÍA RUBIO, 2018a: 180. En el mismo sentido, afirma en GARCÍA RUBIO (2017): «Si la voluntad, deseos y preferencia del interesado no existen o no pueden manifestarse de modo alguno, habrá de aplicarse el orden legal establecido porque es el subsidiario para el caso, sin que sea precisa referencia alguna al mejor interés».

rivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo».

Probablemente sería oportuno exigir expresamente la ausencia de culpa en la actuación del guardador.

## 10. ACTOS REALIZADOS POR LA PERSONA GUARDADA

En principio, la persona con discapacidad sujeta a guarda de hecho tiene capacidad de obrar plena.

En cuanto a quién podrá impugnarlos, el art. 1302 del Anteproyecto establece:

Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo, por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan, o por sus herederos, durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.

Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal.

Las personas capaces para contratar no podrán, sin embargo, alegar la minoría de edad o la discapacidad de aquellos con los que contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato.

En el Proyecto se ha suprimido la legitimación a «aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo».

Ciertamente, en el Anteproyecto de 2018 se preveía la posibilidad de que el guardador de hecho, junto a las otras instituciones de apoyo, pudieran impugnar contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas. Esta posibilidad se ha suprimido en el Proyecto publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*.

Esta modificación es coherente con el planteamiento de la reforma de respetar la voluntad de la persona. No obstante, puede volverse en su contra, por dos razones:

a) Puede dejar sin protección a la persona con discapacidad, que tenía un apoyo porque lo necesitaba; y sin embargo no podrá actuar para impugnar.

b) Puede disuadir a terceros a contratar con personas con discapacidad, debido al riesgo de impugnación por parte de la persona con discapacidad según su voluntad «cuando dichas medidas» se extingan.

Si prospera, y es derecho aplicable, convendrá esperar para ver su evolución. Probablemente convendría que el guardador pudiera impugnar.

## 11. EXTINCIÓN

Dado que el Código Civil contempla la guarda de hecho más bien con cierto carácter transitorio, no prevé de modo expreso su extinción, puesto que es consustancial al planteamiento de la misma.

En la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, el art. 180.4 recoge como causas de extinción: la desaparición de las causas que motivaron la guarda de hecho y la decisión judicial, con la correspondiente rendición de cuentas si procede a juicio de la autoridad judicial.

En el art. 265 del Anteproyecto y el art. 267 del Proyecto se contienen las cuatro causas de extinción de la guarda de hecho.

1.º Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo.

En primer lugar es la voluntad de la persona a quien se presta el apoyo.

Quiero recordar que el nuevo sistema está basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal.

Es perfectamente coherente con el art. 248 del Anteproyecto y el art. 249 del Proyecto, en el que se exige dicho respeto a quien actúe como institución de apoyo con funciones representativas y al propio juez.

Por todo ello, si la persona a quien se preste apoyo solicita que el apoyo se organice de otro modo, así deberá cumplirse. Hago notar que no se trata de organizar la guarda de hecho de otro modo, sino que se extingue la guarda de hecho porque la persona con discapacidad solicita que el apoyo, que reconoce necesitar, se organice de una manera diferente. Ciertamente, puede tratarse de un conflicto de intereses, de que prevé una futura necesidad de otro tipo de apoyo, o pudiera pensarse en una interpretación amplia, que quiere designar a una persona diferente.

2.º Cuando desaparezcan las causas que la motivaron.

Este apartado quizá sería una cláusula de cierre, donde pudieran incluirse supuestos muy variados. Así, por ejemplo, podría pensarse en la mejora de esta persona con discapacidad<sup>79</sup> que puede llevar a la ausencia de medidas de apoyo, o a la eficacia de medidas voluntarias o judiciales.

---

<sup>79</sup> En el Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se reconoce la evolución de la discapacidad en los siguientes términos:

«e) *Reconociendo* que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Ciertamente, se apuesta por un concepto amplio de guarda de hecho que incluye por expresa dicción legal los supuestos en que puedan existir medidas de apoyo que no se aplican eficazmente.

3.º Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública a la que se refiere el art. 253.

Las razones que llevan a desistir pueden ser variadas, pero en todo caso la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal muestra la eventual intervención judicial.

No obstante, no conozco datos respecto al cumplimiento de esta obligación del guardador de hecho, si bien estaría relacionada con la dificultad para conocer en la práctica si tiene, y en su caso quién es el guardador de hecho de determinadas personas que no han necesitado realizar actos jurídicos en que se les identifique.

4.º Cuando, a solicitud de Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.

## 12. CONCLUSIONES

1. La guarda de hecho es una medida de apoyo a las personas con discapacidad, junto a la curatela y el defensor judicial, de carácter estable, de acuerdo con los arts. 250 y 263.

2. La función de asistencia a la persona respetando su voluntad, deseos y preferencias se añadió de modo expreso en el apartado 2 del art. 250 del Proyecto (no se incluía en el correlativo art. 249 del Anteproyecto) para poner de manifiesto su relevancia: «La función de las instituciones de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias». También en el art. 249 se exige dicho respeto a quien actúe como institución de apoyo con funciones representativas y al propio juez.

3. El Proyecto incluye un concepto amplio de guarda de hecho, puesto que es compatible con supuestos en que existan medidas voluntarias o judiciales, si no se están aplicando eficazmente. El auto reconociendo guardador podría ser inscrito en el Registro Civil y, en su caso en el Registro de la Propiedad de acuerdo con los arts. 302 y 303.

4. El Proyecto excluye del ejercicio como guardador de hecho a quienes presten servicios asistenciales en el art. 250.6. En los supuestos en que la guarda funciona bien, puede tratarse de un obstáculo. Sin embargo, probablemente se trata de evitar abusos. *De lege ferenda*, quizá convendría suprimirlo porque en todos los casos que la guarda de hecho cubre las necesidades de la persona puede provocar problemas de gestión esta previsión, y se podrían prever revisiones periódicas.

5. Cuando sea necesario acreditar la representación, quien ejerza la guarda de hecho solicitará autorización judicial, a través de expediente de jurisdicción voluntaria. El Proyecto requiere expresamente que debe ser oída la persona interesada. Respecto a los actos que puede realizar, se incluye en el mismo párrafo la limitación a actos de administración ordinaria (en el Anteproyecto no se contenía en el mismo párrafo). *De lege ferenda*, si se trata de un acto aislado, y con los debidos controles judiciales, pudiera contemplarse la autorización judicial para realizar actos de disposición, aunque en algunos supuestos podría resolverse mediante el nombramiento de un defensor judicial. Para actos de administración, la autorización judicial puede incluir varios.

6. Es oportuna la necesaria autorización judicial para prestar consentimiento en actos de trascendencia personal. No se requiere cuando se solicite prestación económica siempre que no suponga un cambio significativo en la forma de vida o para actos sobre bienes de escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. *De lege ferenda*, se podría facultar expresamente a quien ejerce la guarda para solicitar autorización judicial en aquellos supuestos en que pueda preverse un eventual conflicto.

Una propuesta de regulación del art. 263 del Proyecto podría incluir el siguiente texto:

Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad, continuará en el desempeño de su función, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente.

Cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria en el que habrá de ser oída la persona interesada.

La autorización podrá ser concedida, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso para cada acto de disposición.

Se podrá solicitar autorización judicial para uno o varios actos de administración ordinaria que sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo.

No será necesaria autorización judicial cuando el guardador realice actos de disposición sobre bienes de la persona con discapacidad que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona.

En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial a través del proceso indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos de trascendencia personal, a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento.

7. Respecto a la impugnación de los actos realizados por el guardador solo se podrán impugnar si no responden a la voluntad, deseos o pre-



ferencias, según el art. 264 del Proyecto. En el art. 262 del Anteproyecto el límite era que el acto redundase en utilidad de la persona. Aun cuando esta previsión del Proyecto es coherente, *de lege ferenda*, quizá como último recurso pudiera tenerse en cuenta la utilidad que le produzca. Probablemente, en la interpretación de la voluntad, la persona con discapacidad, habitualmente, no pretenderá impugnar actos que redunden en su utilidad. Por ello, quizá pueda integrarse la utilidad en cuanto que forma parte, en muchas ocasiones, de la voluntad de la persona.

8. La autoridad judicial puede requerir información sobre su actuación y rendición de cuentas en cualquier momento.

9. El guardador de hecho tiene derecho con cargo a los bienes del guardado: a) al reembolso de gastos, y b) a la indemnización por los daños derivados de la guarda. *De lege ferenda*, añadiría la ausencia de culpa del guardador como requisito de este derecho.

10. Dado que la guarda de hecho se concibe expresamente como una medida de apoyo estable en el Proyecto, se regula su extinción en el art. 267 por causas subjetivas (del guardador o guardado), objetivas (desaparición de causas que las motivaron), o judiciales.

Los preceptos relativos a la guarda de hecho en el Proyecto ofrecen una completa y acertada regulación de esta materia, que facilitará la labor de los guardadores de hecho, y a su vez descargarán a los tribunales de trabajo, puesto que si se permite que el guardador realice actos de disposición se evitarán numerosos procesos de modificación judicial de la capacidad con la correspondiente autorización judicial, o de provisión de apoyos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M., 1993: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid: Trivium.
- ÁLVAREZ LATA, N., 2006: «Comentario a los artículos 303 a 306», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor: Aranzadi: 477-481.
- ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018.
- ARROYO AMAYUELAS, E. A., 2019: «El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad», *Revista de Bioética y Derecho*, 45: 127-147.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (coord.), 2018: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos. Se puede consultar en <http://www.derehocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil>.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 1986: «Comentario a los artículos 303 a 306», en AMORÓS GUARDIOLA y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coords.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid: Tecnos, 784-794.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., 2016: «La revitalización de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (I)», *RCDI*, 757: 2845-2868.

- BOSCH CAPDEVILA, E.; POZO CARRASCOSA, P., y VAQUER ALOY, A., 2012: *Les institucions de protecció de la persona en el dret civil de Catalunya*, Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya). Se puede consultar en <https://www.recercat.cat/handle/2072/179315> (última visita: julio de 2020).
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO, 2019: «Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad. El notario como apoyo institucional y autoridad pública». Puede consultarse en [http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?uuid=f470505b-87f9-469c-8b68-c5c2a9da7789&groupId=10228](http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=f470505b-87f9-469c-8b68-c5c2a9da7789&groupId=10228).
- COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: «Observación general núm. 1 (2014) sobre el art. 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en el 11.º periodo de sesiones (31 de marzo al 11 de abril de 2014)». Se puede consultar en <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>.
- CONSEJO DE ESTADO, 2019: «Dictamen núm. 34/2019, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018, con fecha de 11 de abril de 2019». Se puede consultar en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34> (último acceso: agosto de 2020).
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 29 de noviembre de 2018. Se puede consultar en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad> (último acceso: agosto de 2020).
- CUENCA GÓMEZ, P., 2018: «Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 38: 82-101.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., 2019: *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Madrid: Reus.
- DE SALAS MURILLO, S., 2003: *Responsabilidad civil e incapacidad, La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- 2011: *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, Cizur Menor: Aranzadi.
- 2016: «Incidencia de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en la regulación relativa a las personas con discapacidad», en ARECES PIÑOL, M. T. (coord.), *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: jurisdicción voluntaria*: 257-301.
- 2018: «Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 5: 1-32.
- ELÓSEGUI SOTOS, A., 2010: «Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal», en DE SALAS MURILLO (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, 245-256.
- FÁBREGA RUIZ, C. F., 2006: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Madrid: Universitaria Ramón Areces.
- 2010: «Realidad nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado», en DE SALAS MURILLO (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza: El Justicia de Aragón: 293-338.



- GARCÍA ALGUACIL, M. J., 2015: «El difuso equilibrio entre autonomía y protección: algunos instrumentos de asistencia a la luz de la Convención», *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, 9 (1): 91-130.
- GARCÍA CANTERO, G., 2012: «Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad», *Revista Jurídica del Notariado*, 82: 207-227.
- 2014: «¿Persons with disability vs. personas incapacitadas... o viceversa? Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español», *Revista de Derecho Civil*: 67-106.
- GARCÍA RUBIO, M. P., 2017: «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», en GARCÍA GOLDAR, M. y AMMERMAN YEBRA, J. (dirs.), *Propuestas de modernización del derecho*, Santiago de Compostela: Xunta de Galicia: 7-18.
- 2018a: «La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, X: 143-192.
- 2018b: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, 3 (V): 29-60.
- 2019: «Prólogo», en ESPEJO YAKSIC, N. (coord.), y LATHROP GÓMEZ, F. (ed.), *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters: 5-9.
- «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, 3 (V): 173-197.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., 1992: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona: Bosch.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., 2019: «La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018», en DE SALAS MURILLO, S., y MAYOR DEL HOYO, M. V. (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch: 361-394.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., 1994: *Principios de Derecho civil*, t. I, Madrid: Trivium.
- LECIÑENA IBARRA, A., 2014: «Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación *ex voluntate* y figuras tutelativas de apoyo», en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., y LECIÑENA IBARRA, A. (coords.), *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 131-182.
- 2015: *La guarda de hecho de las personas mayores*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- 2016: «La nueva dimensión de la guarda de hecho de las personas con discapacidad tras la reforma del art. 303 CC por la Ley 26/2015, 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista de Derecho de Familia*, 73: 91-110.
- 2018: «La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad», en COBACHO GÓMEZ, J. A. (dir.): *Protección civil y penal de los menores y personas mayores vulnerables en España*, Cizur Menor: Aranzadi: 553-575.
- 2019: «La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad», en DE SALAS MURILLO, S., y MAYOR DEL HOYO, M. V. (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch: 293-320.

- LEÑA FERNÁNDEZ, R., 1999: «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en MARTÍNEZ DIE, R. (coord.), *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid: Civitas, 149-218.
- 2006: Prólogo a FÁBREGA RUIZ, C. F., 2006: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Madrid: Universitaria Ramón Areces.
- LETE DEL RIO, J. M., 1985: «Comentarios a los artículos 303-306», en ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXIV, Madrid: Edersa: 484-494.
- LLEDÓ YAGÜE, F., y MONJE BALMASEDA, O., 2018: «De la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de Ley español de 26 de septiembre de 2018», *REDS*, 14, enero: 15-18.
- 2019: *Estudio básico sobre la guarda de hecho: algunas reflexiones sustantivas y procesales notables de lege data y de lege ferenda*, Madrid: Dykinson.
- LÓPEZ SAN LUIS, R., 2020: «El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Indret*, 2: 111-138.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS, C., 1984: «En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 4: 501-516.
- 2014a: «El papel de la guarda de hecho: entre la marginalidad legal y la centralidad sociológica», *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Cizur Menor: Aranzadi: 117-143.
- 2014b: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Cizur Menor: Aranzadi.
- MAYOR DEL HOYO, M. V., 2012: «Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y *nasciturus*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 734: 3213-3240.
- 2013a: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- 2013b: «Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones Unidas», en DE SALAS MURILLO, S. (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid: Dykinson: 193-210.
- MUNAR BERNAT, P., 2018: «La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, 3 (V): 121-152.
- MUÑOZ CALVO, A., 2020: «Registro y discapacidad. Perspectivas de futuro», en MUÑOZ ESPADA, E. (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid: Wolters Kluwer La Ley: 421-431.
- PARRA LUCÁN, M. A., 2012: «La guarda de hecho», en DELGADO ECHEVERRÍA (dir.) y PARRA LUCÁN (coord.), *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*, Zaragoza: El Justicia de Aragón: 252-257.
- 2013: «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en DE SALAS MURILLO, S. (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid: Dykinson: 211-264.
- 2014: «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en DÍEZ-PICAZO, L., (coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. 2, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters: 2483-2509.
- 2015: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables*, Madrid: Universitaria Ramón Areces.
- 2016: «Artículo 303», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch: 775-781.

- PAU, A., 2018: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, 3 (V): 5-28.
- 2020: «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, 1 (VII): 3-29.
- PEREÑA VICENTE, M., 2014: «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Privado*, 4: 3-40.
- 2018: «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de ley», *Revista de Derecho Civil*, 3 (V): 61-83.
- PÉREZ MONGE, M., 2010: «Regulación de la guarda de hecho en la Ley de Derecho de la persona de Aragón», en DE SALAS MURILLO, S. (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza: El Justicia de Aragón: 339-396.
- 2013: «Edad avanzada», en GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. (dir.), y SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de Derecho de la persona física*, t. I, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters: 699-749.
- 2016a: «De la guarda de hecho: Conocimiento de guardador de hecho por autoridad judicial. Impugnación de actos del guardador de hecho. Aplicación al guardador del artículo 220», en CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, F. J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *Código Civil comentado*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters: 1347-1363.
- 2016b: «Envejecimiento activo, calidad de vida y cuidado de la mujer en España», *Aequalitas*: 29-34.
- 2018: «La mujer de edad avanzada: aspectos personales, familiares y sucesorios», en CAÑIZARES LASO, A. (dir.) y LÓPEZ DE LA CRUZ, L., y SABORIDO SÁNCHEZ, P. (coords.), *El reto del envejecimiento de la mujer. Propuestas jurídicas de futuro*, Valencia: Tirant lo Blanch: 139-160.
- 2019: «La guarda de hecho: de la transitoriedad a la estabilidad», en DE SALAS MURILLO, S., y MAYOR DEL HOYO, M. V. (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch: 321-342.
- PROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA (121/000027), 2020: BOCG, Congreso de los Diputados núm. A-27-1, de 17 de julio de 2020, 1-56.
- QUESADA GONZÁLEZ, M. C., 2004: *La tutela y otras instituciones de protección de la persona*, Barcelona.
- ROCA TRÍAS E., 2017: «Discapacidad y protección de los derechos fundamentales», en SERRANO GARCÍA, I., y CANDAU PÉREZ, A. (coords.), *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- 2020: «Billy Budd», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1.
- ROGEL VIDE, C., 1986: *La guarda de hecho*, Madrid: Tecnos.
- SANCHO REBULLIDA, F., 1984: «Tutela e instituciones afines», en LACRUZ *et al.*, *El nuevo régimen de la familia*, Madrid: Civitas: 155-164.
- SANTOS URBANEJA, F., 2017a: «El futuro de la guarda de hecho», en SERRANO GARCÍA, I., y CANDAU PÉREZ, A. (coords.), *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch: 190-224.
- 2017b: *La guarda de hecho: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad*. Se puede consultar en <http://fernandosantourbaneja.blogspot.com/>, 1-43.
- SERRANO GARCÍA, I., 2020: «Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad», en MUÑIZ ESPADA, E. (dir.), *Contribuciones para una*

- reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid: Wolters Kluwer La Ley: 69-87.
- TEJEDOR MUÑOZ, L., 2007: «Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho», en LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.), *La protección de las personas mayores*, Madrid: Tecnos, 234-257.
- TOLDRÁ ROCA, D., 2019: «El apoyo solidario: la guarda de hecho», en DE SALAS MURILLO, S., y MAYOR DEL HOYO, M. V. (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch: 321-342.
- TORRES GARCÍA, T. F., 2013: «Efectos de la incapacitación», en GETE-ALONSO Y CALLERA, M. C. (dir.), y SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de Derecho de la persona física*, t. I, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters: 123-171.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., 1984: «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en YZQUIERDO TOLSADA *et al.*, *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983, de reforma del Código Civil, Títulos IX y X del Libro I)*, Madrid: Ediciones ICAI: 139-152.