

LA GUARDA DE HECHO: UNA MEDIDA INFORMAL, PERO CON PRUEBA NECESARIA



La transformación producida en nuestro ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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, ha reforzado la figura de la guarda de hecho como una alternativa a la suprimida incapacitación judicial, la cual queda anulada desde el cambio de paradigma que se está produciendo ante las reformas legislativas en materia de discapacidad fruto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, con fundamento en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales, en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo, promoviendo por tanto una desjudicialización del sistema.

En este sentido, la guarda de hecho se refuerza y transforma en una propia institución jurídica de apoyo, con especial preferencia respecto al resto de medidas, el art. 255 CC establece en su último párrafo que “Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”, en este sentido la SAP Santa Cruz de Tenerife 25 mayo 2022 (Tol 9179553) rechaza la petición de la demandante de establecer una curatela representativa bajo el fundamento de ser suficiente la eficaz actuación llevada a cabo por la guardadora de hecho tanto a nivel personal como de administración ordinaria de sus bienes. No obstante, el principal obstáculo al que se enfrenta esta institución para su actuación en el tráfico jurídico es el derivado de la constatación de su existencia.

Resulta innegable la imperante necesidad de establecer mecanismos concretos para verificar la existencia de la guarda de hecho, una cuestión que ha suscitado considerable atención en la esfera pública, con implicación clara de las entidades financieras, empresas e instituciones. La exigencia de acreditar y demostrar la guarda de hecho se ha convertido en un requisito ineludible para la realización de diversos trámites y gestiones. Este escenario nos sumerge en una paradoja legal, en la que se nos plantea la tarea de justificar lo que la ley ya regula de manera precisa y detallada. Resulta esclarecedor el AJPI núm. 5 Córdoba 8/2022 7 febrero 2022 (Prov. medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad 1030/2021), donde se reconoce que la guarda de hecho no precisa de una investidura formal, si bien, la guardadora “se ve necesitada de recabar el auxilio judicial con el objeto de que se reconozca por parte de entes públicos y privados las facultades que ya vienen reconocidas legalmente en aras, única y exclusivamente, a tutelar los intereses de su hermana”, exponiendo el juzgador su preocupación, ante el desconocimiento e incumplimiento de la nueva regulación legal, lo que obstaculiza, entorpece y retrasa que se puedan ejercitar los derechos de las personas con discapacidad por parte de sus guardadores de hecho.

En suma, deben fortalecerse los mecanismos de acreditación de la guarda de hecho, donde se incide en el carácter de medida informal de apoyo, de origen legal, estable y con vocación de permanencia, con el fin de promover esa asistencia, y respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, pues resulta una necesidad brindar apoyo y soporte a los guardadores y guardados, ante la dificultad actual, promoviendo así la protección de los derechos de las personas con discapacidad y la aplicación efectiva de la nueva legislación, sin error en una regulación excesiva de la guarda de hecho, puesto que se desnaturalizaría la institución, convirtiéndola en una guarda de derecho o una incapacitación más relajada.

Debe ser una obligación de los operadores jurídicos, y sobre todo del legislador, coadyuvar y facilitar la vida diaria de las personas, sin producir mayores inconvenientes de los habituales o existentes, pues si ya resulta más costoso lidiar con el día a día para las personas con discapacidad en entornos o medios nada accesibles, aún resulta más gravoso

provocar la realización de arduas labores y de costosos trámites, que no hacen sino dificultar la actuación y vida de estas personas.

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, pese a la extendida sensación que sin éstos no se puede actuar.

Se comparte la necesidad de asumir la nueva figura del guardador, dentro del contexto de cambio de paradigma, que busca desjudicializar la vida de las personas y sustituir los regímenes de sustitución en la toma de decisiones por los de refuerzo o soporte, huyendo de excesivos trámites. La SAP Valencia 19 abril 2023 (JUR 2023, 286037), reconoce la disparidad de criterios, pues la expresión de la “desjudicialización” propugnada por la Ley 8/2021 no está siendo acogida por igual en las primeras resoluciones judiciales de instancia, que resuelven juicios de modificación de capacidad instados conforme a la anterior legislación, en los que se pedía, por parte de quien ejercitaba la guarda de hecho de un familiar el nombramiento de un tutor. Y continúa la crítica en su Fundamento Jurídico Cuarto, a la orientación jurisprudencial, que pese a la dicción del nuevo art. 263 CC, constituyen una curatela en razón de la gravedad de la enfermedad que padece la persona con discapacidad; y ello, a pesar de existir una guarda de hecho, que funcionaba correctamente. En mismo sentido la reciente SAP Cantabria 13 junio 2023 (JUR 2023, 279086), la cual reitera la suficiencia y adecuación de la guarda de hecho.

En la SAP A Coruña 26 abril 2023 (JUR 2023, 254114), se reconoce la problemática de la guarda de hecho, manifestando que la guarda de hecho indicada en el auto recurrido es insuficiente y previsiblemente daría lugar a numerosos problemas. Insistiendo en que la acreditación de la guardadora de hecho ante autoridades y terceras personas, para poder actuar en representación de su padre, debe plantear cada vez el correspondiente procedimiento para justificar la necesidad de la intervención representativa y obtener la autorización judicial, por lo que otorga el establecimiento de una curatela representativa.

Ante la necesidad de acreditar la guarda de hecho que confronta con la naturaleza misma de la institución, la realidad práctica, con-



firma la necesidad de llevarlo a cabo y atestiguar la función de guardador, pues se exige la existencia de un título de legitimación para la actuación del mismo.

Si bien resulta como decimos contradictorio con el propio concepto de la guarda de hecho expuesto, se solicita en numerosas ocasiones el auxilio judicial al efecto.

En otro ámbito, puede llevarse a cabo la formalización de un acta de notoriedad, para dotar al guardador de hecho de un documento “que sin ser título legitimador, le permita justificar la situación fáctica ante la autoridad judicial o entidad pública” de que se trate (Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad), con fundamento legal en el art. 209 del Reglamento Notarial, donde se dispone que “Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso”, si bien cabe advertir la vigencia de la meritada acta.

Así mismo, en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil., art. 40.3.9º LRC 2011 se autoriza y puede ser objeto de anotación la guarda de hecho, si bien tal y como se establece, en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción, únicamente tendrán un valor meramente informativo.

En el ámbito de un expediente informativo, el ministerio Fiscal está facultado para dictar un decreto de archivo de diligencias preprocesales. La Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, modificada por Ley 24/2007, de 9 de octubre, sistematiza en su art. 5, las diligencias preprocesales, puesto que pese a ser un instrumento dedicado a la regulación de las diligencias de investigación en el orden penal, el último párrafo, permite la ampliación al orden civil, en tanto “También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye”.

Es por lo que puede acreditarse mediante las diligencias preprocesales de Fiscalía, donde se acuerda no interponer demanda de provi-

sión judicial de apoyos, y se dicta un decreto de terminación, donde se establece que existe un guardador de hecho eficaz, contando con un instrumento que presenta la ventaja de estar motivado, y en los que se ha investigado la existencia de guardador, su eficaz gestión, y se consigna su identidad.

En el ámbito administrativo, son habituales los modelos de declaración responsable de guarda de hecho, con la finalidad básicamente de llevar a cabo las peticiones de reconocimiento de la situación de dependencia, así como el certificado de empadronamiento, al resultar de extraordinaria relevancia el hecho de convivir con la persona con discapacidad.

En este sentido, recientemente se ha suscrito el Protocolo Marco de colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito bancario, el cual establece en su documento interpretativo que “la fórmula de declaración responsable ante la entidad bancaria se muestra como buena práctica para garantizar la salvaguarda de su adecuado ejercicio, especialmente en ausencia de obligación de rendir cuentas periódicas a la fiscalía o a la autoridad judicial”, por lo que entendemos puede ser un medio idóneo, ágil y eficaz para la acreditación.

Resaltar igualmente la Ley 41/2002 de 14 de noviembre reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información clínica, la cual establece en su art. 9.3, 5.3, art. 11, 9.2. puesto en relación al mismo el Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre (BOE n. 222 de 16 de septiembre de 2006) por el que se aprueba la carta de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, art. 7 que se garantizará la necesaria continuación asistencial que incluye, información y asesoramiento a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador principal, resaltando la reciente STS 23 enero 2023 (RJ 2023, 2350), donde se dispone que aunque el art. 9.3 de la Ley 41/2002 contempla el consentimiento por representación de las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, y el apartado 6 del mismo art. 9 exige que la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el apartado 7 del mismo art. 9, conforme al cual: “la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de de-





cisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.

En la Consulta de 30 noviembre 2021 Instituto Nacional de la Seguridad Social (JUR 2021, 372918), con el fin de solicitar una prestación económica de la Seguridad Social, la subdirección general de ordenación y asistencia jurídica, en cuanto a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, establece como criterio de gestión, con el objeto de homogeneizar las gestión de los centros gestores y como pauta de actuación, el reconocimiento al guardador de hecho, pueda solventar las cuestiones ordinarias de la vida de la persona con discapacidad, y la condición de éste pueda acreditarse mediante libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona con discapacidad), certificado

de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición.

Es fundamental promover la inclusión de las personas con discapacidad y avanzar en la protección de sus derechos, garantizando la seguridad jurídica y promoviendo que la guarda de hecho sea un instrumento efectivo para proteger los derechos de las personas con discapacidad para contribuir a crear una sociedad más justa, inclusiva y accesible.

Pablo Tortajada Chardí

*Abogado,
Profesor
Asociado
Derecho civil de
la Universidad
de Valencia.*



CARGAS Y DEUDAS GANANCIALES



I. DISTINCIÓN ENTRE CARGAS Y DEUDAS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

En el ámbito de la sociedad de gananciales es necesario distinguir los conceptos de “cargas” y de “deudas”.

La sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica: quienes realizan gastos y contraen obligaciones son los cónyuges, individual o conjuntamente STS 5 noviembre 2008 (Tol 1401729). Por ello, hay que determinar, de un lado, qué patrimonio ha de asumir los gastos que aquéllos realizan (el privativo del cónyuge deudor o el ganancial) y, así mismo, qué bienes responden frente a terceros de las deudas que contraen (si sólo los del cónyuge deudor o también los de carácter ganancial).

a) La expresión “cargas” está referida a las relaciones de los cónyuges entre sí, por lo

que se dice que tiene un carácter “interno”: engloba aquellos gastos que, con independencia de quien los haya realizado, han de ser soportados por la sociedad; por ello, si han sido satisfechos por uno de los cónyuges con dinero privativo, éste tiene derecho a ser reembolsado por su importe, con cargo al patrimonio ganancial.

Así, conforme al art. 1364 CC, “El cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común”.

La STS 20 junio 2008 (Tol 1343838) explica que las cargas de la sociedad de gananciales son “gastos o pagos que, por razón de su finalidad, deben repercutir, de modo definitivo, sobre el patrimonio ganancial, con independencia de que frente al acreedor haya o no obligación directa de la sociedad”.