

1.2. Familia

APROXIMACIÓN A LA INSTITUCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora

Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. CONCEPTO Y CARACTERES.—III. NATURALEZA.—IV. SUPUESTOS DE GUARDA DE HECHO.—V. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA GUARDA DE HECHO.—VI. EXTENSIÓN DE LA GUARDA DE HECHO A OTROS SUPUESTOS.—VII. FUNCIONES DE LA GUARDA DE HECHO.—VIII. RÉGIMEN JURÍDICO: 1. EL DEBER DE INFORMACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO. 2. OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR O COMUNICAR LA EXISTENCIA DE LA GUARDA DE HECHO. 3. MEDIDAS DE CONTROL Y VIGILANCIA. 4. EFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL GUARDADOR DE HECHO. 5. DERECHOS DEL GUARDADOR DE HECHO. 6. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DEL GUARDADOR DE HECHO.—IX. LA EXTINCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La guarda de hecho era ya una realidad contemplada en el Derecho romano. En la época clásica, el tutor del impúber responde frente a éste por la *actio tutelae*; y en la postclásica, la *actio protutelae* afectaba a quien se comportaba como tutor sin serlo en realidad (1). Sin embargo, antes de la reforma del Código Civil por Ley 13/1983, de 24 de octubre —aunque existía *de facto*—, tal cuerpo legal mantenía silencio sobre esta figura jurídica (2). Tan sólo el artículo 173 contenía una referencia «a la persona que estuviera ejerciendo la guarda del adoptando», sin mayores especificaciones respecto a las características de dicha guarda; salvo el hecho que debía ser oído el guardador en la adopción. Es, por ello, que en la doctrina se hablaba de

(1) ORTEGA PARDO, G., «La tutela de hecho», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año XCII, 1947, págs. 81 a 91, las dedica a la tutela de hecho en Derecho romano, señalando en la página 81 que: «la tutela de hecho no sólo tuvo realidad en la vida jurídica romana, sino que, por diversas causas, se presentó como fenómeno corriente»; SOLAZZI, «*Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*», en *Archivio Giuridico*, 91, 1924, págs. 150-151; FUENTESSECA DÍAZ, P., *Derecho Privado romano*, Madrid, 1978, pág. 412, señala que: «...se ha creado sobre el modelo de *actio tutelae*, una especial figura de *actio* contra el que actúa como tutor sin serlo (*in eum qui protutore negocia gessit*), el cual aparece cualificado como protutor (D. 26, 7, 26)».

(2) Nos recuerda YZQUIERDO TOLSADA, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984, pág. 152, que la guarda de hecho «se trataba con anterioridad a la reforma de una práctica muy extendida al margen de la ley, debida a la general ineficacia del complejo mecanismo tutelar anterior». Y añade: «es de esperar que en el nuevo sistema la protección de menores e incapacitados se verifique según lo previsto en la nueva regulación».

«tutela de hecho», considerando que existía tal figura cuando una persona ejercía funciones de tutor sin tener derecho a ello (3); o cuando no era ejercida por quien tenía legalmente ese cargo, sino en su lugar, por otra persona que no lo ostenta legítimamente (4). Sin faltar quienes negaban su propia autonomía y la asimilaban al mandato o gestión de negocios ajenos (5); o, simplemente, optaban por aplicar a la misma las normas propias de la tutela regular (6).

En todo caso, como señala ROGEL VIDE, antes de la citada reforma, la regulación que ofrecía el Código Civil del organismo tutelar, representaba un hecho inconcuso, engorroso, complicado, que funcionaba mal o, simplemente, no funcionaba. De ahí que, como continúa el autor: «un hecho inconcuso es también, en muchos casos, las personas necesitadas de protección antes referidas, que era protegidas, “guardadas”, por otras, que asumían funciones similares, virtualmente idénticas a las establecidas en la ley para los tutores, al margen de cualquier formalidad legal, y sin que tuvieran la condición de tales; refiriéndose, como es obvio el autor, a los guardadores de hecho» (7).

En este contexto, los profesores BERCOVITZ, ROGEL VIDE, CABANILLAS y CAFFARENA bajo la dirección de Díez-PICAZO, redactaron un Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativo a la tutela, patrocinado por la Dirección General de Servicios Sociales y la Fundación General Mediterránea, publicado en 1977, donde elaboraron un Anteproyecto que afecta sustancialmente a los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil, dedicando el Título X a las instituciones tutelares, y en el Capítulo I del mismo relativo a las «Disposiciones generales», se venía a encuadrar la «guarda de hecho» dentro de las citadas instituciones; destinado luego el Capítulo VI específicamente a la misma (arts. 307 a 313), en el primero se disponía que: *«quien careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos, algunas de las funciones propias de las instituciones tutelares, o se hubiese encargado de su custodia o protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la ley impone a los tutores»*; y se añadía en el artículo 312 que: *«tan pronto como la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, deberá de oficio requerirle para que rinda cuentas generales de su actuación en orden a la persona y bienes del tutelado, así como proceder a la constitución de la correspondiente institución tutelar, de*

(3) Díez-PICAZO, L., «Notas sobre la institución tutelar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1973, pág. 1386.

(4) ORTEGA PARDO, G., «La tutela de hecho», *op. cit.*, pág. 81; BIANCHI, F. S., *Corsi di Codice Civile italiano*, vol. VIII, 2.^a ed., Torino, 1912, págs. 59-60.

(5) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «La llamada “patria potestad de hecho”», en *Revista de Derecho Privado*, 1978, pág. 843.

(6) ORTEGA PARDO, G., «La tutela de hecho», *op. cit.*, págs. 105-106, que afirma que «en los verdaderos casos de tutela de facto rigen las normas de tutela en general». Y añade: «no se me oculta la objeción que contra esta afirmación puede inmediatamente oponerse: ¿Cómo es posible, en Derecho Privado, basándose tan sólo en el principio del interés del menor, aplicar las normas que la Ley prevé para una institución regular, en los casos en que aparece la tutela de una manera irregular? Y esto aún más en el derecho español en cuanto el artículo 4.º del Código Civil prescribe la nulidad absoluta de los actos contra ley, y en ningún lugar del mismo se encuentra excepción sobre este punto, a tan terminante precepto, que permita fundar legalmente nuestra teoría».

(7) ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 12.

acuerdo con las normas de este Código» (8). Situación que contrasta con la ausencia de regulación en la redacción originaria de nuestro Código Civil.

En este Estudio, como señala SANCHO REBULLIDA, se inspiraron, con carácter general, los trabajos llevados a cabo por la Comisión General de Codificación, dirigidos a la reforma de los títulos IX y X del Libro I del Código Civil (9); y hemos de añadir, sirvieron de base, asimismo, para el Proyecto que tanto el Gobierno de UCD como el del PSOE presentaron a las Cortes sobre «Reforma del Código Civil en materia de tutela», que culminó, finalmente, con la aprobación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Así, el Código Civil en el Capítulo I dedicado a las «Disposiciones generales» del Título X del Libro I bajo la rúbrica «De la tutela y guarda de los menores e incapacitados» no se hace referencia a la guarda de hecho; en concreto, en el artículo 215 se obvia cualquier mención a aquella en la enumeración de las instituciones de guarda de menores e incapacitados; y en el Capítulo V regulador «De la guarda de hecho» se le dedican sólo tres preceptos (arts. 303, 304 y 306) (10); que contrasta de nuevo con la más amplia regulación que se dedica a la figura en el mencionado Estudio; y, con la que, asimismo, se contiene en el Código Civil catalán, que tras la aprobación por Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II, relativo a la persona y la familia (11), regula la misma en el Título II: «Las instituciones de protección de la persona». Capítulo V: «La guarda de hecho» (arts. 225-1 a 225-5), con unos contornos más precisos que los que se contenían en el derogado Código de Familia catalán (Ley 9/1998, de 15 de julio —arts. 253 a 258—), representando uno de los instrumentos de protección de las personas mayores de edad que no pueden gobernarse por sí mismas, y de menores en situación de desamparo, y for-

(8) Se decía en la Introducción al citado *Estudio* lo siguiente: «El capítulo sexto, por último, “De la guarda de hecho”, es uno de los más cortos y, sin embargo, puede que uno de los más importantes. Es una verdad incontrovertida que, estadísticamente y hasta el presente, la inmensa mayoría de los casos de protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación eran y son desempeñadas, de hecho, por quienes no tienen la consideración legal de tutores y, en menor medida, por aquellos otros que, habiendo sido tutores, han sido removidos de su cargo. Hasta hoy, el derecho ignoraba tal situación, mientras que la doctrina tendía, mayoritariamente, a asimilar estos supuestos a los de la gestión de negocios ajenos. El Anteproyecto, por el contrario, hace una referencia expresa a los guardadores de hecho —que, por otra parte, y como en el caso del defensor judicial, no son absolutamente desconocidos por nuestro derecho, y valgan como dato el art. 173 del Código Civil y el 488 del Código Penal— para reconducir a derecho una realidad cotidiana sin oprimirla, con todo, en cortas fronteras, lo que explica la exigua regulación». Vid., Díez-PICAZO, L., et al., *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977, págs. 28 y 29.

(9) SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «El nuevo régimen de la familia», de LACRUZ BERDEJO J. L., et al., vol. III, *Tutela e instituciones afines*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 46.

(10) Señala PÉREZ ALGAR que este reconocimiento legal ha venido exigido por el gran número de guardadores de hecho que existían en la práctica; y citando a Carl SCHMITT, manifiesta que la existencia es superior a lo normativo, a la vista de lo cual, se opta por este reconocimiento y al compás del mismo, se admite la producción de ciertos efectos jurídicos a una situación surgida *ex legem* que, hasta entonces, no los producía. Vid., PÉREZ ALGAR, F., «Derechos individuales e incapacitación», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984, pág. 65.

(11) BOE, núm. 203, de 21 de agosto de 2010, págs. 73.429 a 73.525. Esta Ley entrará en vigor el 1 de enero de 2011 (Disposición Final 5.^a). Y deroga la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia; la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones estables de pareja; y la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua (Disposición Derogatoria).

mando parte del nuevo modelo de protección que se diseña en este Libro II, donde, además de ponerse el acento en la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar (art. 211-3.1), se fomenta la autonomía del individuo en la organización de la protección de su persona y patrimonio, cuando no pueda decidir por sí mismo; y se relega la incapacitación y constitución formal de la tutela para casos de desamparo del incapaz, cuando a la grave enfermedad psíquica se le añade la falta, inadecuación o imposibilidad de apoyo familiar. Por su parte, también se dedica una mayor atención a la figura en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón (12), Título III: «De las relaciones tutelares». Capítulo VII: «La guarda de hecho» (arts. 142 a 145).

En todo caso, pese a su escasa regulación, constituye un hecho destacado la animadversión hacia el recurso de la incapacitación en el seno de la familia y la asunción por la misma —en particular, por una parte de ella (ascendientes)— de la guarda de un menor en desamparo, apartando, en la medida de lo posible, la intervención de la Administración Pública. Asimismo, es frecuente la situación de un menor o incapacitado, tutelado o protegido de hecho por una persona que no ostenta potestad alguna sobre él.

Por tanto, el ámbito subjetivo de aplicación de la guarda de hecho alcanza a los menores en situación de desamparo o abandono por el motivo que sea, o cuando sometidos a patria potestad o la tutela, éstos no la ejercen, en una suerte de «dejación» de sus facultades; o de menores protegidos durante la minoría de edad con la tutela o la patria potestad y después de alcanzar la mayoría de edad, no se insta el proceso de incapacitación, sino que se pasa a una guarda de hecho, como una especie de «patria potestad prorrogada de hecho», o, en fin, personas mayores u otros grupos de especial vulnerabilidad (presuntos incapaces, discapacitados o dependientes), frente a los que puede constituir una opción válida para la protección de su persona y/o de su patrimonio —incluso durante la sustanciación del proceso de incapacitación— (13), el nombramiento de un guardador de hecho. Lo cierto es que, para paliar la situación de riesgo/desamparo temporal, en que se puede encontrar este colectivo en un determinado momento, podría plantearse, sobre la base legal del artículo 239.3 del Código Civil, el nombramiento como guardador de hecho de la propia Administración Pública en una suerte de «tutela provisional», «tutela *ex lege*», de asistencia temporal, acordando tal intervención judicialmente como una de las medidas protectoras previstas en el artículo 762 de la LEC o en el

(12) *BOE*, núm. 23, de 26 de enero de 2007, págs. 3713 a 3739.

(13) Se nombra mientras se incoa el proceso de incapacitación del presunto incapaz un defensor judicial, pudiendo recaer tal condición en el guardador de hecho. Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 31 de enero de 2002 (La Ley 25723/2002).

En el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de abril de 1999 (AC 1999/886), se establece como medida cautelar durante la tramitación del procedimiento de incapacitación y posterior constitución del organismo tutelar, el nombramiento de lo que en la sentencia se califica de *tutor cautelar*, que, aunque no existe ni en el Derecho catalán, ni en el Código Civil español, sin embargo, no significa que no se haya previsto por el legislador, ni impide que se pueda adoptar como medida. No es más que un defensor con funciones de guarda —relativa— de la persona del presunto incapaz, y de guarda y administración de los bienes de éste durante la pendencia del procedimiento de incapacitación. No es otra que la figura prevista en el artículo 209 en relación con los artículos 299 bis y siguientes del Código Civil.

artículo 158 del Código Civil, y atribuible por ministerio de la ley, pues corresponde a la autoridad judicial apreciar la situación de desamparo del presunto incapaz y la incapacidad natural de tales personas para asumir actuaciones concretas sobre su persona y/o bienes (14). Recordemos que, en todo caso, la tutela de la Administración ante estas situaciones de desamparo no es, a diferencia de la tutela de menores, automática, sino que necesariamente debe ir precedida de una sentencia judicial de incapacitación.

Sobre tales bases, en el presente estudio vamos a proceder a un tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la institución de la guarda de hecho —si bien, este último más escaso en comparación con otras instituciones tutelares como la tutela—, atendiendo no sólo de la regulación que ofrece nuestro Código Civil, sino también a la contenida en otras legislaciones autonómicas como las citadas en líneas precedentes.

II. CONCEPTO Y CARACTERES

Nos recuerda LETE DEL RÍO que «no es la guarda de hecho una creación puramente doctrinal, sino un supuesto harto frecuente en la vida diaria. Y si nos preguntáramos por la razón de esta *praxis*, seguramente habría que recordar aquella frase que “el derecho de familia empieza donde termina la familia”, y constatar que es el recelo de la familia a la intromisión en la esfera que le es propia de personas, instituciones y órganos ajenos a ella»; por ello, estima que, «aunque el sistema de guarda y protección de los menores o incapacitados se haya modificado, incluso si así se considera perfeccionado y agilizado, cuando exista una situación familiar de armonía, se seguirá produciendo resistencia a la intervención de terceras personas extrañas, y con mayor motivo cuando se trate de autoridad judicial» (15). A estas razones que justifican la *praxis* de la guarda de hecho, añade ROGEL VIDE: «la desconfianza que muchos guardadores de hecho, potenciales o efectivos, sienten hacia las formalidades legales; el desconocimiento, la ignorancia de las formalidades a seguir para constituir los organismos tutelares, y el temor a los costes que puede generar el procedimiento de incapacitación —si ésta es necesaria— y la constitución de la tutela» (16).

En todo caso, como señala LASARTE ÁLVAREZ: «la guarda de hecho es el mecanismo protector de los más humildes económicamente que, a su vez, suelen ser los más generosos de corazón. Por tanto, pocos pleitos generan las situaciones de guarda de hecho; y de otra parte, el análisis de la figura debe estar presidido más que por la desconfianza hacia lo ilegal o paralegal, por una franca actitud de encomio o beneplácito hacia quien asume la guarda de hecho» (17).

(14) BERROCAL LANZAROT, A. I., «La protección jurídica de los mayores en situación de desamparo: ¿Extensión de la guarda y tutela pública a estos supuestos?», en *La defensa jurídica de las personas vulnerables*. Seminario organizado por el Congreso General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, director: Manuel Ángel MARTÍNEZ GARCÍA, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 142.

(15) LETE DEL RÍO, J. M., «De la guarda de hecho», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV, dirigidos por Manuel ALBAJADEJO, 2.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, pág. 484.

(16) ROGEL VIDE, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 13.

(17) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», T. VI, *Derecho de Familia*, 7.ª ed., Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2008, pág. 388.

De hecho, los cuidadores no profesionales a los que presta atención la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, atribuyéndoles una prestación económica y el alta como cotizantes en la Seguridad Social, son encuadrables en la figura de la guarda de hecho; y, habitualmente son, en su mayoría, mujeres dedicadas al cuidado de algún familiar discapacitado o dependiente (18).

Lo cierto es que se trata de una figura surgida al margen de la Ley, pero frecuente en la vida cotidiana, y que tras la reforma de la Ley 13/1983 ha adquirido rango normativo; un reconocimiento legal, sin embargo, escaso en su alcance, pues el Código Civil ni define la guarda de hecho ni fija los supuestos de hecho que pueda ampararse bajo la misma, ni el régimen jurídico aplicable, lo que corresponde a la doctrina suplir esta carencia, dando lugar a diversas concepciones de la misma, dependiendo de la postura amplia o estricta que se pretenda dotar a esta figura. En todo caso, conviene resaltar que en evitación de perjuicios, el legislador ha querido, pese a la escasa regulación, otorgar efectos jurídicos a una situación constituida fuera de los márgenes formales o legales que corresponden a los cargos tutelares.

AFONSO RODRÍGUEZ señala que estamos ante una figura harto compleja que refleja situaciones en que las funciones de guarda y custodia no se realizan por el titular de la patria potestad o de la tutela, sino por un tercero, que satisface las necesidades más apremiantes del necesitado de protección, sin ningún régimen legal y de forma superpuesta con la guarda legal (19).

Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA manifiesta que no se trata de una institución jurídica, sino que nos encontramos ante una situación no querida por la Ley, a la que, sin embargo, resulta por su difusión, conveniente atribuir conse-

(18) El artículo 2 de la Ley 39/2006, define dependencia como «*el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas, o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para la autonomía personal*».

Por su parte, en relación con la retribución al cuidador no profesional, lo que ha dado en llamarse el apoyo informal, el artículo 18 dispone:

«1. *Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por un entorno familiar y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para los cuidadores familiares.*

2. *Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica.*

3. *El cuidador deberá ajustarse a las normas de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente.*

4. *El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporan programas de formación, información y medidas para atender a los periodos de descanso».*

Sobre el cuidador personal, vid., MONDEJAR PEÑA, M.^a I., «La figura del cuidador no profesional en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y su encuadre dentro de las instituciones de guarda», en *Familia y Discapacidad*, coordinación y prólogo: Silvia DÍAZ ALABART, Reus, Madrid, 2010, págs. 197 a 217.

(19) AFONSO RODRÍGUEZ, E., «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», en *Actualidad Civil*, 1995-2, pag. 321.

cuencias jurídicas determinadas (20). Sin embargo, ROGEL VIDE considera que la guarda de hecho si «es una institución, una situación, una relación jurídica informal, todo lo irregular que se quiera, mas nunca un hecho jurídicamente irrelevante, dejándose confundir por el “de hecho” aparejado a la guarda, que, bien visto, no quiere decir guarda fáctica, como contrapuesta a jurídica, sino, por el contrario, guarda efectivamente ejercida, asumida de hecho y al margen de las formalidades legales. La guarda de hecho no es un hecho y es de derecho, en cuanto contemplada y regulada por éste» (21). Igualmente, para PÉREZ MARTÍN se trata de una institución de Derecho Civil: «mediante la cual una persona con el consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad o ante la ausencia de titulares de ésta, sin intervención de autoridad administrativa ni judicial, se hace cargo de un menor o de un incapaz y de sus bienes, contrayendo las obligaciones propias del cargo de tutor» (22).

De forma más exhaustiva, Díez-PICAZO considera al guardador de hecho como «aquella persona que, careciendo de potestad legal sobre un menor o incapaz o susceptible de serlo, ejerce respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se encarga de su custodia o protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses». Y añade que «se entienden incluidos en este instituto a los tutores en quienes concurra causa de inhabilidad legal o que hubieren comenzado su ejercicio sin dar cumplimiento a los requisitos legales, o extendieren su función después de haberse extinguido la tutela» (23).

DÍAZ-ALABART define como guardador de hecho a «quien careciendo de potestad legal sobre un menor o una persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiera encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses». Y añade la autora que cuando se habla de guarda de hecho se deben distinguir dos posibles fases por las que puede atravesar: «en primer lugar, la guarda de hecho sin más, verdadera situación de hecho, que, por serlo no puede tener una regulación que indique como ha de desarrollarse, sino que únicamente produce ciertas consecuencias jurídicas, primordialmente a favor del guardado; en segundo lugar, la “guarda de hecho” cuando se comunica a la autoridad judicial, pues a partir de ese momento ya la situación no sólo es de hecho, sino que adquiere otras características que la acercan a las de los cargos tutelares, en los que es esencial el control judicial» (24).

Siguiendo esta definición, FÁBREGA RUIZ la conceptúa como «el ejercicio, con respecto a menores o incapaces, de funciones propias de instituciones

(20) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 152.

(21) ROGEL VIDE, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 81; del mismo autor, «Comentario al artículo 303 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 863.

(22) PÉREZ MARTÍN, A. J., *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova, Valladolid, 1995, pág. 60.

(23) Díez-PICAZO, L., *et al.*, «Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela», *op. cit.*, pág. 61.

(24) DÍAZ ALABART, S., *et al.*, «El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda», en *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*, dirigido por Silvia DÍAZ ALABART, Ibermutuamur, Madrid, 2004, pág. 70.

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. El guardador de hecho será aquella persona que sin nombramiento alguno, ni judicial ni administrativo, se encarga del cuidado de un menor, de un incapacitado, o de una persona que, sin estar incapacitada, no puede valerse por sí misma» (25).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1.^a, de 22 de diciembre de 2004, señala que: «la guarda de hecho está reconocida como figura dotada de un cierto, aunque mínimo y provisional, estatuto legal o jurídico y sustantividad propia, merecedora, por tanto, de respeto durante el tiempo imprescindible para que se establezca y entren en funcionamiento las instituciones tutelares o de protección de menores dotadas de normalidad» (26).

Finalmente, el artículo 225-1 del Código Civil catalán considera que es guardadora de hecho «la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela, o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen». Por su parte, el artículo 142 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón, define el guardador de hecho como «la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada».

En cuanto a los *caracteres* que configuran la guarda de hecho, se parte de considerarla como una situación de hecho. LETE DEL RÍO señala que de «entre las variadas clasificaciones que se pueden hacer de la tutela o guarda, una de ellas es la de tutela de hecho y de derecho. La guarda es de derecho cuando la persona que la ejerce actúa en virtud de un nombramiento legal de tutor. La guarda es de hecho cuando la desempeña una persona que carece de la cualidad de tutor (27). Por su parte, CÁRCABA se cuestiona sobre la naturaleza misma de la llamada «guarda de hecho»: ¿cómo puede ser una institución de hecho regulada por el Derecho? Las instituciones de hecho nacen ante una ausencia total de formalidad, son meros hechos sin efectos jurídicos. Pero, en este caso, la posible guarda de hecho y la producción de efectos de la misma, está reconocida en el Código, tratándose en consecuencia de algo más que de un hecho, puesto que los actos realizados por el guardador son válidos para el derecho. Y, añade, finalmente, que la guarda de hecho trasciende del mundo del hecho al producir efectos de Derecho (28). Con el mismo criterio, ROGEL VIDE manifiesta que no se puede confundir con guarda fáctica como contrapuesta a jurídica, sino, por el contrario, guarda efectivamente ejercida y asumida al margen de las formalidades legales, y, precisa «tanto la tutela llamada plena o perfecta como la llamada tutela o guarda de hecho son, al fin y a la postre y en mayor o menor medida, tutela y participan ambas de las características, antes predicadas, de la tutela en

(25) FÁBREGA RUIZ, C. Francisco, «La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad», *op. cit.*, pág. 9.

CASTÁN TOBEÑAS J. M.^a, «Derecho Civil Común y Foral», T. V, vol. 2, *Derecho de Familia*, 9.^a ed., Reus, Madrid, 1985, pág. 448, entiende por guarda de hecho el cuidado que asume sobre un menor o incapaz, una persona que formalmente no está investida del cargo de tutor.

(26) La Ley 269719/2004.

(27) LETE DEL RÍO, J. M., «De la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 484.

(28) CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «Consideraciones sobre la guarda de hecho», en la *Tutela de los Derechos del Menor*, 1.^{er} Congreso Nacional de Derecho Civil, dirigido por Juan Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Córdoba, 1984, pág. 82.

general». En definitiva, concluye el autor: «siendo una formal y la otra informal, una con potencialidad de ejercicio —devenida o no en acto— y la otra efectivamente ejercida, son, ambas, tutela de Derecho, dada la relevancia jurídica de las dos. Guarda de hecho, pues, guarda efectivamente ejercida, asumida de hecho, al margen de las formalidades legales» (29). Compartimos esta manera de entender la guarda de hecho, pues no tiene mucho sentido hablar de situaciones de hecho y de derecho, desde el momento que aquélla goza de una regulación jurídica, se trata de una guarda asumida de hecho —efectivamente ejercida y asumida al margen de las formalidades legales—, pero dotada de un reconocimiento legal, pues, de lo contrario, no se alcanza el significado del articulado con el que se dota a la misma.

La guarda de hecho, asimismo, se refiere o contempla situaciones pasadas o, más exactamente actuales, pero anteriormente constituidas y desarrolladas (30). Igualmente, está dotada de cierta provisionalidad en su existencia. Nos encontramos ante una figura de configuración transitoria, operante mientras no se nombre el tutor o curador (31). Resulta imprescindible la constitución de un cargo tutelar, y el guardador de hecho deberá informar de la situación al Juez, y éste tomar las medidas oportunas para que se extinga la guarda de hecho, intervención judicial que debe realizarse sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228 del Código Civil; de ahí que se pueda afirmar que la guarda de hecho nace obligatoriamente para su extinción. Goza, por tanto, de una existencia temporal.

Indica MORENO QUESADA que, si bien es temporal como lo son las otras instituciones tutelares (tutela, curatela y defensor judicial), se acentúa aún más en la guarda de hecho «por la circunstancia de que su mismo reconocimiento debe ser acompañado de la decisión de que se extinga como tal guarda de hecho. Para el Derecho su reconocimiento no puede ser más fugaz» (32). Postura esta que no parece compartir PRATS ALBENTOSA, pues opina que cuando sea reconocida por el Juez la existencia de un estado de guarda de hecho, la norma permite a la autoridad judicial que, potestativamente, permanezca inactiva y no adopte medida alguna, o que solicite al guardador informe sobre la situación de la persona y los bienes del guardado, así como respecto de su actuación en relación con los mismos. Tras haber recabado la información, al Juez se le atribuye —según el auto— nuevamente la potestad de actuar o no, estableciendo las medidas de vigilancia y control que considere oportunas (33).

Nos parece más acorde con nuestro planteamiento inicial esta última postura, desde el momento que podemos encontrarnos con personas mayores, en las que no concurre necesariamente causa de incapacitación, y sin embargo, en la situación en que se encuentran, necesitan de una protección tanto en su ámbito personal como patrimonial, siendo la guarda de hecho una de las opciones posibles y más favorables, lo que exigiría aparte de su reconocimiento, su mantenimiento con una duración que puede ser limitada en el tiempo,

(29) ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 863.

(30) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1985, pág. 325.

(31) DÍAZ ALABART, S., «El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda», *op. cit.*, pág. 71.

(32) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 326.

(33) PRATS ALBENTOSA, L., *Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 572.

y, sometiénola a todas las medidas de control y vigilancia que se consideren oportunas. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de transformar al guardador en acogedor, en aquellas Comunidades Autónomas en que existe legislación desarrollada al efecto (34).

III. NATURALEZA

La regulación que ofrece el Código Civil, aunque escasa, viene a otorgar a la figura una naturaleza propia y diferenciada de las demás figuras de guarda y protección, así como de cualesquiera otras a las que algún sector de la doctrina ha pretendido derivar la naturaleza de la guarda de hecho. Asimismo, el hecho de representar una situación dotada de cierta provisionalidad, en la medida que una vez que es conocida ha de procederse a su regularización, conllevando en algunos casos su extinción y sustitución por otras instituciones de guarda, como la tutela o curatela, previo proceso de incapacitación; lo que ha determinado que, en algunos sectores de la doctrina se tienda de nuevo a privar de sustantividad a esta figura y asimilarla a otras de perfiles parecidos. Al respecto, señala ROGEL VIDE que, con anterioridad a la reforma de 1983, algunas sentencias del Tribunal Supremo (sentencias de 14 de diciembre de 1916 y de 2 de febrero de 1954) (35) y un sector doctrinal, ante la falta de regulación normativa de la guarda de hecho, explicaban su naturaleza jurídica por remisión a la figura de la gestión de negocios ajenos sin mandato. Después de la Ley 13/1983 sigue habiendo estudiosos y alguna sentencia de nuestro más Alto Tribunal y de las Audiencias (36), que continúan equiparando la actuación del guardador de hecho, en algunos supuestos, al gestor sin mandato. Y reacciona frente a esta forma de entender la naturaleza de la guarda de hecho, señalando las diferencias existentes hoy, entre ambas figuras, que son, como mínimo, las siguientes: «a) La gestión, como cuasicontrato que es, requiere —en virtud de lo dispuesto en el art. 1.887 del CC— la licitud del acto de inmisión; mientras que la guarda de hecho puede desempeñarse con fines ilícitos; b) La gestión implica la inexistencia de obligación de llevarla a cabo; al paso que la guarda, en la mayor parte de los casos, se ejerce por personas que están obligadas, principalmente por razón del parentesco, a instar la incapacitación o la tutela; c) La gestión es provisional y para asunto o asuntos determinados, mientras que la guarda requiere normalmente permanencia y afecta a la generalidad de los asuntos del menor o incapaz; d) Los artículos 1.888 y siguientes del Código Civil están pensando en la gestión de negocios sin mandato de alguien que es capaz o, al menos, puede serlo. Diversamente, por definición, en la guarda de hecho el guardado es un menor con capacidad limitada o un incapaz o un presunto incapaz; e) La gestión se

(34) Decreto 38/1999, de 8 de julio, del Principado de Asturias, regulador del programa de acogimiento familiar (BOPA, núm. 158, de 2 de agosto de 1999, págs. 9538 a 9550); la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores (BOE, núm. 13, de 15 de enero de 2003, págs. 1881 a 1884); la Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores (BOE, núm. 29, de 2 de febrero de 2001, págs. 4125 a 4127); y la Ley catalana 11/2001, de 23 de julio, de Acogida Familiar de personas mayores (BOE, núm. 206, de 28 de agosto de 2001, págs. 32453 a 32454).

(35) RJ 1954/322.

(36) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 26 de junio de 2000 (AC 2000/1212).

refiere a la esfera patrimonial del dueño de los bienes o negocios. Lo normal, por el contrario, será que la guarda de hecho abarque tanto la esfera patrimonial como la personal del guardado; *f)* La gestión de negocios ajenos implica la existencia de un patrimonio, de unos bienes que conservar o administrar. La guarda de hecho, por el contrario, implica —preferente y principalmente— la atención, cuidado y guarda del tutelado, y solo secundariamente, la conservación y gestión del patrimonio de éste, si lo tiene; *g)* La asunción espontánea de la gestión de los negocios parece ser un ingrediente indispensable de la figura contemplada en los artículos 1.888 y siguientes del Código Civil. Por el contrario, la asunción espontánea es sólo uno de los muchos supuestos pensables de guarda de hecho; *h)* El gestor de negocios, en el marco del artículo 1.890 del Código Civil puede delegar en otro los deberes de su cargo; mientras que las funciones tutelares, cualesquiera que sean, son indelegables; *i)* En nuestro Derecho, el gestor de negocios ajenos precisa experiencia para asumir conscientemente la gestión, y, consiguientemente, capacidad de obrar. Diversamente, el guardador de hecho —ya desde el Derecho romano— no necesita reunir las condiciones de capacidad exigibles al tutor regular...» (37).

IV. SUPUESTOS DE GUARDA DE HECHO

La doctrina no es unánime sobre este punto, y se perfilan dos posturas, una amplia y otra restringida:

Para los partidarios de una visión amplia, la guarda de hecho se da en todos los supuestos admitidos como tales en el Estudio dirigido por el profesor Díez-Picazo en el año 1977 (38), al que nos hemos referido en varias ocasiones. Son de esta opinión autores como ROGEL VIDE (39), VENTOSO ESCRIBANO (40), MORENO QUESADA (41) y SANCHO REBULLIDA (42).

(37) ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 862; del mismo autor, «Sobre la guarda de hecho», en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, año CL, octubre-diciembre de 2003, núm. 4, págs. 584-585.

(38) El *Estudio* comprendía los casos siguientes conforme a lo dispuesto en los artículos 307 y 308: 1. Cuando alguien, careciendo de potestad legal, sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera, respecto de ellos, alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses; 2. Cuando estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por una causa de inhabilidad legal; 3. Cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales; 4. Cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él.

(39) ROGEL VIDE, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 53.

(40) Para VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985, pág. 129, la expresión del artículo 303 de presunto incapaz, parece que sólo quiere aludir a aquellos casos en que una persona se encarga de la guarda de otra sin que ésta haya sido previamente incapacitada y sin que haya precedido la constitución regular de una tutela previa, lo que excluiría aquellos casos mencionados de tutela irregular o de continuidad de la tutela tras su extinción. Este autor, no obstante, opta por una interpretación amplia del artículo 303 y aplicarla en aquellos casos en que pueda beneficiar a un menor o a un incapaz.

(41) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 325.

(42) Para SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «La guarda de hecho», en *Elementos de Derecho Civil de Lacruz Berdejo, J. L., et al.*, T. IV, vol. 2.º, *Derecho de Familia*, Bosch, Barce-

Para otro sector doctrinal, esta tesis amplia se ve contradicha por el texto del artículo 303 del Código Civil, que remite a los artículos 203 y 228 del mismo cuerpo legal y habla de «presunto incapaz» pareciendo que, con ello, se trata de aludir únicamente a las guardas que se dan cuando no se ha establecido una declaración de incapacidad o de tutela previa. De esta posición es partidaria CANO TELLO (43), RODRIGO BERCOVITZ (44) y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (45), entre otros. Asimismo, consideran estos autores excluidos de la guarda de hecho todos los supuestos en que existe un tutor nombrado; pero, o bien está incurso en causa de inhabilidad, o bien no ha cumplido los requisitos legales para poder hacerse cargo del tutelado, ha sido removido y continúa desempeñando el cargo. En consonancia con su tesis, distinguen entre «guarda de hecho» y «tutela de hecho», reservándose esta última categoría a los casos de tutelas putativas y tutelas irregularmente constituidas. Son, además, contrarios a la asimilación del régimen de la guarda de hecho al de la tutela, aduciendo que, a pesar que el Título X del Libro I se refiere a ambas, en cambio el artículo 215 del Código Civil, que inicia la regulación, no menciona como instituto de guarda y protección de menores e incapacitados a la guarda de hecho, por lo que el régimen de ésta debe someterse a las normas del mandato y de la gestión de negocios.

En el artículo 225-1 del Código Civil catalán son casos de guarda de hecho, los menores en situación de desamparo o la persona mayor de edad en las que

lona, 1989, pág. 341, estaríamos en presencia de un guardador de hecho en los siguientes casos: «1.º Cuando un tutor se apodera del cargo sin título alguno y lo ejerce de hecho, ya sea por asunción espontánea, ya por delegación arbitraria del nombrado; 2.º Cuando un tutor está afectado por causa de inhabilidad no constatada o que ha incumplido los requisitos previos al ejercicio de su cargo. 3.º Cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales. 4.º Cuando un tutor sigue en el ejercicio de la tutela tras la remoción firme o la extinción de la misma por otra causa». No comparte NÚÑEZ MUÑOZ esta opinión respecto del último supuesto por la sencilla razón de que «la tutela, al igual que la patria potestad, se extingue una vez que el menor adquiere la mayoría de edad, es emancipado o se le concede el beneficio de la mayor edad; entonces, ¿cómo es posible que pueda seguir desempeñando el cargo y considerarse una guarda de hecho si han desaparecido los presupuestos necesarios para que ésta tenga lugar?, esto es, que exista un menor o incapaz que precise asistencia, cosa que no se da cuando se alcanza la mayoría de edad o cesa la causa que daba lugar a la misma». Vid., también, NÚÑEZ MUÑOZ, C., «La guarda de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, Junio 1999, págs. 433-434; AFONSO RODRÍGUEZ, E., «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», *op. cit.*, pág. 325.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.ª), de 18 de enero de 1999 (AC 1999/2949), hace referencia al supuesto de incapacitación y no nombramiento de tutor, sino a la designación de guardador de hecho; y, por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 8 de mayo de 2000 (La Ley 94664/2000), hermano como guardador de hecho de su hermana, presunta incapaz como consecuencia de la enfermedad de Alzheimer que padecía.

Los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de junio de 2001 (La Ley 1241159/2001), y de 13 de julio de 2001 (La Ley 142612/2001), configuran el internamiento como una clara guarda de hecho, ejercida con el auxilio de un profesional que dicho internamiento procura.

(43) CANO TELLO, C., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, 1984, pág. 142.

(44) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 793.

(45) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Curso de Derecho de Familia*, T. I, Civitas, Madrid, 1988, pág. 258.

concorre causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela, o aún estándolo, los titulares de estas funciones no la ejercen; no, por tanto, el presunto incapaz (46). En todo caso, si la guarda se ejerce respecto de una persona que está bajo patria potestad o tutela, se considera también conveniente que la autoridad judicial confiera funciones tutelares al guardador, si lo hacen aconsejable la duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona guardada. La atribución de estas funciones tutelares comporta la suspensión de la patria potestad y la tutela (art. 225-3.2).

Por su parte, el artículo 142 de la Ley 13/2006, del Derecho de la persona de Aragón, califica de transitoria y temporal esta institución, y señala como supuestos de guarda de hecho, los menores o incapacitados en situación de desamparo, o las personas que podrían ser incapacitadas.

V. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA GUARDA DE HECHO

Sobre la base de lo expuesto en el apartado anterior, en cuanto a las personas que son susceptibles de una guarda de hecho, dependerá de la postura que adoptemos en relación con las dos opciones doctrinales expuestas. Así, para los partidarios de una visión amplia de la guarda, manifiestan que ésta puede darse tanto respecto a los menores en situación de desamparo, o de personas mayores de edad susceptibles de incapacitación, como respecto de personas ya incapacitadas. Lo cierto es que, manifestándonos a favor de esta postura, no resultan infrecuentes los casos en que los ascendientes (abuelos) asumen transitoriamente la guarda del menor desatendido por sus padres o tutor (47), como también de personas incursas o no en causa de incapacita-

(46) En el artículo 253 del derogado Código de Familia catalán eran supuestos de guarda de hecho: menores en situación de desamparo y cualquier persona que por razón de las circunstancias personales puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela. Vid., en relación con la regulación contenida en el citado Código, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 29 de octubre de 1999 (La Ley 150009/1999); y, de la misma Audiencia, Sección 18.^a, de 18 de febrero de 2000 (La Ley 41114/2000).

(47) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.^a, de 1 de octubre de 1990 (La Ley 3914/1990); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 19 de enero de 1999 (AC 1999/3147), existe una convivencia del menor con los abuelos desde su nacimiento, situación consentida por la madre biológica, se considera como medida más beneficiosa para el menor, el nombramiento de los abuelos como guardadores de hecho; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 1 de octubre de 2001 (La Ley 172945/2001), señala que la situación de guarda de hecho del niño en la abuela materna, con el consentimiento del padre, no puede derivar en una atribución de tutela sin más, mientras no se prive al progenitor de la titularidad de la patria potestad; el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 26 de septiembre de 2002 (La Ley 157205/2002); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 7 de enero de 2004 (La Ley 3761/2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 3 de junio de 2004 (La Ley 131271/2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.^a, de 26 de noviembre de 2004 (La Ley 250167/2004), tienen asumida la guarda del menor sus abuelos paternos por delegación de la Entidad Pública; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 3 de diciembre de 2004 (La Ley 256793/2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.^a, de 30 de diciembre de 2004 (La Ley 275376/2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.^a, de 27 de julio de 2006 (La Ley 184177/2006); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 1 de diciembre de 2006 (La Ley 248931/2006); el Auto de la Audiencia

ción, se encuentran bajo la protección de una persona física o jurídica, que actúa como si se tratara de un guardador legal, sin tener tal condición, y sin que actúe por encargo del guardador; o, en fin, tratándose de alguien incapacitado (menor de edad o mayor de edad), su tutor no ejercita adecuadamente sus funciones y desatiende la esfera personal y patrimonial de su tutelado. Otros, por el contrario, entienden que la guarda de hecho es incompatible con sentencia de incapacitación; y la guarda de hecho es, precisamente de hecho, y no jurídica, deferida a través de un procedimiento legal. La persona, por tanto, que está sujeta a guarda de hecho no es jurídicamente un incapacitado, sino como dice el artículo 303, un «presunto incapaz». No obstante, como señala acertadamente BEROVITZ, aunque el artículo 303 habla de «presunto incapaz», por lo que hay que deducir que no comprende en su ámbito a personas incapacitadas, sino sólo a las susceptibles de serlo; esto no obsta para extender el mismo tratamiento a los que, ya estando incapacitados, no están sometidos a tutela, pues no se ha designado tutor, o porque no sea el designado tutor quien la está ejerciendo (48). Lo cierto es que tanto el «presunto incapaz» no incapacitado, o el incapacitado no tutelado, por falta de nombramiento judicial de tutor, o porque designado éste no ejercita su cargo, o, en fin, porque exista causa de remoción del cargo, determina que estas personas se puedan encontrar en una situación de especial vulnerabilidad, de riesgo por falta de protección en su esfera personal y patrimonial. En tales supuestos, parece también pensar el legislador cuando hace referencia a la situación de desamparo en que se pueden encontrar también los mayores de edad en el artículo 239.3 del Código Civil; de ahí que, en principio, nada impida que sobre tales bases legales, una persona, como guardador de hecho, en principio, sin atribución legal, asuma el cuidado y protección de aquellas personas incapacitadas o no; y el Juez puede requerirle para que informe sobre la situación del menor o del presunto incapaz (o incapacitado).

En síntesis, la guarda de hecho puede no exigir tanto que se demuestre que la persona está afectada por una causa de incapacitación —pues puede no estarlo, aun teniendo cierta limitación en sus facultades—, como el constatar una situación de posible riesgo o peligro de una persona o de sus bienes que reclame una actuación inmediata, y oportuna, a la que puede responder este mecanismo de protección con una duración no necesariamente prolongada en el tiempo, aunque sí fundada en el beneficio de la persona guardada.

En cuanto a la *persona del guardador*, pues ser una persona física —pariente o no— (49); y una o varias (50) o jurídica (51). Precisamente, en relación con

Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 23 de enero de 2007 (*JUR* 2007/127740), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 31 de julio de 2007 (La Ley 223927/2007).

(48) BEROVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 788-789. En el mismo sentido, NÚÑEZ MUÑOZ, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 438.

(49) Normalmente, la persona del guardador suele ser un pariente del menor o del presunto incapaz o incapacitado (padres, ascendientes, hermanos, hijos).

(50) Puede darse el caso de una pluralidad de guardadores, pues, recordemos que, en muchos supuestos, son los propios padres quienes actúan como tales en una suerte de patria potestad prorrogada de hecho, cuando no instan la incapacitación de su hijo al llegar a la mayoría de edad.

(51) Pensemos en un Centro Residencial donde se encuentra residiendo el presunto incapaz (normalmente, persona de la tercera o cuarta edad), siendo la persona que materializa la guarda el Director/a como máximo responsable del centro.

esta última, y con personas mayores de edad en situación de desamparo, y no susceptibles de ser incapacitadas, la propia Administración Pública puede ser nombrado guardador de hecho como medida cautelar judicialmente establecida dentro del marco asistencial de actuación de los poderes públicos con objeto de paliar las situaciones de riesgo en que se encuentran inmersas tales personas, sin que el único remedio sea la incapacitación judicial (52). Así, la Ley 4/1995, de 21 de marzo, de creación de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, en su artículo 4.b) enuncia entre sus fines: «*la defensa judicial de los residentes en la Comunidad de Madrid, sobre los que se haya iniciado un proceso de incapacitación, así como el ejercicio de cuantas funciones determine la autoridad judicial en medidas provisionales de defensa y protección personal y patrimonial de presuntos incapaces en situación de desamparo*». Añade, asimismo, en su Disposición Adicional 5.ª, en su número 2, que: «*en casos excepcionales y de probada necesidad, la Agencia adoptará las medidas especiales análogas a la institución de la guarda de hecho que resulten precisas, actuando en coordinación con los correspondientes órganos especializados de la Comunidad Autónoma y con arreglo a la legislación aplicable en cada caso*» (53). Aunque se le dote de provisionalidad a esta guarda, lo cierto es que, ante situaciones de riesgo/desamparo, corresponde a los poderes públicos asumir dicha responsabilidad ante la inmediatez que caracteriza su actuación, y sin que suponga incompatibilidad con una presumible capacidad del sujeto en situación de desamparo; y, por supuesto, sin que ello sea obstáculo, si lo exige la situación, que se opte por la incapacitación judicial. En todo caso, la adopción de medidas cautelares por parte de la autoridad judicial, en la que participan las entidades públicas en su consecución, constituye una realidad que el legislador tenía en mente cuando redactó el artículo 239.3. La mayor relevancia corresponde a la falta de asistencia, y no a la incapacidad, y ello porque el citado precepto ha dispuesto una derivación —un

(52) En este sentido, vid., artículo 142 de la Ley 13/2006, del Derecho de persona de Aragón, y el artículo 225-1 del Código Civil catalán. Señala GETE-ALONSO Y CALERA M.ª C., «Las instituciones de protección de mayores de edad», en *La protección civil de personas sometidas a manipulación mental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 306, que no deben tener finalidad lucrativa. Por su parte, ROGEL VIDE, C., «Sobre la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 593, considera criticable que una persona jurídica pueda ser guardador de hecho.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 7 de septiembre de 2000 (La Ley 159719/2000), se nombra como tutor a la Fundació Germà Tomás Canet, institución que viene ostentando la guarda de hecho del incapaz.

(53) La Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, en su artículo 9 define las funciones del sistema público de servicios sociales en la letra f) y hace referencia a «la tutela jurídico-social de las personas en situación de desamparo, según los términos de la presente Ley»; y en el artículo 23 concreta con relación a la Atención a Mayores, en su letra f) de nuevo: «la protección jurídica de las personas en situación de desamparo».

Asimismo, la Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha en su artículo 2 f) fija como funciones de la Comisión: «*la ejecución de las actuaciones que determine la autoridad judicial como medidas provisionales de defensa y protección personal y patrimonial de presuntos incapaces en situación de desamparo*». Y el Instituto de Tutela de Bizkaia, igualmente, en su artículo 4 b) configura como finalidades del Instituto: «*La asunción, en su caso, de la defensa judicial de las personas mayores residentes en el Territorio Histórico de Bizkaia sobre las que se haya iniciado un proceso de incapacitación, así como cuantas funciones determine la autoridad judicial en medidas provisionales de defensa y protección personal y patrimonial de presuntos incapaces en situación de desamparo*».

tanto imperfecta— de la atención y amparo que los poderes públicos han de garantizar a las personas con discapacidad por imperativo del artículo 49 de la Constitución Española.

VI. EXTENSIÓN DE LA GUARDA DE HECHO A OTROS SUPUESTOS

Cabe plantearse si en la expresión guardador de hecho, que utiliza el Código Civil, cabe incluir otra figura distinta a aquélla como el curador de hecho. Mientras que una parte de la doctrina defiende tal posibilidad (54), otra, sin embargo, la rechaza por considerar que la curatela consiste en un complemento de la capacidad del menor o incapacitado para ciertos actos; y, en consecuencia, difícilmente esta labor de asistencia o complemento podrá desarrollarse en la práctica, si el curador no justifica la existencia de su cargo con el nombramiento pertinente que le legitime para el ejercicio de las facultades que le concede la Ley. Además, «la guarda es un hecho, mientras que la asistencia es una actuación jurídica en la que difícilmente podemos imaginar a un emancipado actuando por sí mismo, con capacidad de obrar, aunque incompleta, asistido —completando aquella capacidad— por un intruso; el artículo 303 tampoco se refiere a la prodigalidad; y los órganos de guarda estructurados por la ley admiten calificación y catalogación (tutor, curador), pero los ofrecidos por la realidad extralegal no responden a perfiles institucionales (55). No obstante, SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA entiende que «sí es posible, dado el amplio margen de arbitrio judicial, es que la situación de guarda de hecho, a pesar de la referencia que el artículo 303 hace a los artículos 203 y 228, derive no en la constitución de una tutela, sino, en el caso de los incapacitados (art. 287), de una curatela, cuando el grado de incapacidad del pupilo justifique la constitución de la curatela y no la de la tutela» (56).

Lo cierto es que los supuestos en que pudieran admitirse la actuación del curador de hecho son más difíciles de concebir, pues, en la curatela, se parte de la premisa que el curatelado es una persona capaz, que puede gobernarse por sí misma, aunque para la realización de determinados actos necesite de un com-

(54) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, pág. 801; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 478, aunque precisa que el caso más común en la realidad sea la configuración de la guarda de hecho como tutela o patria potestad de hecho; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 794; DE CUOTO GÁLVEZ, R. M.^a, «De la guarda de hecho», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, coordinadores: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLÓREZ, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 2081, cree que es posible pensar en situaciones en las que se da una curatela de hecho. Así, será, por ejemplo, cuando se especifica en la sentencia de incapacitación la necesidad de un curador y éste no se llega a nombrar, o ya se ha designado, pero no cumple las funciones.

(55) LETE DEL RÍO, J. M., «De la guarda de hecho. Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 489; CANO TELLO, C., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 143; GARCÍA GARCÍA, L., *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*, Valencia, 2000, pág. 117.

(56) SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a, «La institución tutelar», en *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, Familia, vol. 2.º, coordinador general: Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL, Civitas, Madrid, 2002, pág. 571. En este sentido, se pronuncia VENTOSO ESCRIBANO, A., «La reforma de la tutela», *op. cit.*, pág. 129.

plemento de su capacidad. Ahora bien, esta regla general no impide que pueda admitirse, en algunos supuestos, una curatela de hecho, así cuando el curador sea excusado o removido del cargo, y pese a ello actúa, siendo el acto que realice beneficioso para el menor o incapacitado; parece lógico mantener al curador, aunque sea actuando «de hecho», en aras del superior interés, que deben presidir todas las actuaciones de protección de estas personas (57).

En todo caso, son muy acertadas las palabras de ROGEL VIDE cuando considera que, en realidad no existe un tutor, un curador o un defensor judicial de hecho como figuras independientes, sino que existe un guardador de hecho, con un régimen jurídico único, ya sea en funciones de tutor, ya de curador o incluso de defensor judicial (58).

Por otra parte, el artículo 172.1 del Código Civil hace referencia a la tutela automática o *ex lege*, de los menores en situación de desamparo por parte de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores. En relación con la materia objeto de análisis, es claro que la existencia de un guardador de hecho que efectivamente atienda al menor, excluye la situación de desamparo (59). Y, que, como afirma ROGEL VIDE, la guarda a la que hace referencia el citado precepto difiere sustancialmente de la guarda de hecho contemplada en los artículos 303 y siguientes, pues, mientras la guarda de hecho es equiparable a la tutela y, es, además, una guarda formal, conocida, en tanto que es requerida por quienes tienen —y no pierden— la potestad sobre el menor, o acordada por el Juez; la guarda del artículo 172 es una guarda formal prevista como solución urgente y, además, transitoria, «durante el tiempo necesario» —dice tal precepto—, y abocada a situaciones más estables (60).

Finalmente, tras la entrada en vigor de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la guarda de hecho puede llegar a convertirse en acogimiento familiar. Corresponde al Juez, en consecuencia, decidir no constituir la tutela y mantener al menor o presunto incapaz en la familia del guardador de hecho, si se considera que esto puede ser lo más beneficioso para ellos (61).

(57) NÚÑEZ MUÑOZ, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, págs. 437-438, precisa, además, que «caso distinto será el del pródigo, pues aquí no se protege su propio interés, sino el de su familia más cercana, y para que los actos realizados por él que requieran asistencia no sean impugnables, será necesaria la aquiescencia de un curador legalmente nombrado, excluyendo, por tanto, al curador de hecho, pues si bastase la asistencia de cualquiera, lo mismo podría celebrarse el acto sin necesidad de ella, pues en rigor el pródigo no es incapaz, sino alguien cuyas actuaciones patrimoniales es preciso «controlar»; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «Consideraciones sobre la guarda de hecho», *op. cit.*, págs. 83-84, señala como otro supuesto posible, cuando un menor sometido a tutela, se emancipa y debe actuar un curador para cualquiera de las actuaciones que lo precisan, según el artículo 323. En este caso y conforme al artículo 292 del Código Civil desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa».

(58) ROGEL VIDE, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 63; del mismo autor, «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 861-862. En el mismo sentido, HEREDIA PUENTE, M., y FÁBREGA RUIZ, C. F., «La guarda de hecho como mecanismo protector de incapaces», en *La Ley*, núm. 4497, 1998-I, pág. 2092.

(59) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1.ª, de 22 de diciembre de 2004 (*JUR* 2006/33272).

(60) ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 864.

(61) Resulta curiosa la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 17 de abril de 1999 (*AC* 1999/1147), cuando señala que: «(...) En efecto, el acogimiento

VII. FUNCIONES DE LA GUARDA DE HECHO

Actúa tanto en la esfera personal como patrimonial, y puede variar en función de los supuestos a los que se aplica, adaptándose a las circunstancias concretas de guarda que exige el sometido a la misma.

Respecto de la persona, puede ocuparse de su alimentación, cuidado, tratamientos médicos, educación y formación; incluso, promover la incapacitación del sujeto, cuando sea necesario, o de procurar su recuperación. En este sentido, se manifiesta el artículo 145.1 de la Ley 13/2006 de Derecho de la persona de Aragón; y el artículo 225-3.1 del Código Civil catalán, que, además añade que «el guardador debe actuar siempre en beneficio de la persona en guarda».

Respecto de su patrimonio, alcanza, en principio, a todos los actos de administración ordinaria, no a los de carácter extraordinario, pues, no olvidemos que se trata de una situación fáctica, de hecho. A ello se refiere expresamente el artículo 145.1 de la Ley 13/2006, si bien, con la exigencia de que estos actos de administración sean necesarios. Para la justificación de tal necesidad será suficiente la declaración en tal sentido de la Junta de Parientes de la persona protegida (art. 145.2 de la citada Ley). No obstante, la realización de estos actos calificados de «necesarios», comporta frente a terceros la representación legal del guardador de hecho. E igualmente, contiene mención expresa de la limitación en la actuación del guardador a los actos de administración ordinaria, el artículo 225-3-1 del Código Civil catalán. Ahora bien, si se trata de una guarda de hecho de personas, que están bajo patria potestad o tutela, éstas pueden solicitar de la autoridad judicial que, confirieran al guardador, funciones tutelares, siempre y cuando concurran circunstancias que lo hagan aconsejable como, por ejemplo, la duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona guardada que lo hagan aconsejable (62). Estas funciones tutelares se atribuyen en procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la patria potestad o del tutor, si es posible. Tal atribución conlleva la suspensión de la patria potestad (art. 225-3.2 del Código Civil catalán), evitando con ello que el guardador tenga que asumir una carga demasiado onerosa, sobre todo si se trata de miembros pertenecientes a la misma familia, de tener que instar la privación de la patria potestad o la remoción del tutor.

del ahora demandante durante su menor de edad por parte de su abuelo materno y sus tíos podría calificarse de “guarda o tutela de hecho”, situación que existe, o puede producirse siempre que alguien sin estar investido oficialmente de funciones tutelares respecto de un menor o incapaz asume y ejerce de hecho sus funciones, aunque la regulación legal de tal situación no se hubiese producido hasta la Ley 13, de 24 de octubre de 1983, que dio una nueva redacción a los artículos 303 a 305 del Código Civil. Pero, en modo alguno, es posible en nuestro Derecho deducir de una situación de convivencia familiar y del “trato como hijo de una persona”, la existencia de una adopción de hecho, dado que, en todo momento, de su desarrollo histórico tuvo la adopción el carácter de acto formal y solemne» (*Fundamento Jurídico 2.º*).

(62) Aunque no lo establece el legislador, parece que podría llevarse a cabo tal solicitud por el guardador.

Por otra parte, la atribución de funciones tutelares sólo puede tener lugar para el supuesto de persona que está en potestad parental o en tutela, y, no para aquellos casos, frecuentes en la práctica, donde las familias cuidan de sus miembros ancianos afectados por demencias seniles u otras enfermedades que les impiden decidir por sí mismas y respecto de las cuales no se insta su incapacitación; pues, para este supuesto se considera conveniente el nombramiento de tutor con la consiguiente incapacitación del sujeto.

Si bien, en este contexto, desde la propia regulación del Código Civil, la no mención expresa y por ende, limitación de la actuación del guardador —a diferencia de los ordenamientos autonómicos citados—, a los actos de administración ordinaria; no parece imposibilitar que pueda extenderse aquella también a los de administración extraordinaria, siempre que redunden en utilidad del menor o presunto incapaz, si tenemos en cuenta lo que establece el artículo 304 del mencionado cuerpo legal, y el hecho de que cuando la guarda de hecho se comunica a la autoridad judicial, su existencia podríamos decir se «juridifica», sometiéndose a un control judicial como los demás cargos tutelares.

VIII. RÉGIMEN JURÍDICO

Existe una tendencia bastante extendida que propugna la plena equiparación del guardador de hecho al tutor formal, al menos en cuanto a deberes y obligaciones se refiere (63). Sin embargo, nos parece más acertada aquella postura que no opta por una aplicación indiscriminada de todas las normas relativas a la tutela formal a la guarda de hecho, sino que sólo considera que se han de aplicar aquéllas, cuando no sean inadecuadas al propio régimen de la guarda de hecho o no exista una norma específica como los actuales artículos 303 a 306 del Código Civil (64).

Lo cierto es que, como se pronunció para el régimen derogado ESCOBAR, el tutor de hecho debería actuar con «toda la diligencia de un buen padre de familia» (65). Y, asimismo, se ha de señalar que, puede alcanzar su actuación —antes de que sea conocida por la autoridad judicial su existencia—, tanto al ámbito personal como patrimonial del sujeto guardado; si bien en este último supuesto sólo respecto a los actos de administración ordinaria y no de disposición.

Sobre tales bases procede analizar la regulación específica que, en torno al guardador de hecho, se contienen en los citados preceptos del Código Civil y en las demás regulaciones autonómicas referidas en líneas precedentes.

(63) Vid., por todos, SANCHEZ REBULLIDA, FRANCISCO, «Elementos de Derecho Civil», de LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *op. cit.*, pág. 345. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.ª, de 24 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/28448).

(64) ROGEL VIDE, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 98; del mismo autor, «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 864. En el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 478; DÍAZ-ALABART, S. *et al.*, «El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda», *op. cit.*, pág. 74.

Sin embargo, para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 783, pese a cumplir ambas figuras una función similar, la realidad normativa actual, sin embargo, no permite realizar una asimilación entre la tutela y la guarda de hecho, pues los preceptos del Código Civil sólo equiparan guarda de hecho y guarda legal en lo que atañe al deber de información del guardador (art. 303) y al deber de indemnización (art. 306). Además, ni siquiera la ubicación sistemática podría servir de argumento, si se tiene en cuenta, además, que el artículo 215 no enumera a la guarda de hecho dentro de las instituciones tutelares. Siendo así que el régimen jurídico del guardador de hecho debería sujetarse únicamente a lo establecido en los artículos 303 a 306, sin que las normas relativas a la tutela sean de aplicación analógica.

(65) ESCOBAR DE LA RIVA, E., «La tutela», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, pág. 253.

1. EL DEBER DE INFORMACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO

El artículo 303 dispone que: *«sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas»* (66). Este precepto deja a salvo los supuestos de declaración de incapacidad y constitución de la tutela de oficio, cuando tengan conocimiento de la existencia de una persona, que incurra en causa de incapacitación o deba ser sometida a tutela. El artículo 203 ha sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, considerándose aplicable ahora en lugar de aquél, el artículo 757.2 y 3 de la citada Ley, a cuyo tenor: *«2. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación, si las personas mencionadas en el apartado anterior (cónyuge o situación asimilable, descendientes, ascendientes y hermanos) no existieran o no la hubieran solicitado»*. Y añade el párrafo 3 que: *«cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal»*. Por su parte, el artículo 228 del Código Civil señala que: *«si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela»*.

Una vez que el Juez tenga conocimiento oficial de la guarda de hecho, ésta entra en fase de interinidad; y se mantiene mientras —si se considera necesario— (67), se sustancia el proceso de incapacitación y se ordena debidamente la representación legal del menor o incapacitado. Al respecto, en esta fase, el Juez puede requerir al guardador para que le informe de la situación de la persona y bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos. Para BERCOVITZ existe un paralelismo entre este deber de información y el contemplado para el tutor en el artículo 233; y, naturalmente, ese deber de información se extiende en principio tanto a la persona

(66) En el mismo sentido, el artículo 144.1 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón: *«cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, le requerirá para que informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes, así como de la actuación del guardador en relación con ambos extremos»*. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1.ª, de 22 de diciembre de 2004 (La Ley 269719/2004); y los Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 13 de febrero de 2008 (La Ley 52542/2008); y de 25 de febrero de 2008 (La Ley 52418/2008), señalan que, naturalmente, ese deber de información se extiende en principio tanto a la persona como a los bienes, quedando limitado en cada caso al ámbito en el que se está desarrollando la guarda de hecho, sin perjuicio de que el guardador pueda completar la información con otros datos que conozca, ajenos a su actividad de protección y custodia. La información, en cuanto a los bienes, puede consistir, en su caso, en un inventario y en una rendición de cuentas.

(67) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 23 de enero de 2007 (La Ley 18071/2007), señala que la situación fáctica de la guarda de hecho en la persona de la abuela, consentida por el padre y la madre biológicos de las menores, debe legitimarse en beneficio del interés del menor; y el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 11 de abril de 2008 (La Ley 145022/2008).

como a los bienes, quedando limitado en cada caso, al ámbito en el que se está desarrollando la guarda, sin perjuicio de que el guardador pueda completar la información con otros datos que conozca, ajenos a su actividad de protección y custodia (68).

El Código, asimismo, señala que *podrá requerirle*, lo que plantea la duda, si estamos en presencia de una obligación o de una simple facultad de la autoridad judicial. Parece que el sentir mayoritario de la doctrina se inclina por su obligatoriedad. LETE DEL RÍO señala al respecto que «debería haberse dicho “deberá”; si no se entiende así, ¿qué valor se le dará a la actitud de un juez que teniendo conocimiento de la existencia de una guarda de hecho no exige de quien la desempeña el correspondiente informe?». En mi opinión, añade el autor, «sería afirmación de una ilegalidad inadmisibles; además, si esto pudiera acontecer, indudablemente resultaría más ventajosa la situación de un guardador de hecho que la de un tutor legal» (69).

Por otra parte, en el contexto actual, no sería improbable que el Juez en situaciones de disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, y ante colectivos especialmente vulnerables, ancianos, los discapacitados, *border line*, una vez que conociera la existencia de una guarda de hecho, optase por su mantenimiento, como lo más beneficioso para los intereses de la persona susceptible de protección, sin perjuicio de imponer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

De todas formas, nada impide al propio guardador de hecho a que promueva la incapacitación del presunto incapaz (70).

2. OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR O COMUNICAR LA EXISTENCIA DE LA GUARDA DE HECHO

Tanto el artículo 143 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón, como el artículo 225-2 del Código Civil catalán, mencionan —a diferencia del Código Civil español que no lo hace en sede de guarda de hecho—, la obligación del guardador de notificar la existencia de ésta a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, para que éstos puedan valorar la situación y, si fuese necesario, proceder a incoar el correspondiente procedimiento de incapacitación.

No obstante, mientras que en el artículo 143 de la citada Ley 13/2006, tal deber alcanza a todos los supuestos de guarda de hecho, en el Código Civil catalán, sin embargo, sólo se exige para dos supuestos: 1) El de acogimiento transitorio de un menor, que se encuentra en situación de desamparo ante la desatención de quienes tienen la obligación de cuidarlo. El guardador de hecho deberá comunicarlo a la entidad pública competente en materia de protección de menores, o a la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda (art. 225-2.1); 2) En caso de guarda de hecho de una

(68) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 789. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 13 de febrero de 2008 (La Ley 52542/2008).

(69) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 490. Vid., también, MARTÍNEZ DÍE, R., «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en *La Notaria*, núm. 2, febrero de 2000, pág. 36. Para LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 388, en cambio, la actividad de la autoridad judicial es meramente facultativa.

(70) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.ª, de 13 de mayo de 2001 (La Ley 91255/2002).

persona mayor de edad en quien concurre causa de incapacitación, si ésta se encuentra en un establecimiento residencial; no si está residiendo en su propio domicilio o en el de otros parientes. La persona titular del establecimiento residencial (guardador de hecho) deberá comunicarlo a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal en el mismo plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda (ingreso en la residencia). Por tanto, la obligación de comunicar en este segundo caso, sólo opera si la persona mayor de edad incurre en causa de incapacitación y está en un establecimiento residencial (art. 225-3.2).

3. MEDIDAS DE CONTROL Y VIGILANCIA

Durante este proceso de interinidad, y a la luz de lo dispuesto en el artículo 303, asimismo, el Juez puede establecer medidas de control y vigilancia respetando la situación de hecho existente (71). Señala BERCOVITZ que «dichas medidas no son sino las ya previstas con carácter general en los artículos 203.II, 209 y 299 bis. Al igual que ocurre con la referencia a los artículos 203 y 228 contenida en el comienzo del artículo 303, el único valor de esta parte final del mismo es el de mero recordatorio» (72). Entre estas medidas se pueden incluir, además de la prevista en el artículo 158 (por remisión expresa del art. 216.II) y el artículo 299 bis del Código Civil, de nombramiento de un administrador para los bienes; las del artículo 757.2 y 3 y las cautelares del artículo 762 de la LEC, medidas todas ellas que, desde luego, se han definido como provisionarias y caducas, pues «su mayor o menor duración depende de que el Juez haya dado inmediata aplicación al artículo 299 bis o no» (73). Por otra parte, estas medidas, cuya solicitud puede tener lugar a instancia también del Ministerio Fiscal —y que venían recogidas en los derogados arts. 203.2 y 209 del Código Civil—, pueden adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación (74).

Ahora bien, como señala ROGEL VIDE: «han de adoptarse inmediatamente, sin que pueda retrasarse esperando la elaboración del informe del guardador de hecho y su ulterior recepción y conocimiento por la autoridad judicial»; lo contrario, añade: «podría redundar en perjuicio del guardado, cuando es ello, precisamente, lo que se trata de evitar» (75).

No obstante, la inmediatez en la adopción de las medidas ha de relacionarse también con su provisionalidad, ya que el Juez habrá de promover, a

(71) Vid., asimismo, el artículo 144.2 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón.

(72) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 790.

(73) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 490; SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «El nuevo régimen de la familia», vol. III, Tutela e instituciones afines, *op. cit.*, págs. 162-163; RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, de LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, T. IV, Familia, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 446.

(74) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de julio de 2004 (La Ley 162406/2004).

(75) ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 865. Sin embargo, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 490, señala que «estas medidas habrán de ser, lógicamente, subsiguientes al informe, pues en función de éste se adoptarán aquéllas que la autoridad judicial estima más procedentes en beneficio de la persona y de los bienes de la persona sometida a la guarda de hecho».

través del Ministerio Fiscal, la declaración de incapacidad y la constitución de la tutela, cesando, por tanto, la guarda de hecho, y asumiendo temporalmente la representación y defensa del tutelado el Ministerio Fiscal, y el cuidado de los bienes el administrador judicial nombrado. Si bien, ello no obsta, para que tales medidas judiciales respeten la situación de hecho existente, y el Juez opte por nombrar como defensor del menor o incapaz, o administrador de sus bienes al guardador, ya que la actuación de éste no tiene porque merecer un reproche, sino todo lo contrario (76).

La Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad (77), redacta el artículo 38 de la LRC de la siguiente forma que: «*A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias: 6. La existencia de un guardador de hecho y las medidas judicial de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o del presunto incapaz*». E, igualmente, otorga legitimación al Ministerio Fiscal para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la guarda de hecho (Disposición Adicional única.1 de la Ley). Con esta reforma se da publicidad registral a la guarda de hecho; y, asimismo, a nuestro entender, redundante en la posibilidad de mantenimiento del guardador de hecho como cargo —asumido *de facto*—, siempre que resulte beneficioso para el guardado, ante situaciones de merma de alguna de las facultades físicas o psíquicas que no sean causa de incapacidad, al ser un instrumento de protección que puede atender sus necesidades de la misma forma que antes durante su «clandestinidad», si bien, ahora bajo un control judicial.

4. EFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS POR GUARDADOR DE HECHO

El artículo 304 del Código Civil dispone que: «*los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no pueden ser impugnados si redundan en su utilidad*» (78). Esta norma sanciona la inimpugnabilidad de los actos realizados por el guardador si redundan en utilidad del guardado (79). En realidad, como señalan DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, lo

(76) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 790.

(77) BOE, núm. 73, de 26 de marzo de 2009, págs. 29.137 a 29.142.

(78) En similares términos se pronuncia el artículo 145.3 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón, cuando referido al acto declarado necesario por la Junta de Parientes, dispone que: «*El acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida*».

(79) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 19 de diciembre de 2000 (La Ley 231054/2000); la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.ª, de 9 de marzo de 2001 (La Ley 53742/2001); la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 12 de mayo de 2004 (La Ley 111969/2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2005 (La Ley 24967/2005), y el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 8 de septiembre de 2008 (La Ley 227882/2008).

que quiere significar el precepto «es que no podrán ser declarados nulos en esa hipótesis, pues carece de lógica que se niegue una legitimación para accionar *a priori*, siendo así que la prueba de la utilidad debe producirse en el proceso, a cargo de quien sostenga la validez del acto impugnado» (80). El ámbito del precepto comprende todos los actos realizados por el guardador, sean de naturaleza patrimonial, con carácter preferente, o personal, pues, el Código Civil no los excluye.

En relación con los de carácter patrimonial, parecen comprenderse todos los actos realizados en interés del menor o incapaz, sean de administración ordinaria, extraordinaria y los dispositivos (81), lo que supone un tratamiento más favorable que el otorgado al tutor de derecho (82). Entre los actos de esta naturaleza podemos destacar la constitución de patrimonio protegido (83); y la solicitud de declaración de persona en situación de dependencia en cualquiera de los grados del guardado; y del derecho a alguna prestación o ayuda que fija la Ley 39/2006, de 14 de diciembre (84).

Con respecto a los de naturaleza personal, ha de entenderse comprendidos, especialmente, aquellos que se deriven del cumplimiento por el guardador de los deberes consignados en el artículo 269 del Código Civil —velar por el tutelado, y, en particular, procurarle alimentos, educación y formación integral, promoviendo la adquisición o recuperación de la capacidad de éste y su mejor inserción en la sociedad— (85).

(80) Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, *Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2006, págs. 290-291.

(81) En cambio, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «Curso de Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 259, considera que: «el régimen de la eficacia extraordinaria en beneficio del menor sólo podrá extenderse a los actos conservativos...», pues, como señala, si los actos de administración extraordinaria del tutor legal sin autorización pueden ser impugnados, con más razón los del tutor de hecho».

(82) SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a, «La institución tutelar», *op. cit.*, pág. 580.

(83) El artículo 3.1.a) de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en relación con la constitución del patrimonio protegido dispone que: «El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil».

(84) Para MORETÓN SANZ, M.^a F., «El guardador de hecho ante la dependencia: revisión de los procedimientos autonómicos y las declaraciones “bajo su responsabilidad”», en *La Ley*, núm. 7.246, de 22 de septiembre de 2009, pág. 2, la presentación de la solicitud para la declaración de dependencia por el guardador puede ser incluida en la órbita de los actos de administración (vid., asimismo, el estudio profundo que la autora hace en este trabajo sobre la exigencia de declaración del guardador de hecho en las solicitudes de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones en relación con las diferentes normativas autonómicas, además de la estatal).

(85) NÚÑEZ MUÑOZ, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 441; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a, «La institución tutelar», *op. cit.*, pág. 580; ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 867, precisa que «estos deberes juegan también para los guardadores de hecho, junto con los derechos correspondientes, siendo —en tales casos— difíciles de conjugar sus límites, sobre todo el representado por la intervención y control de la autoridad judicial». Precisamente por ello, y a su entender: «los actos que, en base a los deberes y derechos antes citados, realice el guardador de hecho, en relación con la persona del guardado, han de ser susceptibles de impugnación».

En todo caso, se trate de actos de naturaleza patrimonial y personal, lo importante es que redunden en beneficio o utilidad del guardado, y se hayan realizado en «interés» del mismo (86). Referente al concepto de utilidad, cabe plantearse, si éste ha de entenderse o no objetivamente; si ha de medirse con criterios exclusivamente patrimoniales o no; si la utilidad ha de apreciarse o no respecto de la totalidad del acto llevado a cabo por el guardador de hecho; y, en fin, si la utilidad ha de ser inmediata o no (87). En el sentir mayoritario de la doctrina se señala que: *a)* Esta utilidad debe ser objetiva, esto es, se ha de prescindir de la motivación subjetiva del guardador; *b)* No debe medirse necesariamente en función de criterios patrimonialistas o económicos, ya que la guarda de hecho debe buscar el beneficio global y el bienestar personal del menor o incapaz, más que un mero beneficio económico; *c)* No cabe plantear una valoración fraccionada de la utilidad que produzca el acto; la valoración ha de ser global, sin que pueda pretenderse una anulación parcial, limitada a las consecuencias perjudiciales; *d)* Finalmente, debe ser también inmediata, de acuerdo con la naturaleza del acto y la previsibilidad de sus consecuencias; de manera que si el acto realizado por el guardador en el momento de llevarlo a cabo, no es útil para el guardado pero, por circunstancias sobrevenidas, cuando el acto debe valorarse judicialmente el mismo reviste caracteres de utilidad; estas circunstancias sobrevenidas sanarían el acto *a posteriori*, y el mismo sería plenamente válido. Esta misma validez debería, asimismo, mantenerse en el supuesto inverso, esto es, que el acto fuera útil al tiempo de ejecución que, posteriormente, por circunstancias no previstas racionalmente, deriven en perjuicios para los intereses del guardado (88). En todo caso, la utilidad es una cuestión de hecho que habrá de ser objeto de prueba en el proceso y sobre la cual ha de pronunciarse el Juez (89). Al hilo de esta interpretación, si el resultado útil ha de demostrarse en el proceso, como acertadamente señala DE CUOTO GÁLVEZ, la expresión «no podrán ser impugnados» no es correcta porque «precisamente la impugnación dará lugar al pronunciamiento judicial acerca de la utilidad en interés del sometido a tutela» (90). Será, por tanto, el procedimiento impugnatorio, el momento adecuado para probar la utilidad del acto.

(86) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2005 (AC 2005/550).

(87) Señala LETE DEL RÍO, J. M., «De la guarda de hecho. Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 491, que «la utilidad es un concepto relativo; como es sabido, lo que es útil para unas personas puede no serlo para otras». Asimismo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 790, se pregunta si un concepto como el de utilidad, tan indeterminado, suscita la duda acerca de la oportunidad de constituirlo en límite de impugnabilidad de los actos del guardador, sobre todo si se tiene en cuenta que normalmente no se impugna un acto que ha resultado beneficioso.

(88) SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª, «La institución tutelar», *op. cit.*, pág. 580; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 791; LETE DEL RÍO, J. M., «De la guarda de hecho. Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 491; MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, págs. 329-330; ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 867-868.

(89) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 491.

(90) DE CUOTO GÁLVEZ, R. M.ª, «De la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 2083.

Respecto al requisito consistente en que el acto se haya realizado en «interés» del menor o incapaz, ha de ser interpretado en el sentido de que dicho acto debe ser efectuado en representación del guardado, aun cuando el guardador actúe en ejercicio de una representación que no ostenta (91). Se entiende que «interés» no es en un sentido subjetivo de «intención», sino en el objetivo de «actuar en representación» (directa o indirecta) del guardado (92).

De una forma u otra, los actos, personales o patrimoniales, así realizados por el guardador, cumpliendo los requisitos previstos, han de ser válidos; y sin posibilidad de impugnación, como dice la norma ni por el guardado, ni por el tutor constituido posteriormente. Como señala claramente ÁLVAREZ LATA: «lo que se establece en el artículo 304 es una regla *a posteriori* para dotar de validez a los actos realizados por el guardador y de esta manera favorecer la protección de éste y brindarle un medio de dinamizar su precaria situación en el tráfico jurídico, desde el momento en que se comprueba que dichos actos afectan positivamente a sus intereses, reportándole una objetiva utilidad; pero ello no implica que sirva *a priori*, esta regla, como un mecanismo de representación o sustitución de la actuación del menor o incapaz, o sea, de traspaso de la legitimidad activa al guardador de hecho». En fin, concluye la autora, que «del artículo 304 no se desprende un principio de posibilidad de actuación del guardador de hecho en lugar del sometido a guarda, sino un mecanismo de convalidación de sus actos, cuando éstos sean beneficiosos para el guardado» (93). Efectivamente, la utilidad del acto para los intereses del menor o incapaz, salva el defecto de representación, lo confirma y lo valida, pues, por aplicación del artículo 1.259 del Código Civil estaría viciado de nulidad, al tratarse de actos realizados por persona no legitimada por autorización o representación legal (sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1994). No obstante, los actos que no sean realizados en interés del menor o incapaz o carezcan de utilidad para ellos podrán ser impugnados. Estamos ante un supuesto de anulabilidad, que podrá ser instada por el propio menor o incapaz, una vez adquirida la capacidad de obrar y en el plazo de cuatro años a contar desde su recuperación (art. 1.301), o desde este momento, si es capaz (art. 1.259) o la ejercita su guardador legal (94). Igualmente, el legislador aragonés opta en el artículo 145.3 de la Ley 137/2006, de Derecho de persona, por considerar anulables los actos de administración de bienes realizados por el guardador de hecho, que no sean necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida.

(91) SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a, «La institución tutelar», *op. cit.*, pág. 580.

(92) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 790.

(93) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 479. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 1994 (RJ 1994/834).

(94) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 790; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 479; DÍAZ ALABART, S., *et al.*, «El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda», *op. cit.*, pág. 76.

5. DERECHOS DEL GUARDADOR DE HECHO

El artículo 306 del Código Civil, último de los preceptos que se dedican a la guarda de hecho, señala que será aplicable a ésta lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor. Con esta remisión abre la posibilidad que pueda ser indemnizado el guardador de hecho por los daños y perjuicios que sufra en el ejercicio de sus funciones, sin culpa por su parte y a cargo de los bienes del guardado, siempre que no se pueda obtener por otro medio su resarcimiento (95). Se entiende que, tales daños en el desempeño de sus funciones sea como consecuencia de una actuación que redunde en utilidad (objetiva) para el menor o incapaz y que *ex* artículo 304 va a ser válida (96). En todo caso, el daño del que habla el citado artículo 220 ha de entenderse en sentido amplio, comprendiendo todo daño material o moral, daño emergente o lucro cesante, causado como consecuencia del ejercicio de su función (97). Ahora bien, para que los daños sean indemnizables, resulta necesario que exista una relación de causalidad entre el ejercicio de la guarda y la producción de los perjuicios; y que se produzcan como consecuencia del ejercicio de una función tutelar; y no mientras se ejerce la misma (98). En cualquier caso, se requiere que tales daños se hayan producido sin culpa del guardador (99).

En este contexto, el ejercicio por el guardador de la acción del artículo 306 puede servir para poner en marcha los mecanismos del artículo 303; y que el Juez tome las medidas oportunas o para que promueva a través del Ministerio Fiscal la incapacitación del guardado o la constitución de la tutela o curatela (100).

Por otra parte, cabe preguntarse si se puede reconocer al guardador un derecho de retribución. Las opiniones en este punto son contradictorias, pues, mientras algunos autores, como LETE DEL RÍO, niega tal posibilidad, dado que ello supondría en cierto modo un premio a una actuación que es ilegal; otros, en cambio, como SANCHEZ REBULLIDA (101) y ROGEL VIDE (102) consideran que lo

(95) En este sentido, también se pronuncia el artículo 225-4 del Código Civil catalán: «*El guardador de hecho tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización por daños por razón de la guarda, a cargo de los bienes de la persona protegida*».

(96) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 480.

(97) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALGAZ, C., «En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil», en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1984, págs. 505-506; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a, «La institución tutelar», *op. cit.*, pág. 581. Para ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 306 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 870, cabe englobar dentro de la indemnización como lucro cesante, lo dejado de ganar por el guardador de hecho, en el ejercicio de su profesión u oficio durante el tiempo dedicado a la guarda; y este mismo autor, «Sobre la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 592, señala, asimismo, que entre los daños y perjuicios indemnizables cabe citar tanto los que pudiera haber causado, al guardador, terceras personas, como los que —con frecuencia, incluso— le pudiera haber causado el mismo guardado.

(98) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALGAZ, C., «En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 503.

(99) SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a, «La institución tutelar», *op. cit.*, pág. 581.

(100) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALGAZ, C., «En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 516.

(101) SANCHEZ REBULLIDA, Francisco, «Elementos de Derecho Civil», de LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *op. cit.*, pág. 287.

(102) ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 306 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 869; del mismo autor, «La guarda de hecho», *op. cit.*, págs. 143-144; y «Sobre la

dispuesto en el artículo 306 no es óbice, aunque algunos piensen lo contrario, para que el Juez pueda aprobar la actuación del guardador de hecho y arbitrar a su favor una retribución homologable con los criterios del artículo 174.

En todo caso, está legitimado para ejercer cualquier acción de responsabilidad extracontractual, como por ejemplo, consecuencia de accidentes de circulación, del fallecido que estaba bajo su guarda y declarado incapaz (103); y de ser informado de las actuaciones que tengan lugar en cualquier procedimiento que se entable a favor o en contra de la persona, que está bajo su guarda (104).

Y, asimismo, puede ser nombrado tutor, en la mayoría de las ocasiones, por su especial vinculación familiar, porque se trata de una institución jurídica regulada en nuestro Derecho, donde se toman decisiones en interés del presunto incapaz o menor, protegiendo su persona y patrimonio; y, porque viene a ser la medida más adecuada en interés del tutelado, si se tiene en cuenta la precedente relación de guarda que ha existido entre las partes (105).

6. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DEL GUARDADOR DE HECHO

En cuanto a su responsabilidad civil podemos distinguir tres supuestos:

1. La responsabilidad derivada del artículo 229 del Código Civil, que impone al guardador la obligación de promover la constitución de la tutela. Y, si no lo hace es responsable solidario junto a los parientes llamados a la tutela, de la indemnización de daños y perjuicios causados. Aunque no está legitimado activamente para promover la declaración de incapacitación (art. 757.1 LEC), su obligación es poner el hecho en conocimiento del ministerio Fiscal para que sea promovida por éste (art. 757.2 y 3 LEC).

guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 592. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 5 de julio de 2001 (*JUR* 2001/268305).

Para un mejor enfoque de este problema, SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª, «La institución tutelar», *op. cit.*, págs. 581-582, considera que habría que distinguir dos momentos: «a) Retribución por el trabajo realizado por el guardador en la fase previa a que se tenga conocimiento por el Juez de esta situación. En este caso, habría que negar este derecho, ya que el sentido de la retribución es estimular al tutor a un buen funcionamiento de la tutela, y esto se compadece mal con su aplicación a actos ya realizados; b) Por el contrario, en relación con los actos futuros, una vez que el Juez ha conocido ya esta situación de guarda, y por considerarla conveniente, la mantiene durante un tiempo, no cabe duda de que podría fijar una retribución al guardador, conforme a los criterios del artículo 274 del Código Civil». Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 5 de julio de 2001 (*JUR* 2001/268305); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 17 de marzo de 2004 (La Ley 66789/2004).

(103) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 7 de junio de 2004 (La Ley 134557/2004).

(104) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.ª, de 21 de marzo de 2001 (La Ley 61662/2001).

(105) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 12 de noviembre de 2002 (*JUR* 2002/9136), nombramientos como tutores a los abuelos que antes actuaban como guardadores de hecho; la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, de 17 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/129314); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 10 de enero de 2005 (*JUR* 2005/267726), igualmente, el nombramiento como tutores a los abuelos, que antes actuaban como guardadores de hecho del menor; y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 28 de junio de 2007 (La Ley 135400/2007).

2. La responsabilidad derivada de los daños y perjuicios que cause al guardado como consecuencia de su gestión, determina la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil; y el ejercicio, en consecuencia, de las acciones de responsabilidad de aquél contra el guardador, como un supuesto más de responsabilidad extracontractual (106).

3. La responsabilidad por los daños y perjuicios del guardador de hecho por los daños ocasionados por el menor o incapaz. Aunque el artículo 1.903 del Código Civil no menciona al guardador de hecho entre los responsables civiles por hecho ajeno, tratándose de ilícito civil; se ha considerado, no obstante, por la mayoría de la doctrina, que el guardador debe ser igualmente responsable de los daños que cause la persona que se encuentra bajo su custodia y por hecho propio de éste, en la misma medida que lo son quienes ejercen la patria potestad o la tutela. Lo que, además, viene reforzado por los artículos 118 del Código Penal y 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores (107), ante un hecho delictivo (ilícito penal), que consideran como responsable al guardador de hecho de la responsabilidad civil derivada del delito (108).

En el ámbito penal, se considera al guardador de hecho responsable penalmente por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones en el feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que los

(106) SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a, «La institución tutelar», *op. cit.*, pág. 582; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 479.

(107) El artículo 118.1.1 CP señala que: «en los casos de los números 1 y 3, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables», y el artículo 61.3 LORPM establece que: «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos».

(108) DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela», en *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pág. 835; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad Civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos)*, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 247; NÚÑEZ MUÑOZ, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 445. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de septiembre de 1984 (RJ 1984/4296), y la de 5 de marzo de 1997 (RJ 1997/1650); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 18 de julio de 2001 (La Ley 145831/2001), señala que su responsabilidad no tiene el carácter cuasiobjetivo que se deriva de la condición de tutor que no ostenta; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.^a, de 5 de abril de 2005 (La Ley 75479/2005), atribución de responsabilidad a la Junta de Extremadura por ejercer la guarda de hecho de la menor al estar ingresada en un centro de acogida dependiente de la misma por orden judicial en el momento de cometerse los hechos. Falta de concurrencia de circunstancias específicas que permiten al Juez de instancia hacer uso de la facultad de moderar la responsabilidad civil del guardador de hecho en caso de no apreciar dolo o negligencia en su conducta, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 7.^a, de 5 de diciembre de 2005 (La Ley 286418/2005). En contra, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 266.

cometa contra los menores e incapaces que convivan con él. De todas formas, si se cometen en el seno de la convivencia familiar, serán competentes los juzgados de violencia de género (109).

IX. LA EXTINCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO

No se contiene en el Código Civil español mención expresa de las causas de extinción de la guarda de hecho; sí, en cambio, en el artículo 225-5 del Código Civil catalán donde se indica que aquélla finaliza por la desaparición de las causas que la motivaron, por la declaración de desamparo del menor, por el nombramiento de defensor judicial o por la constitución del pertinente régimen de protección, lo que conlleva iniciar, si hay causa para ello, el correspondiente procedimiento de incapacitación, sometiendo a tutela o curatela al presunto incapaz. No se menciona, sin embargo, como causa de extinción, la muerte o declaración de fallecimiento de la persona protegida o del guardador de hecho; si bien, debería también considerarse como tal causa. Tampoco, el abandono en las funciones como tal guardador de hecho (v.gr., por imposibilidad para su ejercicio), que, igualmente, podría ser un supuesto más de extinción; si bien, con la exigencia de comunicar la situación de desamparo, o de posible incapacitación de la persona en guarda a la autoridad judicial, si no quiere incurrir en responsabilidad.

Finalmente, se impone al guardador de hecho en el citado precepto, la rendición de cuentas de su gestión, si así lo justifica la duración de la guarda. Tal rendición habrá de presentarse a la autoridad judicial del domicilio de la persona protegida.

RESUMEN

GUARDA DE HECHO MENORES E INCAPACES

La guarda de hecho como mecanismo de protección adquiere un reconocimiento legal en el Código Civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, aunque con una escasa regulación, lo que exige una importante labor de complemento y desarrollo doctrinal. Frente a quienes optan por una visión amplia de la guarda de hecho, comprendiendo en ella un gran número de supuestos; otros defienden una concepción más restringida. En todo caso, su ámbito

ABSTRACT

DE-FACTO GUARDIANSHIP MINORS AND INCAPABLE PERSONS

De-facto guardianship as a protective mechanism acquired legal recognition in the Civil Code after the reform instituted through Act 13/1983 of 24 October. The implementing regulation, however, is sparse; thus, a large amount of complementary and implementing work is left to legal doctrine. Some authorities opt to take a broad view of de-facto guardianship encompassing a large number of cases; others defend a more-restricted conception. At all events, the sphere of the protection

(109) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2009 (La Ley 134692/2009), y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 9 de marzo de 2010 (La Ley 72653/2010).

de protección alcanza a los menores de edad y a presuntos incapaces como precisa el artículo 303 del Código Civil, ejerciendo respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares. Precisamente, la protección de personas pertenecientes a determinados colectivos especialmente vulnerables, como el de la tercera edad, o que se encuentra en determinadas situaciones (enfermedad psíquica) o discapacitados, que necesitan el cuidado de su persona y bienes a causa de una disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas (presuntos incapaces), no exige necesariamente que, para lograr la protección de su persona y patrimonio (asimismo ante un eventual desamparo), haya de acudir al recurso de la incapacitación, sino que pueden existir otros instrumentos respetuosos con su capacidad natural y libre desarrollo de su personalidad, como la guarda de hecho que, provisionalmente y bajo control judicial pueden posibilitar tal protección; incluso la propia Administración puede asumir tal papel como medida judicial cautelar (art. 239.3 del citado cuerpo legal, ante una eventual situación de desamparo —con la consiguiente falta de asistencia moral o material—). En tal contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la figura de la guarda de hecho tanto en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, y teniendo en cuenta no sólo la regulación que, con relación a tal figura jurídica se contiene en el Código Civil español, sino también en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la persona de Aragón, y en el Código Civil catalán, tras la aprobación del Libro II relativo a la persona y familia por Ley 25/2010, de 29 de julio.

afforded by de-facto guardianship covers minors and allegedly incapable people as stipulated in article 303 of the Civil Code, with respect to whom some of the functions characteristic of institutions of protection and guardianship are exercised. There are people who belong to certain especially vulnerable collectives, such as senior citizens. There are others who find themselves in certain situations (mental illness) or handicapped, who need someone to care for their person and property because of a non-incapacitating reduction of their physical or mental faculties. Protection for precisely these sorts of people does not necessarily require a court order declaring the people in question incapable in order to protect their person and estate (and to protect them from potential defencelessness). There are other instruments that can be used, which respect the natural capability and free expression of personality of the persons protected. One such instrument is provisional de-facto guardianship under court supervision. The administration itself may take on the role of de-facto guardian as a precautionary judicial measure (Civil Code, article 239.3, in response to a potential situation of defencelessness, with the ensuing lack of mental or physical assistance). In that context, this study focuses on an analysis of de-facto guardianship in both legal doctrine and case law. Account is taken of the way the concept is regulated in not only the Spanish Civil Code, but also Act 13/2006 of 27 December of Aragón on personal law and the Catalan Civil Code after the approval of Book II on the person and family by Act 25/2010 of 29 July.