

Pontevedra, 27 de julio de 2021

## LA GUARDA DE HECHO

Con el objetivo de informar sobre el nuevo sistema instaurado con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad, desde la Federación ASPACE Galicia queremos dar a conocer cada una de las figuras que conforman los apoyos que se pueden prestar a las mujeres y hombres con parálisis cerebral en el ejercicio de sus derechos. A continuación, nos centraremos en la guarda de hecho, institución poco conocida como tal, pero que, en realidad, es habitual de forma espontánea y provisional. Con la última reforma del Código Civil, cuya entrada en vigor está prevista para el 3 de septiembre, se pretende dar mayor impulso y permanencia en el tiempo como un apoyo más a menores o personas con discapacidad.

- **¿Qué es la guarda de hecho?**

La guarda de hecho supone un apoyo informal, no establecido por autoridad judicial, por el cual un/una familiar o persona allegada acogía en su casa a un/una menor o persona adulta con discapacidad proporcionándole cuidados y asistencia en la vida cotidiana aunque no esté obligada legalmente o no haya un nombramiento judicial a tal efecto.

- **Antes de la reforma:**

Tradicionalmente se entendía como una situación fáctica de carácter provisional hasta que se estableciera expresamente otra medida de protección como la adopción, para menores, o la tutela o curatela de una persona con discapacidad. La guarda de hecho también se contemplaba, y sigue así, para los casos en que la persona encargada de la tutela no la ejerce adecuadamente o hasta que no haya sido nombrado pero la legislación anterior no le dedicaba demasiada importancia a pesar de ser una forma de protección muy importante.

- **Después de la reforma:**

Tras la reforma, la guarda de hecho se configura como un sistema de apoyo para personas con discapacidad cognitiva que necesiten apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica de forma puntual y que puede durar toda su vida sino requiriese el establecimiento de un apoyo más intenso, como una curatela. Es decir, con las nuevas disposiciones del Código Civil se elimina su carácter transitorio y se le da mayor impulso, ya que se trata de una figura menos restrictiva.

La guarda de hecho se dará siempre y cuando no haya otras medidas voluntarias o judiciales o no se estén aplicando eficazmente.

### • ¿Cómo puede acreditarse?

El carácter transitorio de la guarda de hecho respondía a la seguridad jurídica que generaba, ya que, al no ser un nombramiento formal, acreditar su existencia resultaba complejo. Para constatar la guarda, puede acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria o un acta de notoriedad en Notaría en el que se demuestre que hay una protección y cuidado continuado en el tiempo y que no existe un nombramiento de persona tutora o curadora.

### • ¿Hay garantías?

La persona guardadora de hecho va a necesitar autorización judicial "ad hoc" para poder representar a la persona con discapacidad. Se contempla solo para casos excepcionales en los que sea necesario llevar a cabo una actuación representativa. Si esa función es recurrente, será necesario adoptar otra medida de apoyo, ya que con la guarda de hecho no bastaría y no se estaría protegiendo a la persona con discapacidad de forma adecuada.

Esta autorización se pedirá a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria y se oír a la persona con discapacidad. Dispone el artículo 264 del Código Civil que esta autorización puede concederse para uno o varios actos, necesario para desarrollar el apoyo que necesita la persona con discapacidad y teniendo en cuenta siempre su voluntad, deseos y preferencias.

### • ¿Cuándo se necesita la autorización judicial?

Como decíamos, la autorización judicial será necesaria para que la persona guardadora lleve a cabo funciones de representación y, en todo caso, para los supuestos en los que se prevé la necesidad de autorización judicial para la curatela representativa (art. 287CC):

- Actos de trascendencia personal o familiar, por ejemplo, cambio de lugar de residencia.
- Enajenar o gravar inmuebles, establecimientos, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, arrendamiento por tiempo inicial superior a 6 años o realizar determinados contratos, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones.
- Renunciar a derechos y someter a arbitraje ciertas cuestiones, salvo el caso de consumo.
- Aceptar sin beneficio de inventario o repudiar la herencia.
- Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.
- Interponer una demanda en su nombre, salvo en casos urgentes o de escasa cuantía.
- Hacer gastos extraordinarios sobre los bienes de la persona con parálisis cerebral.
- Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia o similares.

La autoridad judicial podrá nombrar a un/una defensor/a judicial en el caso de ser necesario. No se necesitará autorización judicial para solicitar una prestación económica a favor de la persona con parálisis cerebral ni para realizar actos jurídicos sobre sus bienes, si son de escasa relevancia.

Otra de las garantías previstas es la potestad que tienen el juez o jueza para requerir, a través de expediente de jurisdicción voluntaria, que la persona encargada de la guarda de hecho informe sobre su actuación, así como rendir cuentas en cualquier momento.

Este requerimiento lo hará la autoridad judicial de oficio, o porque lo solicite el Ministerio Fiscal o cualquier persona interesada. Asimismo, en cualquier momento, la jueza o juez competente podrán establecer otro sistema de apoyo si lo consideran más adecuado que la guarda de hecho.

#### • ¿Por qué se extingue la guarda de hecho?

- Cuando se necesite que el apoyo se preste de otra manera.
- Desaparezca la causa que generó la guarda de hecho.
- La persona guardadora desista de su actuación. Debe ponerlo en conocimiento de la entidad pública competente.
- Cuando lo considere conveniente la autoridad judicial, al solicitarlo el Ministerio Fiscal o la persona interesada en prestar el apoyo.

Enlaces de interés:

- Código Civil. Título XI De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para ejercicio de su capacidad jurídica.