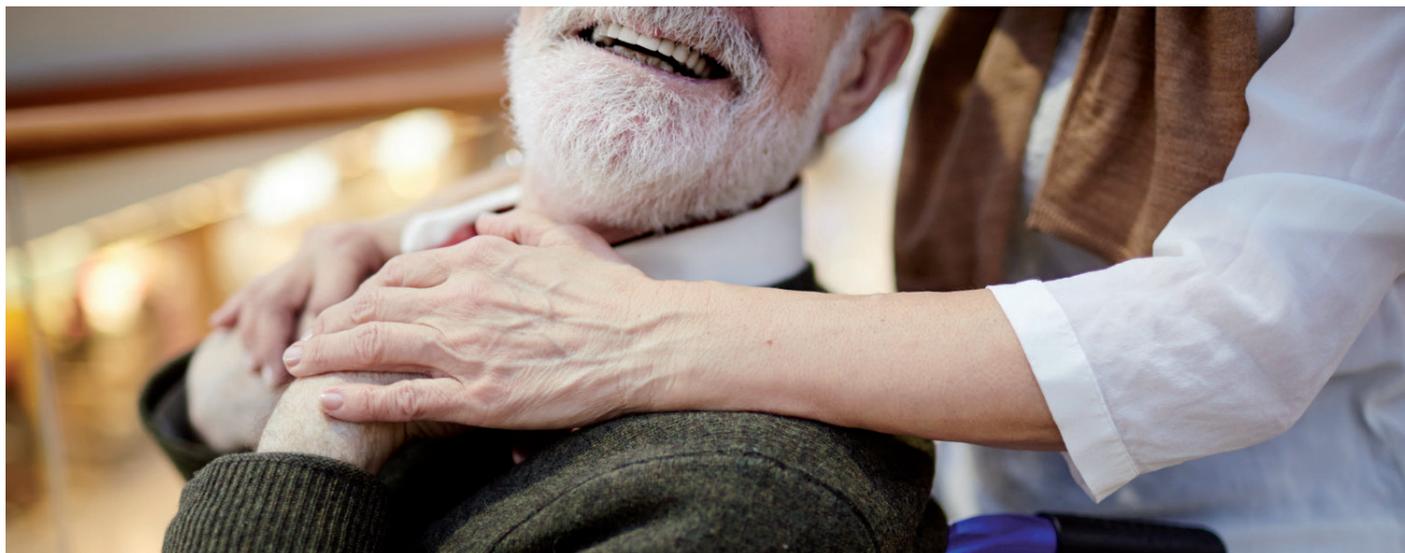


# Estudios doctrinales

## La guarda de hecho: alcance y problemas de prueba

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

*Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia*



**Sumario:** 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. FACULTADES ASISTENCIALES. 3. FUNCIONES REPRESENTATIVAS DEL GUARDADOR DE HECHO. 3.1. Por ministerio de la Ley. 3.2. Previa autorización judicial. 4. LA PRUEBA DE LA GUARDA DE HECHO. 4.1. La posición de las administraciones públicas. 4.2. El recurso al acta de notoriedad. 4.3. La posibilidad de instar un auto judicial de declaración de la condición de guardador de hecho. 4.4. La denominada “declaración responsable ante la entidad bancaria”.

**Resumen:** El presente trabajo pretende proporcionar una panorámica de la nueva regulación de la guarda de hecho. Analiza las funciones asistenciales y representativas del guardador. Examina, así mismo, los diferentes medios de prueba de la condición de guardador de hecho, en especial frente a las entidades bancarias, en particular, el acta de notoriedad y la llamada declaración responsable.

**Palabras clave:** discapacidad; medidas de apoyo; guarda de hecho; prueba.

**Abstract:** This paper aims to provide an overview of the new regulation of de facto guardianship. It analyses the care and representative functions of the guardian. It also examines the different means of proof of the status of de facto guardian, especially with regard to banks, in particular, the notarial act and the so-called responsible declaration.

**Keywords:** disability; support measures; de facto guardianship; curatorship, legal proof.

### 1. Consideraciones preliminares

La Ley 8/2021 pretende una “razonable desjudicialización”, que pasa por el reforzamiento de la guarda de hecho, la cual, como se dice en la Exposición de Motivos, había sido “entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional”, debiendo ahora “convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo”.

El art. 269.I CC dice, así, que “la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”, de donde se deduce que, cuando no hayan sido previstas medidas de naturaleza voluntaria, “quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su

función” (art. 263 CC), de modo que la constitución de la curatela es subsidiaria, exclusivamente, para el caso de que no existiera una guarda de hecho que funcionase correctamente.

En la Exposición de Motivos se explica que “la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad

jurídica por un guardador de hecho -generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables-, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”; y que “para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias”.

### 2. Facultades asistenciales

Las facultades del guardador son, básicamente, asistenciales, centrándose habitualmente en el cuidado cotidiano y personal de quien sufre la discapacidad. También en el ámbito de la salud<sup>1</sup>, y en la administración ordinaria de su patrimonio, sin perjuicio de que esa asistencia pueda también manifestarse ocasionalmente, ayudándole a formar su voluntad para celebrar actos jurídicos o contratos (también ante Notario), presupuesto que tenga capacidad para consentirlos.

Pero, en este caso, su función es puramente auxiliar, siendo, pues, bien distinta de la que corresponde al curador, quien ha de intervenir, necesariamente, en los supuestos en que así lo haya previsto la sentencia constitutiva de la curatela, consintiendo la celebración del contrato celebrado por la persona con discapacidad, siendo, en caso contrario, anulable dicho contrato (art. 1302.III CC). No sucede lo mismo respecto del guardador, pues, no siendo su intervención precisa (no es requisito de validez), su ausencia no determina la anulabilidad del contrato.

### *La desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo parece totalmente razonable, pero debe ir acompañada de un sistema que facilite la prueba de la condición de guardador*

Esta idea aparece claramente expresada en la Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en la cual se observa que la guarda de hecho “no tiene que acreditarse ante notario, ni su existencia representa un condicionante para la actuación de la persona con discapacidad”, por lo que el guardador de hecho “puede comparecer ante el notario para prestar simplemente su apoyo instrumental”, “para ayudar a la persona con discapacidad a entender y ser entendida, sin que su intervención represente una confirmación o aprobación de la decisión adoptada por el interesado en el ejercicio de su capacidad jurídica”. A continuación, se pregunta, si, “por imitación a la curatela”, “debe el notario, atendidas las circunstancias del caso, demandar su asentimiento”, concluyéndose que “el notario no es un juez, que pueda condicionar el otorgamiento del instrumento público a la aprobación del guardador”, y que “la función del guardador de hecho, en el ámbito notarial, no debe ir más allá de prestar su auxilio a la persona con discapacidad para expresar o tomar su decisión y comprender el contenido del instrumento público notarial”.

En definitiva, no cabe aproximar el guardador de hecho al curador carente de facultades representativas, para llegar a la errada conclusión de que, al igual que este, ha de consentir los contratos celebrados por la persona a quien apoya (cuando se le atribuye esta función en la sentencia constitutiva de la curatela). Cuestión distinta es que el guardador de hecho pueda actuar sustitutivamente, en representación de la persona con discapacidad en los casos previstos en el art. 264.III CC, así como en el art. 264.I CC (aquí, previa autorización judicial).

### 3. Funciones representativas del guardador de hecho

Tras la reforma, al guardador se le encomiendan, no solo funciones asistenciales, sino también representativas: unas, por ministerio de la Ley; otras, previa autorización judicial.

#### 3.1. Por ministerio de la Ley

“No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar” (art. 264.III CC).

En las “Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores”, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021, se dice que “la determinación de cuales sean estos actos dependerá del caso concreto, por lo que resulta necesario tener en cuenta el contexto personal, su modo de vida, ingresos (atender al ‘histórico bancario’ puede resultar revelador a esos efectos), etc.”.

Las SSAP Cádiz 5 septiembre 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2152) y 5 septiembre 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2126) observan que “las posibles actuaciones

1 Hay que tener en cuenta que, en el ámbito de la salud, el guardador de hecho se encuentra asimilado al cuidador principal, allegado o persona vinculada por razones familiares o de hecho (art. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).



en las que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo, pueden concretarse en otros numerosos contextos, como señala el Ministerio fiscal: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a los bancos, etc. La función del guardador tiene reconocimiento en otros entornos. En el ámbito de la salud, el guardador de hecho se encuentra asimilado al cuidador principal, allegado o persona vinculada por razones familiares o de hecho (art. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y ANEXO III apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización). Las peticiones de auxilio a las FFCCSE por parte de los guardadores de hecho ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental, tienen amparo en el marco del artículo 11.1 de la LO 2/1986 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado”.

El Documento 1º, de julio de 2023, relativo a “La guarda de hecho en la Ley 8/21”, interpretativo del Protocolo Marco de Colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídicas de las personas con discapacidad en el ámbito bancario, entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias, de 19 de julio de 2023, interpreta el concepto de actos “escasa relevancia económica”, para cuya conclusión el art. 264.III CC legitima al guardador de hecho.

Afirma que “no presenta dificultades la categorización como tales de los gastos y disposiciones finalistas que respondan a cargos habituales en cuenta o contra factura por tratarse de la atención de necesidades básicas de cuidado personal, habitación,

alimentación, vestido o salud; gastos relativos a la conservación ordinaria de su patrimonio en la parte necesaria para asegurar su disponibilidad para sus necesidades de cuidado; pago de suministros y prestaciones de servicios vitales; finalmente, otros gastos que, sin ser esenciales para su cuidado, sean acordes con sus deseos y preferencias y se hubieran consolidado en su trayectoria anterior siempre que sean acordes a sus medios y posibilidades”.

Por el contrario, entiende que, “en cuanto a las disposiciones de efectivo no finalistas -como salvaguarda en consideración a que el guardador de hecho no rendirá habitualmente cuenta judicial de su gestión-, se hace imprescindible como buena práctica establecer límites cuantitativos de referencia”; y añade: “a tal efecto, son útiles, como pautas o cuantificaciones orientativas, las que resultan de los índices estadísticos oficiales relativos a gasto medio por persona y/u hogar que periódicamente publica el Instituto Nacional de Estadística (al vencimiento del primer semestre del año siguiente). El establecimiento de esas referencias no obsta a su flexibilización en razón de las circunstancias -medios y necesidades- del caso concreto”.

### 3.2. Previa autorización judicial

El art. 264.I CC prevé que, “cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad”.

El guardador deberá solicitar la autorización “a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad”, por lo que, “antes de tomar una decisión, la autoridad judicial entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite” (art. 52.3 LJV).

Nótese que el juez deberá oír a la persona con discapacidad, pero no dice que deba seguir su voluntad, en todo caso. Creo, así, que el juez podrá conceder la autorización, si existe una clara necesidad de realizar un acto, aun oponiéndose aquella, cuando la misma no pueda formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le prive de la facultad de discernimiento.

Según el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, “cuando el guardador de hecho solicite una autorización para representar a la persona con discapacidad en la enajenación de bienes inmuebles, se seguirá el procedimiento previsto en los arts. 61 y ss. LJV, por ser el más específico para este acto, y no el general del art. 52.3 LJV”<sup>2</sup>.

En particular, conforme al art. 63.1 LJV, “en la solicitud deberá expresarse el motivo del acto o negocio de que se trate, y se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo; se identificará con precisión el bien o derecho a que se refiera; y se expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se obtenga”. Además, “con la petición que se deduzca se presentarán los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común realizada”. Según el art. 63.2 LJV, “en el caso de autorización solicitada

2 En este sentido se orienta también SAP Cádiz (Sección 5ª) 27 mayo 2022, rec. nº 133/2022 (ECLI:ES:APCA:2022:929).

para transigir, se acompañará, además, el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción”. Por último, a tenor del art. 63.3 LJV, “podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada. En este caso, deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar”.

El AJPI (núm. 5) Córdoba 15 septiembre 2022<sup>3</sup>, constatando la condición de guardadora de hecho de la hija de una persona con demencia avanzada, ha aplicado los arts. 61 y ss. LJV, para autorizar a aquella a vender directamente la cuota de un inmueble, por considerar que dicha venta revertiría en beneficio de la madre, que se encontraba en una residencia, “no pudiendo afrontar el gasto total de su estancia con las pensiones que percibe”, observando que el resto de comuneros estaban de acuerdo en la operación y que se había aportado una copia del preacuerdo de venta, en el que constaban los datos de las partes, vendedora y compradora, así como el precio de venta, que era ligeramente superior al valor de tasación fijado en el informe adjuntado. Se acuerda también requerir a la guardadora de hecho para que acredite que el dinero correspondiente a su madre “se ha destinado a las finalidades expuestas en la demanda (ingreso en una cuenta

bancaria de la persona con discapacidad para atender los gastos de ésta)”.

#### 4. La prueba de la guarda de hecho

La desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo parece totalmente razonable, pero debe ir acompañada de un sistema que facilite la prueba de la condición de guardador, pues, en caso contrario, este difícilmente podrá actuar en representación de la persona con discapacidad en los actos a los que se refiere el art. 264. III CC, los cuales, aunque de escasa cuantía económica (razón por la que, precisamente, no requieren autorización judicial), pueden tener una gran trascendencia práctica<sup>4</sup>.

##### 4.1. La posición de las administraciones públicas

La Consulta INSS 30 noviembre 2021, en relación a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad, ha declarado que “el guardador de hecho puede solicitar la prestación económica de Seguridad Social en favor de la persona con discapacidad, sin requerirse para ello autorización judicial, ingresándose la pensión en la cuenta bancaria de la persona con discapacidad”. Además añade que “la condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona

con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición”.

Por su parte, las administraciones autonómicas, en orden a las solicitudes de reconocimiento de grado de discapacidad, están empezando a admitir las presentadas por guardadores de hecho a través de declaraciones de responsabilidad sobre los siguientes extremos: que se tiene la guarda de hecho de la persona con discapacidad, con expresión de las razones por las que se ostenta; que “a su juicio dicha persona no tiene capacidad de autogobierno”; y la relación de parientes, con indicación de nombres y apellidos, edad, tipo de parentesco y dirección.

##### 4.2. El recurso al acta de notoriedad

No creo que haya ningún obstáculo a que la prueba de la guarda de hecho se realice mediante un acta de notoriedad, al amparo del art. 209 del Reglamento Notarial, pues, aunque se trata de una situación de hecho informal, sin embargo, tiene un carácter estable; y, desde luego, no cabe duda de que quien la desempeña está legitimado para realizar actos con trascendencia jurídica en la esfera personal y patrimonial de la persona con discapacidad<sup>5</sup>. No obstante, dado que el cambio de guardador es posible, parece que deberá prestarse atención a la fecha del acta de notoriedad, en orden a considerar que quien pretende realizar un acto en nombre de la persona con discapacidad sigue siendo su guardador<sup>6</sup>.

3 AJPI (núm. 5) Córdoba 570/2022 15 septiembre 2022, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria Genérico 1297/2021.

4 De este problema sí se ha ocupado Artículo 169-13, del Proyecto de Ley de modificación del código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas (Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, n. 40, XI Legislatura), que lleva por rúbrica “Acreditación de la condición de guardador de hecho” y conforme al cual:

“1. La guarda de hecho es una medida de apoyo que no necesita ser declarada judicialmente para acreditar su existencia.

2. La guarda de hecho podrá acreditarse por cualesquiera medios de los admitidos en Derecho y, en particular, por haber ejercido la autoridad familiar sobre la persona con discapacidad, por la convivencia en el mismo domicilio, la relación de parentesco dentro del cuarto grado o la condición de cónyuge o pareja estable no casada.

3. También servirá como acreditación de la guarda de hecho:

a) La declaración de la Junta de Parientes de la persona con discapacidad realizada dentro de los dos años anteriores.

b) La declaración de notoriedad en acta notarial dentro de los dos años anteriores”.

5 Esta es la posición de la Circular de la Junta Directiva del Colegio Notarial de las Islas Canarias, adoptada en Acuerdo de 29 de abril de 2022, que contiene, además, un modelo de acta de notoriedad, como también de la Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho (Ley 8/2021).

6 La Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, p. 14, observa que “el acta constata la existencia de la guarda de hecho en un momento dado (tenencia), pero su subsistencia en el tiempo (posesión) es una presunción legal que se activa cada vez que se



El notario deberá constatar que la persona con discapacidad, examinadas sus capacidades cognitivas y volitivas, necesita de medias de apoyo estables para el ejercicio de su capacidad; y esto presupuesto, como observa la Circular de la Junta Directiva del Colegio Notarial de las Islas Canarias, adoptada en Acuerdo de 29 de abril de 2022, 6, “la existencia de la guarda de hecho; su adecuado ejercicio; y que no existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente”.

La Circular referida afirma que, “con carácter general el requerimiento debe formularse conjuntamente por el guardador de hecho y por la persona apoyada. Ambos tienen que comparecer y aseverar bajo su responsabilidad la certeza del hecho cuya notoriedad se pretende establecer, es decir: la existencia de la guarda de hecho; que el guardador viene prestando su apoyo de forma adecuada; que no existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente; y que no concurre entre la persona apoyada y el guardador relación contractual que le obligue a la prestación de servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga u otros apoyos (art. 250 CC)”<sup>7</sup>.

Observa que, “en los casos excepcionales en los que la persona guardada no tenga aptitud para consentir (pensemos en las situaciones de personas mayores que están bajo el cuidado de un familiar pero que no tienen aptitud para prestar consentimiento) el acta de notoriedad puede ser también un instrumento que permita la actuación del guardador dentro de los límites legales que señala el artículo 264 del

Código civil”. Concluye que, “en ese caso, el notario dejará constancia de la imposibilidad de hecho de manifestar y conformar voluntad y de la inaptitud de prestar consentimiento por parte de la persona guardada, debiendo en este supuesto advertir expresamente de que la actuación del guardado queda dentro de los límites del artículo 264, requiriéndose autorización judicial en los casos prevenidos en dicho artículo, si bien, “no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”<sup>8</sup>.

### *Tras la reforma, al guardador se le encomiendan, no solo funciones asistenciales, sino también representativas*

Estos extremos no añaden nada a lo que ya dice el art. 264 CC, pero su constatación en el acta puede ser útil en el tráfico jurídico, para disipar dudas de las personas u organismos que deban tratar con el guardador.

Respecto de los elementos de prueba, la Circular se remite al art. 209 del Reglamento Notarial, el cual prevé que “el notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas

pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente”. Concretamente, considera “recomendable, dada la naturaleza de los hechos a probar, la prueba testifical”, precisando que “los testigos han de conocer al guardador y a la persona apoyada y les debe constar que son ciertos los hechos manifestados por los requirentes, en especial la existencia de la guarda y que se viene ejerciendo adecuadamente”<sup>8</sup>. “Otras pruebas recomendables a practicar –continúa– podrían ser solicitar informe al trabajador social, la obtención de información del Registro Civil o cualesquiera otras pruebas que el notario considere conveniente”. “No parece aconsejable –concluye– la publicación de edictos a fin de preservar el derecho a la intimidad de la persona con discapacidad”.

En las actas de notoriedad, frecuentemente, se protocolizan los siguientes documentos de prueba: certificado de discapacidad, emitido por el organismo de la Comunidad Autónoma de residencia; certificado de empadronamiento, del que se desprende la convivencia entre los requirentes; fotocopia del Libro de familia acreditativa del parentesco entre ambos; y partida de nacimiento de la persona con discapacidad, de la que resulta la inexistencia de medidas de apoyo judiciales o voluntarias, inscritas o anotadas.

La Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho (Ley 8/2021), p. 20, entiende que, “a fin evitar que circulen ‘datos informativos cuya difusión debe ser cuidadosamente valorada, se considera

ejercita”.

7 La Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, p. 17, más precisamente, afirma que “con carácter general el requerimiento debe formularse conjuntamente por el guardador de hecho y por la persona apoyada”, pero que, “si ésta última no puede conformar o expresar su voluntad, al existir imposibilidad de hecho, aún con la ayuda de medios o apoyos para ello, será requirente únicamente el guardador de hecho.

Añade que “excepcionalmente podrá formular el requerimiento el guardador de hecho dando razón del motivo por el que no comparece la persona apoyada (por razón de imposibilidad o de movilidad). En este caso el notario habrá de personarse en su domicilio con el fin de dar cuenta a la persona apoyada del requerimiento o, en su caso, constatar la situación de imposibilidad”.

8 Más estricta es en este punto la Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, p. 18, según la cual, “entre las posibles pruebas, es imprescindible, dada la naturaleza de los hechos a probar, la prueba testifical, especialmente de los parientes y personas próximas al guardador y guardado. Los testigos, por tanto, han conocer al guardador y a la persona apoyada, les debe constar que son ciertos los hechos manifestados por los requirentes, en especial la existencia de la guarda y que se viene ejerciendo adecuadamente. En este punto es relevante la declaración que puedan realizar los familiares”.

conveniente que [el acta de notoriedad] se formalice en dos instrumentos públicos, lo que permite que se acredite la existencia de la notoriedad solo con la exhibición del acta de cierre, en la que consta la declaración de notoriedad”.

Por lo tanto, según la referida Circular, el acta de notoriedad, “incluso aunque se inicie, se practiquen las pruebas y concluya en el mismo día y en un solo acto, se debe documentar en dos instrumentos públicos”: un acta inicial, que “contendrá las declaraciones, las pruebas y documentación” y se incorporará al protocolo como instrumento independiente; y, un acta final, que sólo “contendrá una escueta relación de las pruebas practicadas, sin entrar en detalles y el juicio de notoriedad por el notario”.

### 4.3. La posibilidad de instar un auto judicial de declaración de la condición de guardador de hecho

En la práctica, surgen dificultades con las entidades de crédito, que son renuentes a permitir que el guardador de hecho pueda retirar fondos de una cuenta bancaria de la que es titular la persona con discapacidad. Para constatar que se es guardador de hecho, como ya he dicho, es posible acudir a un acta de notoriedad y, en los casos de negativa infundada, cabrá instar un auto de declaración de la condición de guardador de hecho frente a la entidad bancaria a través de un proceso de jurisdicción voluntaria.

El AJPI (núm. 3) Córdoba 11 enero 2022<sup>9</sup> ha reconocido, así, dicha condición respecto de la madre frente a BBK BANK CAJASUR y, en consecuencia, ha declarado que “se encuentra legitimada por ley para realizar respecto de cuentas bancarias de la que su hija

sea titular, funciones de administración ordinaria y disposición”.

Ciertamente, resulta paradójico que, siendo la guarda de hecho una medida de apoyo informal, el guardador se vea obligado a acudir a un Juzgado para que se le declare formalmente como tal, a fin de poder realizar una actuación representativa, para la cual está expresamente legitimado por el art. 264.III CC (parece, pues, que asistimos a una suerte de “judicialización” de la “desjudicialización”)<sup>10</sup>.

El AJPI (núm. 5) Córdoba 7 febrero 2022<sup>11</sup> constata dicha paradoja, al estimar la demanda de reconocimiento de la condición de guardadora de hecho de una hermana. Dice, así, que “la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal”, pero que la guardadora “se ve necesitada de recabar el auxilio judicial con el objeto de que se reconozca por parte de entes públicos y privados las facultades que ya vienen reconocidas legalmente en aras, única y exclusivamente, a tutelar los intereses de su hermana, cuya discapacidad consta acreditada en autos”; y añade: “Esta cuestión no deja de ser preocupante pues lleva ínsito un desconocimiento e incumplimiento por parte de dichos entes de la nueva regulación legal para la protección de las personas con discapacidad, obstaculizando, entorpeciendo y retrasando que puedan ejercitar sus derechos a través de sus guardadores de hecho”. Observa que la guardadora de hecho no necesita que se declare judicialmente su condición de tal, a efectos de poder cancelar una cuenta bancaria de su hermana, solicitar los atrasos a los que esta tiene derecho, por la pensión de orfandad que tiene reconocida por el INSS, ni para disponer de la cantidad que le corresponde por

un seguro de defunción de Mapfre del que es beneficiaria, porque el Código civil “establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal para la guarda de hecho ni para los actos descritos”. Sin embargo, dado los obstáculos a los que se enfrenta la demandante para poder ejercer sus funciones, se accede a su pretensión y se le declara guardadora de hecho de su hermana “a todos los efectos legales”<sup>12</sup>.

También en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, se dice que “cuando en el expediente de Jurisdicción voluntaria incoado por la solicitud de provisión judicial de medidas de apoyo, tras la entrevista con la persona con discapacidad y la práctica de las pruebas consideradas necesarias, se advierta que existe una guarda de hecho adecuada y suficiente, procedería dictar un auto de archivo del expediente sin adoptar las medidas de apoyo judicial solicitadas”. No obstante (sin duda a efectos prueba de la condición de guardador), se añade que “es recomendable que ese mismo auto deje constancia de la existencia de una guarda de hecho ejercida por NN en relación a la persona de NN, y reseñar las funciones que el Código Civil atribuye al guardador de hecho”.

Esto es lo que hace la SAP La Coruña (Sección 3ª) 17 julio 2022<sup>13</sup>, que confirma la sentencia que había desestimado la pretensión de constituir una curatela en apoyo de una persona que, según el informe médico forense, “presentaba un deterioro cognitivo grave, en contexto de la enfermedad de SIDA, de carácter crónico, con

9 AJPI (núm. 3) Córdoba 8/2022 11 enero 2022, procedimiento Jurisdicción Voluntaria, genérico, 1641/2021.

10 En cualquier caso, como dice la SAP León (Sección 1ª) 21 marzo 2022, rec. nº 1105/2021 (ECLI:ES:APLE:2022:489) (si bien respecto de un caso en el que la identificación de los guardadores se realiza en el marco de un juicio de modificación de la capacidad de obrar iniciado bajo la vigencia de la legislación anterior), “como la guarda de hecho no es un cargo jurídico que se deba constituir por el tribunal”, la autoridad judicial, se limitará “a dejar constancia de ella para identificar a quienes la ejercen”.

11 AJPI (núm. 5) Córdoba 8/2022 7 febrero 2022, Prov. Medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad 1030/2021.

12 Vid, en el mismo sentido SSAP Castellón (Sección 4ª) 16 septiembre 2022, rec. nº 236/2022 ECLI:ES:APCS:2022:1106), Álava (Sección 1ª) 17 enero 2023, rec. nº 1948/2022 (ECLI:ES:APVI:2023:32), La Coruña (Sección 6ª) 31 enero 2023, rec. nº 115/2022 (ECLI:ES:APC:2023:162) y León (Sección 2ª) 2 junio 2023, rec. nº 516/2022 (ECLI:ES:APLE:2023:724).

13 La Coruña (Sección 3ª) 17 julio 2022, rec. nº 238/2022 (ECLI:ES:APC:2022:1903).



tendencia a un mayor deterioro, no siendo esperable mejoría, no pudiendo tomar decisiones en relación con su persona y administración de bienes”; y ello, por existir una guarda de hecho, ejercida por una ONG. Sin embargo, considera conveniente la declaración judicial de la condición de guardador de hecho de la referida ONG, “a los meros efectos de acreditar esa condición frente a terceros”, y especifica, con bastante detalle, los actos que la guardadora puede realizar, sin limitarse a hacer una genérica remisión al art. 264.III CC. Dice, así, que “podrá representar plena y totalmente” a la persona con discapacidad en los siguientes actos: 1) En la obtención y renovación de un certificado digital electrónico de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a fin de poder realizar gestiones telemáticas en las que sea precisa la utilización de tal medio de identificación y firma. 2) En la gestión, administración y disposición ante la entidad bancaria [en la que a la persona con discapacidad le ingresan la pensión no contributiva]. 3) En las solicitudes de actos médicos, toma de decisiones y en su caso suscripción del consentimiento informado para la realización de intervenciones médicas. 4) En cualquier acto ante la Administración General del Estado y organismos dependientes, como AEAT y la Dirección General de Tráfico, ante la Xunta de Galicia y organismo dependientes, y ante la Administración Local; y en general, en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de [la persona con discapacidad]”. También lo faculta para realizar un acto, que no es de los comprendidos en el art. 264.III CC, ante la existencia de una necesidad actual de autorización judicial. Y ello, sin duda, con la finalidad de evitar que posteriormente tuviera que iniciarse un procedimiento de jurisdicción voluntaria para obtener dicha autorización: “En la aceptación, cobro y suscripción de carta de pago de la herencia de su difunto padre; y, especialmente, para el cobro

de una cantidad correspondiente a un seguro, cuya cuota parte ya percibieron sus hermanos”. Concluye: “Cualquier otra necesidad de apoyo representativo puntual que pudiera surgir en el futuro deberá ser solicitada por el cauce del expediente de jurisdicción voluntaria”.

La SAP Álava (Sección 1ª) 17 enero 2023<sup>14</sup> procede de manera semejante, rechazando la pretensión de constitución de curatela, por existir una guarda de hecho desempeñada por la madre, desde que su hijo había alcanzado la mayoría de edad, “si bien, parece oportuno realizar una declaración judicial sobre el carácter de guardadora de hecho” de aquélla, “aunque sea a los meros efectos de acreditar esa condición frente a terceros”. Además, precisa que la guardadora podrá representar a su hijo en los siguientes actos: “1) En la obtención y renovación de DNI/pasaporte y obtención de un certificado digital electrónico de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a fin de poder realizar gestiones telemáticas en las que sea precisa la utilización de tal medio de identificación y firma. 2) En la toma de decisiones de contenido económico, educativo, así como, gestión, administración y disposición ante la entidad bancaria en la que [el hijo] tenga abierta una cuenta corriente 3) En las solicitudes de actos médicos, toma de decisiones y en su caso suscripción del consentimiento informado para la realización de intervenciones

médicas. 4) En cualquier acto ante la Administración y Tribunales, y en general, en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de [del hijo] ante la Administración y Tribunales”. Concluye que “cualquier otra necesidad de apoyo representativo puntual que pudiera surgir en el futuro deberá ser solicitada por el cauce del expediente de jurisdicción voluntaria”<sup>15</sup>.

En las “Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores”, de 2021, se afirma que “realizado un proceso de revisión de medida que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho, dicha resolución constituirá un título acreditativo extraordinario sobre esta institución, así como la propia sentencia que en su día las constituyó”.

#### 4.4. La denominada “declaración responsable ante la entidad bancaria”

El Documento 1º, de julio de 2023, relativo a “La guarda de hecho en la Ley 8/21”, interpretativo del Protocolo Marco de Colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídicas de las personas con discapacidad en el ámbito bancario, entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias, de 19 de



14 SAP Álava (Sección 1ª) 17 enero 2023, rec. nº 1948/2022 (ECLI:ES:APVI:2023:32).

15 No deja de ser curioso, que esta sentencia establece una revisión de la declaración de guardador de hecho a los tres años, medida ésta que el art. 268.II CC sólo contempla para las medidas judiciales de apoyo, lo que es una manifestación más de la paradoja de la judicialización de la desjudicialización. Establece, además, la obligación de la guardadora de informar de su actuación el mes de enero de cada año.

julio de 2023, contempla lo que llama una “declaración responsable ante la entidad bancaria”.

Sin embargo, dicho documento, en rigor, es un poder realizado ante el banco por la persona, que, aun teniendo una discapacidad, no obstante, puede manifestar una voluntad libremente formada; y ello, con la finalidad de legitimar a quien designa como guardador, para realizar una serie de operaciones dentro de los límites establecidos en el documento de apoderamiento.

Se dice, así, que “la declaración responsable ante la entidad financiera reflejará, entre otros, los siguientes contenidos: la identificación de los sujetos intervinientes<sup>16</sup>; la relación de parentesco o vínculo que les une, el alcance y modalidad de la actuación del guardador o guardadores ante la entidad; los niveles de acceso a la información bancaria; las autorizaciones de gestión operativa; la precisión y adecuación al caso concreto (...) de los límites de la gestión económica de *escasa relevancia*<sup>17</sup>; la autorización o no de medios de pago —que nunca podrán implicar financiación o endeudamiento, en cuanto se asimilarían a operaciones de crédito precisadas de autorización judicial— y las modalidades operativas pactadas para los mismos; la especificación de la (...)

cuenta bancaria de referencia para la operativa a desarrollar con la intervención del guardador y la relación de los productos vinculados a la misma”<sup>18</sup>.

Cabe preguntarse por qué se denomina “declaración responsable” a lo que no es, sino un apoderamiento.

La razón estriba en que, en un principio, esta “declaración responsable” se concibió como una declaración del guardador de hecho, en los supuestos en que la persona con discapacidad no puede exteriorizar una voluntad libremente formada, la cual era semejante a la que el guardador realiza ante las administraciones públicas para solicitar prestaciones económicas. Se pretendía, pues, que dicha declaración acreditara ante el banco la condición de guardador de hecho y que, en consecuencia, éste pudiera actuar en representación de la persona necesitada de apoyo, para concluir en su nombre operaciones bancarias para cuya conclusión le habilita el art. 264.III CC.

Sin embargo, posteriormente, se cambió de opinión, seguramente, ante el temor de que dicha declaración de responsabilidad, hecha por el propio guardador, pudiera posibilitar actuaciones en perjuicio de la persona con discapacidad<sup>19</sup>. En su lugar, se previó el actual documento de apoderamiento suscrito por ambas partes, conservándose, sin

embargo, la denominación de “declaración de responsabilidad”, lo que, a todas luces, resulta inadecuado a la naturaleza del documento, que es un título voluntario de legitimación del guardador para actuar dentro de los límites y con las salvaguardas en él establecidas.

Por lo tanto, la llamada “declaración de responsabilidad” es inoperante en el caso para el que originariamente se pensó, es decir, para la acreditación de la condición de guardador de hecho de la persona que no puede manifestar una voluntad libre y responsable, caso este, en el que el Documento interpretativo resalta la “especial eficacia” de las actas de notoriedad, “por aportar mayor seguridad jurídica”, “en cuanto dan fe de los elementos esenciales de la guarda, es decir, la discapacidad que requiere el apoyo, el vínculo entre las partes y la suficiencia y adecuación de la propia guarda”<sup>20</sup>.

Precisa, además, una idea importante, al observar que la prueba realizada a través del acta de notoriedad “reflejará un momento temporal preciso, por lo que deberá tenerse en cuenta la necesidad de cierta actualización periódica para detectar eventuales cambios de situación en la guarda, sin perjuicio de la obligación del guardador de comunicar dichas circunstancias desde el mismo momento en que se produzcan”. ■

16 Se dice en el Documento interpretativo que “el documento será suscrito por el titular del producto bancario que comunica a la entidad la existencia de la guarda de hecho y firmado por el guardador (o guardadores en caso de pluralidad en el apoyo)”.

17 Concepto relativo a los actos que, según el art. 264.III CC, el guardador de hecho puede realizar en representación de la persona con discapacidad

18 En el Documento interpretativo se afirma que “la eficaz salvaguarda de la buena actuación del apoyo aconseja como buena práctica la reconducción y vinculación a una única cuenta bancaria de todos los ingresos y gastos ordinarios de la persona con discapacidad, así como los productos accesorios a la misma, como pueden ser las tarjetas monedero y otros medios de pago a débito. Esta previsión evitará la afectación de la privacidad de otros eventuales cotitulares”.

Se añade que “la singularización en una sola cuenta de la gestión ordinaria de la guarda enervará el riesgo de confusión de patrimonios, evitará la posible actuación fraudulenta de presentarse como guardador ante distintas entidades bancarias interesando la capacidad de gasto máxima en cada una de ellas sobre los referidos índices de referencia y permitirá, en su caso, la adecuada rendición judicial de cuentas por el guardador de hecho”.

19 Me parece interesante traer a colación la opinión expresada por la Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, p. 16, respecto a la consideración (en general) de las declaraciones de responsabilidad como medio de acreditación de la condición de guardador de hecho.

Dice, así: “Y no es de recibo, recurrir a una sedicente ‘declaración responsable’ que más que una prueba constituye un intento de descargar la propia responsabilidad en quien supuestamente presta el apoyo, tal vez de manera simulada o asumiendo una condición de la que carece en perjuicio de la persona con o sin discapacidad. Bajo esta perspectiva la declaración responsable no es una prueba, sino un subterfugio para tratar de eludir su receptor la responsabilidad que pudiera contraer respecto de la persona que se declara apoyar. En el fondo, más que una prueba, es una dispensa de ella, que busca excusar la propia responsabilidad en detrimento de la seguridad jurídica”.

20 Se observa que “la propia naturaleza de la guarda, eminentemente familiar, conduce a elevar la diligencia en la verificación de su realidad cuando el guardador surge más allá del entorno familiar próximo del guardado (allegados, vecinos o amigos), y este no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad”. “Por el contrario -se añade-, cuando se trata de una guarda de hecho en el entorno familiar más próximo, en particular, en el supuesto de progenitores que tras alcanzar su hijo con discapacidad la mayoría de edad continúan prestándole apoyos, la acreditación vendrá facilitada directamente por su ejercicio inmediatamente anterior, que en la generalidad de estos supuestos, será por sí mismo notorio”.