

II. LA GUARDA DE HECHO

3. Incógnitas que plantea la nueva regulación de la guarda de hecho: su acreditación, mucho más que una cuestión de prueba

MONTSERRAT PEREÑA VICENTE

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Rey Juan Carlos

Sumario: I. FALSOS MITOS DE LA GUARDA DE HECHO. II. LA GUARDA DE HECHO ENTRE LAS ANTIGUAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y LAS NUEVAS MEDIDAS DE APOYO. III. LA GUARDA DE HECHO Y LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA LEY. IV. LA IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 8/2021. V. ÁMBITO DE ACTUACION ORDINARIO Y EXTRAORDINARIO DEL GUARDADOR. VI.- LA LEGITIMACIÓN DEL GUARDADOR: LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE TÍTULO HABILITANTE Y DE ACREDITACIÓN . VII. EL TÍTULO DE ACREDITACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO. 1. Los diferentes intentos institucionales de aclarar la cuestión. 2. Los documentos del Grupo de trabajo de la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias. 3. Los diferentes títulos de acreditación. *A) Especial referencia a la declaración responsable. B) Especial referencia al acta de notoriedad.*

I. FALSOS MITOS DE LA GUARDA DE HECHO

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, ha reformado en profundidad el Código civil y ha supuesto el fin de la incapacitación y de la modificación de la capacidad de la persona para dar paso a un modelo en el que se reconoce a todas las personas la misma capacidad jurídica, quedando proscritas las meras prohibiciones de derechos, y en el que el ejercicio de esa capacidad debe garantizarse en condiciones de igualdad a las personas con discapacidad proporcionándoles para ello los apoyos que pudieran necesitar, con la intensidad que sea precisa y con las salvaguardas necesarias para evitar los abusos.

Esta idea, que tan claramente se deriva del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de derechos de las personas con discapacidad, no es, sin embargo, objeto de una interpretación uniforme y ha generado una importante

controversia doctrinal, durante la tramitación de la reforma, sobre el alcance que debería tener la misma. La focalización del debate en determinados temas ha provocado que se preste poca atención a otras cuestiones con menor calado dogmático pero con una fuerte repercusión práctica, presentando la Ley ciertas carencias que se hacen sentir con fuerza en referencia a la guarda de hecho, medida central en la nueva regulación pero cuyas dificultades está poniendo de manifiesto la aplicación de su nuevo régimen jurídico.

Además, la Ley 8/2021 quizás no sea todo lo precisa que debería desde el punto de vista de técnica jurídica, ni tan clara en sus postulados como lo es su título, que se refiere a los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, y en el preámbulo se contienen afirmaciones que el texto articulado se encarga de desmentir y otros que la realidad refuta cuando las nuevas medidas de apoyo se confrontan a la vida real. Respecto de la guarda de hecho, afirma el preámbulo, después de explicar que será una verdadera “institución jurídica de apoyo”, que “no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”. Sin embargo, como tendremos ocasión de analizar, esta investidura con frecuencia será necesaria si queremos dotar al guardador de los instrumentos necesarios para apoyar a la persona en el ejercicio de su capacidad, haciendo de la guarda de hecho una medida de apoyo suficiente que impida la puesta en marcha de una medida judicial.

Si ninguna ley nace interpretada, es necesario, en estos primeros tiempos de su vigencia, despejar las dudas de interpretación y solventar los problemas que la aplicación del texto legal está provocando, tratando de aclarar las dudas y la confusión que ha generado en los operadores jurídicos que se encuentran en primera línea de su aplicación: notarios, abogados, jueces, letrados de la administración de justicia, fiscales, asesores jurídicos de entidades bancarias u otros, sin agotar con ello el elenco. Como ya nos enseñó Portalis hace más de dos siglos¹, “si es posible, en una institución nueva, calcular las ventajas que nos ofrece la teoría, no lo es conocer todos los inconvenientes que sólo la práctica puede descubrir”.

Especialmente confuso es un tema que, sin embargo, se revela como trascendente: la intervención en el tráfico de la persona con apoyos y, especialmente, con apoyos informales como la guarda de hecho, a la que la Ley concede un gran protagonismo y dota de una cierta preferencia sobre las medidas judiciales. Pero son muchas las incógnitas de su régimen jurídico, empezando por saber en qué casos procede, cuándo es preferente a una curatela, cuál es el ámbito de actuación del guardador, cómo se ejerce y, especialmente, cómo se acredita.

¹ Portalis, J. E. M.: *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Cuadernos Civitas, 1997, p. 32.

Como veremos, la Ley es parca a la hora de definir en qué consiste esa preferencia, pero el Tribunal Supremo ha abordado la cuestión en la reciente STS 23 enero 2023² que tendremos ocasión de analizar. Para poder llevar a cabo este estudio y, sobre todo, para tratar de profundizar en la cuestión de cómo se acredita la guarda de hecho, es necesario que previamente situemos esta medida de apoyo informal en relación a las principales novedades de la Ley 8/2021 en cuanto a los diferentes apoyos que pueden existir y a los principios que la inspiren para tratar de desactivar falsos mitos que en torno a esta medida de apoyo se están instalando en los primeros compases de su aplicación, como que la guarda de hecho es la medida adecuada cualquiera que sean las circunstancias, que la Ley la consagra como prioritaria respecto a las demás medidas en todo caso, que es la medida estrella porque es la que mejor sirve al objetivo o finalidad principal de la Ley de desjudicializar las medidas de apoyo o que el guardador está habilitado por la ley y eso le exime de tener que acreditar su condición de tal para poder afectar con su actuación la esfera jurídica del guardado.

II. LA GUARDA DE HECHO ENTRE LAS ANTIGUAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y LAS NUEVAS MEDIDAS DE APOYO

El cambio de filosofía de la Ley 8/2021 se pone de manifiesto con la idea de que las personas con discapacidad necesitan más apoyo que protección³ y, de acuerdo con ello, las antiguas instituciones de protección desaparecen para dar paso a las nuevas medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. En concreto, desaparecen las instituciones que pudieran suponer una asimilación o proximidad, conceptual, de régimen jurídico o simplemente simbólica o terminológica, entre las instituciones de protección referidas a menores y las que ahora están dirigidas a los adultos salvo, precisamente, la guarda. Así, se suprime la tutela del ámbito de las medidas de apoyo de adultos para dejarla circunscrita a los menores, y desaparecen igualmente la patria potestad prorrogada y rehabilitada. La única medida de apoyo judicial en el ejercicio de la capacidad

² STS 23 de enero 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1291).

³ Desde el Preámbulo de la Ley se hace referencia a que las visiones paternalistas “hoy resultan periclitadas”. Sin embargo, algunos autores han puesto de manifiesto cómo la vulnerabilidad que puede provocar la discapacidad hace que no debemos abandonar por completo la idea de protección que, por otra parte, tampoco es ajena a la Convención de Naciones Unidas. En este sentido ver Alemany, M.: “Una crítica a los principios de la reforma del Régimen jurídico de la discapacidad”, en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad* (dir. P.A. Munar Bernat) Marcial Pons, colección *Lege Ferenda*, 2021, pp. 21-45; y Martínez De Aguirre Aldaz, C.: “Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica”, *Diario La Ley*, 2021, n. 9851.

jurídica de carácter estable para los adultos es ahora la curatela, que podrá tener atribuidas facultades meramente asistenciales o de representación, aunque, eso sí, en la *mens legislatoris*, la representación será último recurso, solo cuando las circunstancias de la persona sean tales que no se pueda de otro modo prestarle apoyo para que ejerza su capacidad jurídica. Del antiguo régimen subsiste el defensor judicial, medida de apoyo sin vocación de permanencia, que podrá ser designado puntualmente durante la tramitación del procedimiento, si fuese necesario, o cuando la persona que preste el apoyo no pueda hacerlo o exista un conflicto de intereses puntual. Del antiguo régimen subsiste también la guarda de hecho, que, como decimos, es medida común para los menores aunque con un régimen jurídico diferente, manteniendo para los menores su carácter provisional, que pierde la guarda de adultos al ser prevista como medida estable. Esta estabilidad es la que, precisamente, la convierte en una seria competidora de la curatela y, si se consolida una tendencia que se extiende por los tribunales de transformar todas las antiguas tutelas y curatelas en guarda de hecho, la curatela estará abocada a su desaparición⁴.

Analizando el Anteproyecto de Ley de 2018, afirmé⁵ que el mismo convertía en princesa a la Cenicienta de las instituciones de protección, la guarda de hecho, pero el texto definitivo y, sobre todo, la interpretación que desde algunos sectores se realiza del mismo, la convierten, en realidad, en la reina de las medidas⁶. Así es que, si se me permite la licencia, empleando el lema que en el régimen monárquico francés se utilizaba a la muerte del rey, “*Le roi est mort, vive le roi!*”, *mutatis mutandi*, “la reina ha muerto”, la tutela, “viva la reina”, la guarda de hecho y no la curatela, como en un principio podría pensarse.

No es a las medidas judiciales a las que vamos a dedicar nuestra atención ya que el régimen jurídico de la curatela⁷, no plantea especiales dificultades para la

⁴ Algunos tribunales incluso convierten en guarda la tutela ejercida por la Entidad Pública convirtiendo a esta en guardador de hecho. En un procedimiento de revisión de medidas de apoyo judicialmente acordadas en las que la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, hoy Agencia Madrileña para el Apoyo a Personas Adultas con Discapacidad (AMAPAD) era curadora, el Juzgado de 1ª Instancia n. 4 de Torrejón de Ardoz, dicta un auto por el que sustituye la curatela por una guarda de hecho a cargo de la Entidad Pública.

⁵ Pereña Vicente, M.: “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, n. 3, julio-septiembre 2018, pp. 61-83.

⁶ Así lo reconoce la doctrina que ha analizado la guarda de hecho tras la reforma; ver Álvarez Lata, N.: “De la guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en *Comentarios al Código civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 492-498, p. 492: “Por todo lo anterior será, sin duda, la medida de apoyo por excelencia de la persona con discapacidad”.

⁷ La doctrina ha estudiado el régimen jurídico de esta nueva curatela con detalle. Ver: Alventosa del Río, J.: *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, 2022; Pereña Vicente, M. “La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021”,

intervención en el tráfico jurídico de la persona con la asistencia del curador o de este cuando tiene atribuidas facultades de representación, y su acreditación está perfectamente determinada ya que se hará mediante la correspondiente resolución judicial en la que se constituya y/o nombre al curador. La cuestión controvertida, en relación a la curatela, es la de la posible ineficacia de los actos y contratos celebrados sin los apoyos cuando estos sean necesarios por determinarlos así la resolución judicial, tema que es uno de los que, a mi modo de ver, peor ha resuelto el legislador pero queda fuera del objeto de este estudio.

Tampoco nos ocuparemos de las medidas de apoyo voluntarias⁸, los poderes preventivos, regulados ahora con más detalle, y configurados por la Ley 8/2021 como prioritarios o preferentes, de modo que, existiendo una medida de apoyo voluntaria, no procederá poner en marcha una judicial. Si bien la regulación de los poderes preventivos plantea algunas cuestiones controvertidas⁹, la intervención en el tráfico jurídico y la acreditación de las facultades del apoderado no son temas que planteen especiales dificultades ya que, precisamente, el poder será a la vez el título habilitante, es decir, del que derivan sus facultades para actuar afectando con ello la esfera jurídica del poderdante y título de acreditación de la actuación del apoderado con cuya exhibición dará cuenta de su legitimación para representar al apoderado frente a terceros.

No ocurre lo mismo con la guarda de hecho a la que, convirtiéndola el legislador en verdadera medida de apoyo, dedica una escueta regulación y no se ocupa de una cuestión de enorme repercusión práctica, cómo acredita el guardador su condición de tal para poder intervenir en el tráfico jurídico y económico

en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. N. Álvarez Lata), APDC, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 125-159. Además de los comentarios a toda la reforma publicados de Guilarte Martín-Calero, C.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

⁸ Además de los poderes preventivos, la Ley 8/2021 abre la vía en el art. 255 CC a los denominados “acuerdos de apoyos” que, bajo nuestro punto de vista no es otra cosa que un mandato, que puede ir acompañado de poder o no. Sobre el tema, ver, González Valverde, A.: “Participación de las personas vulnerables por razón de edad en el tráfico jurídico mediante la designación o acuerdos de apoyo en escritura pública”, en *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas mayores vulnerables por razón de edad* (dir. A. Leciñena Ibarra) Aranzadi Thomson Reuters, 2022, pp. 27-50.

⁹ La doctrina ha analizado las deficiencias de la regulación contenida en la Ley 8/2021: Fernández Campos, J. A.: “Mandatos y poderes preventivos en el contexto del envejecimiento activo y de la Ley 8/2021”, en *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas mayores vulnerables por razón de edad* (dir. A. Leciñena Ibarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2022, pp. 51-89. También yo le he dedicado atención en la tramitación parlamentaria, ver Pereña Vicente, M.: “El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil”, en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad* (dir. P.A. Munar Bernat), Marcial Pons, Colección *Legis Ferenda*, 2021, pp. 197-241.

afectando con ello a la esfera jurídica de la persona, si es que está legitimado para tal actuación representativa, cuestión esta última que, pese a la aparente claridad del art. 264 CC, es otro de los focos de interpretaciones divergentes por parte de los operadores jurídicos.

Y es que la brevedad del régimen jurídico de la guarda de hecho (arts. 263-267 CC), no ha propiciado una interpretación uniforme del ámbito de actuación y de las facultades del guardador. Estas dificultades se hacen sentir con más fuerza cuando se trata de la intervención en el ámbito bancario y son muchos los interrogantes que surgen: ¿Puede el guardador acudir a la entidad bancaria de la persona guardada y tener acceso a su información bancaria? ¿Y sacar dinero? ¿Cancelar cuentas? ¿Y gestionar su pensión? ¿Contratar o dar de baja servicios? ¿Cómo acredita tal condición de guardador de hecho? ¿Se acredita la condición de guardador del mismo modo para cualquier intervención, ya sea ante la Administración pública o ante una empresa de suministros o entidad bancaria? ¿Y del mismo modo sea quien sea el guardador y su relación con el guardado? ¿Es el acta de notoriedad un medio posible de acreditación fiable? ¿Debe ser el único medio? ¿Qué debe verificar el notario para extender ese acta de notoriedad? ¿Puede el acta de notoriedad habilitar al guardador de hecho para realizar, por ejemplo, actos de disposición de inmuebles? ¿Es posible que concurren varios guardadores? ¿Es posible iniciar un procedimiento de jurisdicción voluntaria para que la autoridad judicial conceda al guardador un título de legitimación y, en su caso, le atribuya funciones? ¿Es necesario?

En las páginas que siguen trataremos de dar respuesta a estos interrogantes, centrandó nuestro análisis en la cuestión que más dudas ha suscitado en la aplicación de la nueva guarda de hecho, su acreditación, sin entrar en otros temas que se refieren a los aspectos sustantivos más que en lo estrictamente necesario para profundizar en la cuestión de la acreditación que, lejos de ser un tema accesorio o residual, se convierte en cuestión central pues lo que está en juego es la propia subsistencia de la guarda de hecho y el equilibrio del conjunto del nuevo sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad.

La aplicación de la reforma en estos dos primeros años, pone de manifiesto que no existe respuesta a todas estas cuestiones en el articulado de la Ley y ni siquiera la filosofía y la naturaleza de la guarda de hecho están nítidamente perfiladas, lo que complica mucho dar respuestas coherentes y establecer criterios uniformes por los tribunales. Esta imprecisión se deja sentir desde la cuestión, previa a todas las demás, de determinar cuándo procede una guarda de hecho y cuándo una medida judicial de apoyo. La Ley 8/2021 consagra en este punto un concepto jurídico indeterminado cuando establece en su art. 269 CC que solo procederá la curatela cuando la guarda de hecho no sea “suficiente” sin

definir en qué consiste esa suficiencia ni a qué se refiere. Ello está provocando que, en algunos tribunales, la revisión de las medidas judiciales de apoyo acordadas según el antiguo régimen se transformen automáticamente en guarda de hecho sin que, en ocasiones, quede claro el criterio que lleva a tal decisión, más allá de dar cumplimiento al objetivo de desjudicializar, objetivo que, por otra parte, no está explicitado en la Ley y, en relación a la guarda de hecho, queda expresamente desmentido por su régimen jurídico. Veamos.

III. LA GUARDA DE HECHO Y LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA LEY

Quizás uno de los puntos de partida equivocados de algunas interpretaciones de la Ley 8/2021 consiste precisamente en tomar como principio inspirador y objetivo de la misma lo que no es más que un posible efecto del nuevo régimen: la desjudicialización. Un análisis detenido de su tramitación y del texto definitivamente aprobado, pone de manifiesto que no es este ni el objetivo ni un principio consagrado en la Ley, ni siquiera un principio inspirador ya que, como el Preámbulo de la misma dispone “la nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en su art. 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pudiera necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás” y así lo confirma el primer artículo dedicado a la regulación de las medidas de apoyo, el 249 del Código civil.

Serán por tanto el respeto de la dignidad de la persona y la tutela de sus derechos los principios faro de la reforma, junto a otro que adelanta también el Preámbulo y que se desarrolla intensamente en el articulado: el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona quien, “como regla general será la encargada de tomar sus propias decisiones”. Dicho principio “informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y procesal”. Ni rastro de la desjudicialización. Es más, si esta reforma se hace para adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Naciones Unidas de derechos de las personas con discapacidad de 2006, sería contrario a la misma, y en concreto a su art. 12, imponer esa desjudicialización ya que, como dispone el número 4 de dicho precepto, todas las medidas han de estar “sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”. La Convención no exige por tanto desjudicializar sino dar preferencia a la voluntad de la persona y, quizás, eso

pueda generar una cierta desjudicialización porque, esta conlleva que, existiendo medidas voluntarias suficientes, se evitará el recurso a las medidas judiciales. Pero no hay que pasar por alto que, precisamente, la intervención de la autoridad judicial es considerada por la Convención como garantía del respeto de esa voluntad y de la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La Ley tampoco desmiente esta idea, al contrario, como veremos, el guardador de hecho nace fuera del ámbito judicial pero no vive al margen del mismo, todo lo contrario, y la Ley no cambia ni altera los principios que rigen la intervención de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal.

Ahora bien, lo que tendremos que delimitar es cuál es el papel de la autoridad judicial en relación a la guarda de hecho y, en el tema que nos ocupa, si se puede o no recurrir a la misma para que procure al guardador un título con el que acredite su condición de tal. Un sector del Ministerio Fiscal es reticente a esta posibilidad aduciendo que es contrario a esa pretendida desjudicialización que perseguiría el nuevo régimen, creando con esta postura un clima hostil hacia los familiares que solicitan el auxilio judicial¹⁰, alegando que admitir esta vía supondría judicializar lo que la Ley 8/2021 ha desjudicializado.

Dos son las precisiones que me gustaría hacer en relación a esta cuestión y en las que no coincido con el planteamiento de un sector de la judicatura y del Ministerio Fiscal que no ve con buenos ojos que los ciudadanos recurran a ellos para que les procuren un documento acreditativo de la guarda. En primer lugar, lo ya explicado en los párrafos anteriores en relación a la no consagración de este pretendido principio u objetivo de la Ley. Desjudicializar no es un objetivo o finalidad sino un posible efecto del nuevo régimen de las medidas de apoyo.

En segundo lugar, la guarda de hecho nunca ha estado judicializada por lo que la Ley 8/2021 no la ha desjudicializado. Al contrario, yo creo que, precisamente, la reforma la ha “judicializado” porque esa es la única manera de convertirla en una medida estable, con vocación de permanencia, al permitir que siga existiendo cuando las circunstancias de la persona con discapacidad exijan que tenga que ser representado por el guardador en actos de una cierta trascendencia, imponiendo en tal caso la intervención judicial que en el régimen anterior no existía porque, simplemente, en tales circunstancias, la guarda

¹⁰ Como ejemplo de esta visión, la resolución de la AJPI n. 5 Córdoba 8/2022 de 7 de febrero que interpreta que el cambio legislativo permite a la autoridad judicial no atender a la solicitud del guardador de hecho, aunque haciendo un ejercicio de condescendencia acceda finalmente, sin quizás ser consciente de que es su obligación, conforme al nuevo régimen y también porque han de prestar el auxilio judicial en todo caso. En la resolución se dispone: “conscientes del cambio legislativo esta Juzgadora podría desestimar la solicitud formulada, declarar que Dª XXX no precisa de una resolución judicial por virtud de la cuál se declare la guarda de hecho respecto de su hermana”.

de hecho desaparecía para dar paso a una tutela o curatela. Creo que en esto reside precisamente la fuerza de la guarda de hecho tras la reforma, en que la Ley la ha “institucionalizado”, es decir, ha hecho de ella una verdadera medida de apoyo estable y no provisional como era antes, dotándola así las debidas, y exigidas por la Convención de Naciones Unidas, salvaguardas para garantizar los derechos de la persona e impedir los abusos. La intervención judicial es una de esas salvaguardas.

Y si existe alguna duda, basta con leer el artículo central del régimen jurídico de la guarda de hecho, el 264 CC que, en cada uno de sus cuatro párrafos, se refiere expresamente a la autoridad judicial. A esto yo no lo llamaría desjudicializar.

Pero para que la guarda de hecho sea una medida de apoyo útil, es necesario dotar de seguridad a la figura del guardador y esa seguridad comienza por saber a ciencia cierta quién es el guardador y que la guarda que ejerce es “suficiente” y “adecuada” y, en ocasiones, esto solo lo puede determinar la autoridad judicial pues, como oportunamente nos muestra De Verda¹¹ en su análisis de las primeras resoluciones que aplican la reforma, se trata de circunstancias como la existencia de conflictos de intereses o actuaciones indebidas del que se irroga la función de guardador, y, como veremos, en determinados supuestos estas circunstancias solo pueden ser apreciadas por una autoridad.

El papel de jueces y tribunales aplicando la Ley será determinante de cómo han de interpretarse estos dos conceptos jurídicos indeterminados pero, ante las discordancias que están surgiendo entre los diferentes órganos judiciales, será imprescindible que el Tribunal Supremo fije una doctrina clara, interpretando y aplicando ambos, camino que, como veremos a continuación, ya ha iniciado.

IV. LA IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 8/2021

La importancia de la jurisprudencia en el papel que le atribuye el art. 1.7 CC de complementar el ordenamiento jurídico, se pone de manifiesto cuando es necesario unificar doctrina en cuestiones en las que, por la novedad o falta de precisión de una reforma, las interpretaciones de los tribunales son discordantes creando así una falta de seguridad jurídica y previsibilidad del Derecho y haciendo que los ciudadanos padezcan sus consecuencias. Diferentes aspectos de la Ley 8/2021 están necesitados de esa interpretación uniformadora del

¹¹ De Verda y Beamonte, J. R.: “Curatela frente a guarda de hecho: criterios jurisprudenciales”, Tribuna publicada el 27 de mayo de 2022 en www.idibe.org

Supremo, algunos referentes a la guarda de hecho. La reforma del recurso de casación que recientemente ha llevado a cabo el Real Decreto Ley 5/2023 de 28 de junio, contribuirá sin duda a esta finalidad, pues como pone de manifiesto Lacaba Sánchez¹², el recurso de casación es “un recurso extraordinario dirigido a controlar la correcta interpretación y aplicación de las normas” y esta reforma refuerza esta idea y pone de relieve la función social del Alto Tribunal.

Cinco son las sentencias del Tribunal Supremo que se han dictado tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y tres de ellas aplican el nuevo régimen en virtud del mandato contenido en la disposición transitoria sexta de la Ley. No la aplican la STS 21 marzo 2023¹³ que se refiere a la cuestión de la obligación de restitución por parte del contratante con discapacidad tras la nulidad de un contrato celebrado por el sin la intervención del curador, considerando el Tribunal Supremo la solución de restitución limitada a lo que el contratante con incapacidad recibió pertinente por aplicación del art. 1304 CC en su redacción previa a la Ley 8/2021. Tampoco la STS 3 febrero 2023 que¹⁴ confirma la validez de un testamento otorgado conforme al art. 665 CC en su redacción anterior a la reforma, aunque solo hubo un dictamen de facultativo. Aunque no aplica la

¹² Lacaba Sánchez, F.: “Nuevo recurso de Casación civil” en <http://vlex.es/vid/nuevo-recurso-casacion-civil-941780038>, consultado el 28 de agosto de 2023: “La constatación del fracaso de este modelo hace ya urgente la reforma de la ley. Para ello, es imprescindible dar al recurso de casación el tratamiento que reclama su naturaleza de recuso extraordinario. Es reiteradísima la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la propia Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo insistiendo en el especial rigor de los requisitos de admisión del recurso de casación. No se trata de un recurso ordinario que dé paso a una tercera instancia en la que el recurrente pueda someter al Tribunal Supremo la decisión del conflicto con plenitud de cognición, sino de un recurso extraordinario dirigido a controlar la correcta interpretación y aplicación de las normas aplicables.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha reiterado que, con carácter general, corresponde al Tribunal Supremo la última palabra sobre la admisibilidad de los recursos de casación, a salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE).

La reforma que se introduce trata de solucionar las antedichas disfunciones. Se trata, por un lado, de simplificar la concepción del recurso, mediante la previsión de un único recurso de casación que no depende del tipo o cuantía del proceso y que se adentra en el interés casacional de la interpretación de las normas, tanto sustantivas como procesales.

Por otro lado, se pretende fortalecer el interés casacional, que es el que mejor simboliza la función social del Tribunal Supremo, como cauce único de acceso al recurso, pero simplificando su definición. Existirá interés casacional, sustantivo o procesal, cuando la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia de la Sala Primera, o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente en el recurso de casación autonómico, resuelva una cuestión sobre la que no exista jurisprudencia de dichos tribunales o haya pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales”.

¹³ STS 21 marzo 2023. ECLI:ES:TS:2023:954

¹⁴ STS 3 de febrero 2023 (ECLI:ES:TS:2023:816).

nueva Ley, entiende el Tribunal Supremo que, si se aplicase, se habría llegado a la misma solución ya que según la nueva regulación toda persona podrá testar si, en el momento en que pretende otorgar testamento, puede conformar y expresar su voluntad (arts. 662 y 665 CC).

Las otras tres sentencias han aplicado el nuevo régimen. Una de ellas, la¹⁵ STS 23 enero 2023, se refiere específicamente a la guarda de hecho por lo que la analizaré con más detalle en unas líneas. La ya famosa STS 8 septiembre 2021, primera que aplicó la Ley 8/2021, y la STS 21 diciembre 2022, se refieren¹⁶ a una de las cuestiones centrales de la nueva regulación y que más dudas ha suscitado y que no es otra que establecer el alcance de la voluntad de la persona en la determinación de los apoyos, tratando así de dar respuesta a una de las cuestiones más debatidas por la doctrina durante la tramitación de la reforma y tras su aprobación: ¿La voluntad de la persona tiene límites? ¿Puede adoptarse una medida judicial de apoyo con la oposición expresa del interesado? Ambas sentencias han dado respuesta a estos interrogantes. La primera disponiendo apoyos judiciales en contra la voluntad de la persona porque tal voluntad contraria del interesado “es consecuencia del propio trastorno” y la segunda disponiendo que no procedían los apoyos judiciales contra la voluntad de la persona, precisamente porque en este supuesto la voluntad no se encontraba afectada por las diferentes patologías que padecía.

No ahondaré más en las mismas porque la cuestión que se resolvía en estas dos resoluciones no se refiere directa ni indirectamente a la guarda de hecho, por lo que me detendré en la STS 23 enero 2023, que aborda de lleno la primera cuestión que debe analizarse cuando se trata de decidir si procede o no una curatela: la suficiencia y adecuación de la guarda de hecho.

Lo primero que debemos analizar es si, en la mente del legislador, la guarda es o no preferente a la curatela y a las medidas voluntarias, es decir, si existe algo así como un principio de prioridad a favor de una de ellas o, dicho de otro modo, cuál es subsidiaria de cuál. Y en esto, lo menos que se puede decir es que el legislador tendría que haber sido un poco más claro.

El párrafo cuarto del art. 250 CC se refiere a la guarda de hecho como “medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente”, con lo que claramente parece establecer la subsidiariedad de la guarda respecto de la curatela y respecto de las medidas voluntarias, y así lo ha interpretado doctrina autorizada¹⁷. Pero

¹⁵ STS 23 enero 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1291).

¹⁶ STS 8 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3276), primera que aplicó la Ley 8/2021, y STS 21 diciembre 2022. (ECLI:ES:TS:2022:4791).

¹⁷ Álvarez Lata, N.: “De la guarda”, cit., pp. 492-498.

este precepto y el primer artículo del régimen jurídico de la guarda de hecho (art. 263 CC) introducen un matiz importante: las medidas judiciales o voluntarias deben estar siendo “aplicadas eficazmente” porque, de lo contrario, el art. 263 CC legitima al guardador a continuar “en el desempeño de su función”, es decir que la Ley da preferencia a la guarda sobre las otras medidas, pero solo si estas no se aplican eficazmente, sin que el texto explique qué ha de entenderse por esa aplicación eficaz ni quien lo aprecia. *A sensu contrario*, si existen medidas voluntarias o judiciales que se apliquen eficazmente, estas serán preferentes.

Además, el art. 263 CC introduce otro matiz para que se produzca esa preferencia de la guarda de hecho sobre las medidas judiciales: la adecuación de la guarda: “quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función...”.

Luego la Ley no consagra la preferencia absoluta de cualquier guarda de hecho sobre cualquier otra medida sino únicamente la preferencia de una guarda ejercida “adecuadamente”, si son ineficaces las medidas voluntarias o judiciales o estas no existen.

Ahora bien, puede ocurrir que existan medidas voluntarias que no se apliquen eficazmente porque todavía no se han puesto en marcha. Si, como decimos, en el nuevo régimen estas son las prioritarias, como claramente dispone el último párrafo del art. 255 CC. y en este caso lo que se debe hacer es dotar de eficacia a esas medidas voluntarias, por lo que la guarda de hecho si ha llegado a existir habrá sido de modo transitorio.

Cuando lo que ocurre es que se solicita a la autoridad judicial la adopción de una medida de apoyo judicial, una curatela, el párrafo segundo del art. 269 CC añade otra exigencia incorporando otro concepto indeterminado: “la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”. Consagra así la subsidiariedad de la curatela, impidiendo su constitución, respecto de las medidas voluntarias y de la guarda de hecho, pero únicamente si estas son “suficientes”.

Como vemos, la preferencia de la guarda de hecho la hace depender el legislador de tres conceptos jurídicos indeterminados: la suficiencia y adecuación de la guarda de hecho y la aplicación ineficaz de las medidas voluntarias o judiciales. Conceptos clave para entender todo el engranaje del sistema de apoyos. A los dos primeros se ha referido la STS 23 enero 2023.

La doctrina que emana de esta sentencia deja claro que la Ley no consagra la guarda como un automatismo, dotándola de una prioridad absoluta en todo caso por el mero hecho de existir sino que es necesario valorar diferentes extremos. Primero, si ya existe una guarda de hecho que se viene ejerciendo. Segundo,

si esta es adecuada y suficiente. Tercero, que no existen medidas judiciales o voluntarias que se estén aplicando eficazmente.

El Tribunal Supremo aborda la espinosa cuestión de avanzar en la definición de dos conceptos jurídicos indeterminados en relación a la guarda: la suficiencia y la adecuación. Las dos cuestiones están íntimamente ligadas y en el fundamento de Derecho cuarto se lleva a cabo una valoración de ambas basada en las pruebas practicadas. Así, respecto a la adecuación de la guarda, tres son los parámetros que pone de manifiesto como indicadores de su adecuación: la ausencia de “conflictos de intereses reiterados, conflictos de índole personal, ni abusos o influencia indebida”. Es decir, que es la existencia de un clima no conflictivo entre la persona y quien es el guardador y su entorno lo que hace pensar que la guarda es adecuada. Además, es necesario tener en cuenta para qué o respecto de qué debe ser adecuada y suficiente la guarda y a ello se refiere en el fundamento de Derecho cuarto al afirmar que la guarda debe ser adecuada y suficiente “para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad”. Este, digámoslo así, juicio de adecuación, lo realiza el Tribunal Supremo en relación a una persona concreta y su actuación, es decir, en realidad lleva a cabo una valoración de la idoneidad de la persona para desempeñar la labor de guardador.

Respecto a la suficiencia, en trabajos anteriores a los que me remito¹⁸, puse de manifiesto la importancia de este concepto de suficiencia pues el legislador hace del mismo la bisagra entre la guarda de hecho y las medidas judiciales y entendí que, a pesar de que no se puede establecer un criterio cerrado sino que será necesario estar a cada caso concreto, si es necesario perfilar un contenido

¹⁸ Pereña Vicente, M. “La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021”, en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. N. Álvarez Lata) APDC, Aranzadi Thomson Reuters, 2022, pp. 125-159, p. 131: “Para lograr que el concepto aporte esta lógica y permita el funcionamiento de todo el sistema es necesario, sin embargo, establecer un marco o referencia conceptual mínima de la noción de suficiencia y, si llevamos a cabo una interpretación sistemática de la Ley, considero que se debe concluir que ese concepto deberá abarcar las dos acepciones con que la RAE la define: que sea bastante y que sea apta o idónea, lo que, en el tema que nos ocupa, tiene varias implicaciones en relación a la extensión, la intensidad y las salvaguardias, por lo que podemos decir, abundando en la idea a la que me referí en un trabajo anterior y para profundizar en la misma (2022), que las medidas voluntarias o informales serán suficientes si permiten a la persona ejercer su capacidad jurídica en todos los ámbitos en los que lo precise, con la intensidad que sea necesaria, y con las salvaguardias precisas para garantizar la toma en consideración de la voluntad de la persona, evitar abusos, influencias indebidas y conflictos de intereses. La suficiencia de las medidas voluntarias está llamada a convertirse en uno de los conceptos clave del nuevo sistema, la bisagra entre las medidas de carácter voluntario y las judiciales, y es una manifestación más del principio de necesidad que actúa a la vez como límite a la intervención judicial, impidiendo la adopción de una medida judicial, cuando la medida voluntaria o informal es suficiente, y como resorte que le obliga a adoptar una medida judicial si aquellas no son suficientes”.

mínimo del mismo que tome en consideración dos aspectos de la “suficiencia”: que la guarda de hecho sea suficiente para que la persona pueda ejercer su capacidad jurídica en todos los ámbitos que lo precise y también que sea suficiente para evitar los abusos e influencias indebidas. La STS 23 enero 2023 en el nº 2 del fundamento de Derecho cuarto, establece un primer punto importante a tener en cuenta: que la guarda debe ser suficiente en relación a las circunstancias de la persona, y hace referencia a un criterio que puede ser determinante de la suficiencia: “igualmente resulta de la prueba practicada que el apoyo prestado por el hijo es suficiente en atención a las circunstancias de la Sra. Blanca, pues no se advierte que vaya a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales para actuar en representación suya de forma reiterada, dado que la gestión de su pensión no implica una administración superior a la entendida como ordinaria”.

Esto significa que, para el Alto Tribunal, la posible necesidad de solicitar reiteradamente autorización judicial para actuar en representación de la persona es un criterio que sería determinante de que la guarda de hecho no sea suficiente. Este argumento supone que la suficiencia de la guarda se hace depender de la complejidad de la labor que ha de desempeñar el guardador pero al hacer referencia a la administración ordinaria puede estar introduciendo otro elemento de interpretación del régimen sustantivo de la guarda. Y es que se ha dudado de cuál es el alcance de las facultades del guardador sin autorización judicial: ¿tiene la administración ordinaria de los bienes del guardado? El argumento empleado, parece dar por sentado algo que no se hace explícito en la Ley: que al guardador de hecho le corresponderá la administración ordinaria. Esta es, precisamente, otra de las cuestiones que está dando lugar a interpretaciones divergentes en el nuevo régimen de la guarda de hecho, cuál es el ámbito de las facultades del guardador, a lo que me referiré a continuación.

El Tribunal Supremo tendrá que profundizar en la definición de estos dos conceptos jurídicos indeterminados y veremos si en próximas resoluciones entra o no en la cuestión de quién ha de apreciar si la guarda de hecho es adecuada y suficiente o qué significa que las medidas judiciales o voluntarias de apoyo se estén aplicando eficazmente. Y con ello, en la espinosa cuestión de cómo se acredita la guarda de hecho que analizaré con más detalle posteriormente.

Lo que no será posible obviar, en la interpretación de la “adecuación y suficiencia” de la guarda, es el contexto en el que el legislador pensaba cuando la institucionalizó, que no es otro que el de familias sin conflictos en los que unos cuidan de otros y en los que de forma natural los padres cuidan de los hijos con discapacidad y continúan haciéndolo cuando estos adquieren la mayoría de edad y, a su vez, los hijos cuidan de los padres cuando estos van progresivamente perdiendo sus capacidades cognitivas. Cuando no existe ese entorno o cuando

existen conflictos quizás la guarda de hecho no es la medida adecuada. Así lo refiere el Preámbulo de la Ley que vincula la suficiencia y adecuación a la realidad que se pone de manifiesto en muchos supuestos en los que “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 compone, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables”. Hacer salir la guarda de hecho del entorno familiar, es porfiar en imponer la guarda de hecho en todo caso, cualesquiera que sean las circunstancias de la persona.

V. ÁMBITO DE ACTUACION ORDINARIO Y EXTRAORDINARIO DEL GUARDADOR

Abordaré este tema de una forma instrumental, es decir, no para analizar en profundidad el nuevo régimen jurídico sino únicamente para tratar de llevar a cabo una interpretación del ámbito de actuación del guardador en la medida que ello tiene reflejo en cómo se acredita su condición para intervenir en el tráfico en representación de la persona. A mi modo de ver esta es una cuestión que está medianamente clara en el texto legal y, sin embargo, está generando una gran divergencia de interpretaciones.

Se regula en el art. 264 CC en el que se establece una regla general y una excepción, en perfecta sintonía con lo que se prevé para todas las medidas de apoyo. La regla general es que la actuación del guardador es asistencial y, en ese caso, no será necesaria la autorización judicial porque la persona mantiene un grado de discernimiento que le permite consentir e intervenir en el tráfico, aunque sea con la asistencia de su guardador¹⁹. Ahora bien, en este caso, cuando se

¹⁹ No es esta sin embargo la única interpretación posible pues como ponen de manifiesto Lora-Tamayo Villaceros, C., y Pérez Ramos C., en “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *El Notario del Siglo XXI*, n. 99, 2021, existen dos posibles interpretaciones: p. 3: “La primera consiste en considerar que cualquier guardador de hecho –sea representativo o asistencial- para poder intervenir en cualquiera de los negocios recogidos en el artículo 287 CC necesita autorización judicial. Se nos ocurren a favor de esta posición al menos dos argumentos: el literal, puesto que el precepto declara que “en todo caso, quien ejerza la guarda de hecho”, y ésta la ejerce tanto el guardador asistencial como el representativo, y sobre todo utiliza la expresión “en todo caso” que invita a incluir todas las posibles hipótesis de guardador de hecho. Y finalmente, el que si exigiera la autorización judicial solo para el guardador de hecho representativo, la norma sería redundante puesto que por el párrafo 1º del artículo 264 CC, ya toda guarda de hecho representativa debe ser judicialmente autorizada.

La segunda interpretación –que es la que proponemos seguir- es la que sostiene que el artículo 264.º CC se refiere a la guarda de hecho representativa pero no a la asistencial, de manera que, por

trate de intervenir en un acto o contrato otorgado ante notario, debemos tener en cuenta la Circular Informativa 3/2021 del Consejo General del Notariado²⁰ en la que se entiende esta función asistencial del guardador limitada a la función de prestar auxilio a la persona para poder expresar o tomar su decisión y comprender el contenido del instrumento público notarial, sin que el notario deba exigir su asentimiento para el otorgamiento, aunque esta Circular no deja claro si se deber exigir al menos su comparecencia.

La Circular Informativa 1/2023 del Consejo General del Notariado²¹ (CI 1/2023), va un poco más allá y exige la comparecencia simultanea de la persona y del guardador y, ante las dudas que habían surgido, deja claro que en tal supuesto no se exige autorización judicial “independientemente de la naturaleza, cuantía o trascendencia del acto”.

La excepción a la regla general es que el guardador podrá representar a la persona. En este segundo caso, cuando el guardador representa, la Ley consagra a su vez una regla general y una excepción. La regla general es que el guardador necesitará autorización judicial para representar al guardado. Así lo dispone la primera línea del art. 264 CC: “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”. La excepción a esta regla, se recoge en el párrafo tercero: “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”. Es decir, que fuera de estos supuestos, el guardador necesitará autorización judicial para representar a la persona pues esa es la regla general y las excepciones, como es sabido, son de interpretación restrictiva.

Cuestión distinta es que en la redacción de las excepciones el legislador incorpore algún concepto jurídico indeterminado como “escasa relevancia económica” que, evidentemente, tendrá que ser interpretado y dotado de contenido.

ejemplo, sería posible que se otorgara sin necesidad de autorización judicial una escritura de compraventa de un inmueble consentida por un padre asistido por su hijo –guardador de hecho– que le apoya en el ejercicio de su capacidad”.

²⁰ Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

²¹ 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. 25.

No es este el objeto de estudio en este trabajo pero simplemente apuntaré que la primera duda que surge es si el guardador puede llevar a cabo la administración ordinaria del patrimonio del guardado sin autorización judicial. Mi parecer es que no por dos argumentos. Uno literal, la norma no se refiere a la administración ordinaria sino que enumera actos concretos. Segundo, el criterio de interpretación según los antecedentes: en el Anteproyecto de Ley de 2018 se hacía referencia expresamente a la administración ordinaria y en el texto definitivo se ha suprimido. En la redacción que el Anteproyecto daba al art. 261 CC, se establecía como límite de la actuación del guardador la administración ordinaria y esto ya no está recogido en los arts. 263 a 267 CC que son los que contienen su régimen jurídico.

Será preciso pues, profundizar en la concreción de un concepto jurídico indeterminado, y fijar qué actos son los de “escasa relevancia económica” del art. 264 CC, que son los que puede realizar el guardador en representación del guardado sin autorización judicial y establecer qué actos comprende y cuáles son sus límites. El documento interpretativo de la guarda de hecho que han aprobado la Fiscalía General del Estado y la Asociación Bancaria Española en julio de 2023 (Documento 1 de la FGEAB), al que posteriormente me referiré con más detalle²², aboga, en el marco de la actuación del guardador frente a las entidades bancarias, por un “enfoque amplio sobre dicho límite ya que, de otra manera, un enfoque restrictivo dejaría un exiguo margen de actuación al guardador, en franca contradicción con los principios generales de la reforma”. La pregunta que nos hacemos es si, en contra de la regla habitual de interpretación, las excepciones pueden ser objeto de interpretación amplia, cómo de amplia puede ser dicha interpretación y quién la puede llevar a cabo. Mucho me temo que solo la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo podrá acometer tal labor, con una sólida argumentación y siempre con la prudencia de no vaciar de contenido el mandato legal.

Dejando para otro momento esta reflexión y centrándonos en las reglas del art. 264 CC, para resumir lo dicho, diferenciamos un ámbito de actuación ordinario del guardador, cuando no se exige autorización judicial, y un ámbito

²² Documento interpretativo al Protocolo Marco entre FGE y Asociaciones Bancarias, Documento 1 “La guarda de hecho en la Ley 8/21” del Grupo de trabajo Fiscalía General del Estado y Asociaciones Bancarias, aprobado el 19 de julio de 2023, p. 9: “Así en términos de buenas prácticas se puede convenir que el espacio delimitado bajo el concepto de “escasa relevancia económica” comprende toda actuación relativa a la atención de los ingresos y gastos ordinarios y habituales del guardado, con arreglo a su trayectoria vital. También alcanzaría a la atención de gastos no habituales que deriven de la conservación ordinaria de los elementos precisos para satisfacer sus necesidades ordinarias”.

de actuación extraordinario, cuando se exige la misma. En el ámbito ordinario, el guardador fundamentalmente asiste pero también representa, aunque esto limitadamente (solo para solicitar prestaciones y para realizar actos jurídicos... de escasa relevancia y significado...). En el ámbito extraordinario, podrá llevar a cabo cualquier actuación en representación, incluidos los actos enumerados en el art. 287 en relación al curador, eso sí, siempre que obtenga la necesaria autorización judicial para ello.

En lo que aquí nos interesa, y frente a quienes consideran que la ley habilita al guardador para cualquier actuación, porque como veremos ello tiene una incidencia en la forma de acreditar la guarda de hecho, es necesario subrayar que la ley habilita al guardador de hecho para intervenir en representación, sin necesidad de más requisitos, únicamente en aquellos actos que son la excepción a la regla general, es decir, únicamente en los que expresamente enumera el art. 264 CC aludidos *supra*. Para cualquier otra actuación representativa, la ley no habilita al guardador. No le habilita para realizar actos de trascendencia personal o familiar, para enajenar o gravar bienes inmuebles, disponer a título gratuito de bienes de la persona, renunciar derechos, aceptar o renunciar herencias, hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona, dar y tomar dinero a préstamo, celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y análogos cuando estos requieran aportaciones de cuantía extraordinaria, entre otros. Y, desde luego, el guardador no creo que esté habilitado por la ley para representar al guardado en ningún acto o contrato que deba otorgarse ante notario. Veamos pues quien le habilita y cómo para estos casos.

VI. LA LEGITIMACIÓN DEL GUARDADOR: LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE TÍTULO HABILITANTE Y TÍTULO DE ACREDITACIÓN

En el régimen anterior de la guarda de hecho la cuestión de su acreditación carecía de relevancia dado el escaso margen de actuación que tenía el guardador y la inexistente posibilidad de representar a la persona guardada. Sin embargo, con el nuevo régimen, es una cuestión importante ya que, como hemos visto, el guardador puede, aunque sea excepcionalmente, intervenir en el tráfico en representación del guardado y para ello, como ocurre siempre, necesitará un título de legitimación. En los supuestos en los que el guardador asiste no es necesario acreditar nada. En este caso, la CI 3/2021 del Consejo General del Notariado, considera que la guarda se acredita por la mera voluntad de la persona que comparece con el.

La guarda de hecho es una institución que nace de forma espontánea, natural, sin necesidad de una investidura formal o judicial, como bien recuerda el Preámbulo de la Ley, y es precisamente ese origen el que complica la acreditación del guardador para intervenir en el tráfico por cuenta del guardado, cuestión esta *délaissé* por la Ley 8/2021. Pero de ese origen informal no se puede deducir, como algunos pretenden, que el guardador esté legitimado para todo y, mucho menos, que pueda intervenir sin necesidad de acreditar su condición.

Para avanzar en el tema, y dejando a un lado el aspecto procesal de legitimación, es necesario diferenciar los dos conceptos a los que vengo haciendo referencia: el título habilitante y el título de acreditación. De la legitimación se habla desde diferentes perspectivas lo que complica perfilar su concepto y distinguir dentro del mismo la doble dimensión de habilitación y acreditación. Tampoco es tarea sencilla utilizar una terminología precisa ya que en ocasiones se hace referencia al título de legitimación como comprensivo de ambos aspectos y otras como referido solo a uno de ellos, especialmente a la acreditación. En materia de guarda de hecho se hace necesaria la distinción que la doctrina no siempre lleva a cabo²³.

Más que tratar de dar una definición, podemos analizarlos por inducción, al estudiar el juicio de suficiencia que realiza el notario en los poderes ordinarios. El poder será el título de legitimación del apoderado, lo que integra a la vez el título habilitante y el de acreditación. Es decir, del poder derivan las facultades del apoderado, el ámbito en el que está autorizado o habilitado para intervenir en representación del poderdante y servirá también como título que lo acredita a él para intervenir en su nombre frente a terceros. Ambos aspectos se pueden diferenciar perfectamente en el juicio de suficiencia del poder que debe realizar el notario cuando el apoderado comparece para intervenir en un determinado acto o negocio jurídico. El notario, como exige el art. 166 RN, cuando realiza el juicio de suficiencia no se conforma con considerar legitimado al apoderado que le exhibe el poder comprobando que este existe y es válido y que acredita a quien pretende ejercitarlo como apoderado, sino que ha de realizar un juicio de que ese poder le habilita, le autoriza para llevar a cabo el negocio jurídico concreto que quiere realizar, que confiere al apoderado facultades para poder intervenir en ese negocio jurídico, que, como dispone entre otras la Resolución

²³ López San Luís, R., se refiere al título habilitante asimilándolo a la acreditación, en *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, 2022, p. 97: “El carácter fáctico de esta medida de apoyo dificulta evidenciar su existencia. Sin embargo, el título habilitante –acreditación– del guardador de hecho es de suma importancia en la práctica”. Lora-Tamayo Villaceros, C., y Pérez Ramos C.: “La guarda de hecho” cit., p. 5, se refieren a “acreditar un título habilitante”.

de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de abril de 2022 y exige la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, existe congruencia entre las facultades que le atribuye el poder y el negocio jurídico pretendido²⁴.

Pues bien, en el supuesto de que sea un guardador de hecho el que pretende intervenir en un determinado acto o negocio jurídico representando al guardado, solo podrá hacerlo si está legitimado para ello y, para poder responder afirmativamente es necesario distinguir ambos aspectos y determinar en cada caso cuál es el título habilitante, que puede no ser siempre el mismo, y cual el de acreditación, que también puede variar. Únicamente cuando ambos concurren podrá actuar el guardador en representación del guardado.

Creo que este es el aspecto del régimen jurídico de la guarda de hecho más dudas de interpretación y más dificultades está planteando en la práctica pero si se observa el régimen de las demás medidas de apoyo vemos que el esquema se reproduce.

En los poderes preventivos, igual que hemos visto para el poder ordinario, el apoderado está legitimado por el poder que es a la vez título habilitante pues en él se determina el ámbito de su actuación, las facultades que se le conceden, y también título de acreditación pues en el mismo se le designa como apoderado. En la curatela el título habilitante es la resolución judicial en la que se constituye, que determina la extensión y la intensidad de la medida, y si esa resolución judicial de determinación de apoyos nombra al curador, será también título de acreditación ya que designa la persona del curador y así, este podrá intervenir en representación de la persona exhibiendo la resolución o su testimonio, en los ámbitos que determine la resolución judicial. Si se nombra curador en una resolución posterior, entonces estará disociado el título habilitante, que será la resolución judicial de determinación de apoyos, y el título de acreditación, que será la resolución en la que se nombre al curador.

No existen, a nuestro conocimiento, análisis doctrinales de esta cuestión en relación a las medidas de apoyo, salvo la puntual y oportuna observación de

²⁴ Fundamento de Derecho tercero de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de abril de 2022 (BOE 4 mayo 2022): “Conforme a ese criterio, para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no sólo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación”.

Roca Guillamón que se refiere a ambos conceptos²⁵. Si tratamos de encontrar una referencia doctrinal, al margen de las cuestiones referentes a medidas de apoyo, la encontramos en sede de estado civil y más concretamente de filiación. Lacruz²⁶ se refiere a los conceptos de “título de atribución” y “título de legitimación”, en relación al estado civil de la persona, “entendiendo por el primero el hecho o acto que, según el Ordenamiento, constituye una cierta relación de estado civil (aquí filiación); y por título de legitimación, el que proclama a una persona, a todos los efectos legales y frente a todos, como titular de un estado civil (aquí de una filiación) y le habilita para el ejercicio de los derechos derivados”.

Estos dos conceptos, aún sin hacer una asimilación conceptual, ya que no estamos en materia de estado civil, son perfectamente identificables en la materia que nos ocupa. La guarda de hecho por sí misma no tendría ninguna virtualidad si la ley no le reconoce un ámbito y unos efectos jurídicos y esto la Ley 8/2021 sí lo hace. Es decir, el título habilitante o de “atribución” en la terminología de Lacruz, de la guarda de hecho, es el reconocimiento que hace la ley de una situación de hecho atribuyendo efectos jurídicos a la actuación del guardador en el ámbito de actuación que la ley delimita. Así lo entiende también Roca Guillamón²⁷ pero sin entrar en una distinción a la que me referiré a continuación que considero es necesario hacer porque el título habilitante en la guarda no es siempre la ley.

Y es que, como hemos visto, las facultades que el guardador tiene por ministerio de la ley son muy reducidas cuando interviene representando a la persona (solo para solicitar prestaciones y realizar actos jurídicos... de escasa relevancia y significado...). Respeto de estas, el título habilitante es la ley. Para el resto de las actuaciones representativas la ley no habilita al curador sino que exige autorización judicial y, en este caso, el título habilitante será la resolución judicial que, desde luego, no será automática sino que como dispone el art. 264 CC “se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso” y deberá tramitarse el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria previsto en los arts. 61 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Pero incluso cuando la ley es título habilitante, la ley no es título de legitimación (en el sentido al que Lacruz alude, como acreditación) para que el guardador pueda intervenir en el tráfico porque no designa quién es el guar-

²⁵ Roca Guillamón, J.: “La guarda de hecho”, en *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual* (dir. R.M. Moreno Flórez), Dykinson, 2022, pp. 127-136.

²⁶ Lacruz Berdejo, J. L. (y otros): *Elementos de Derecho Civil*, IV, Dykinson 2008, p. 305.

²⁷ Roca Guillamón, J.: “La guarda de hecho”, cit.

dador en cada caso concreto frente a todos. Por eso creo que es un error de concepto afirmar²⁸ que “resulta improcedente el requerimiento de documento formal alguno que la constituya”. No, el documento que se reclama al guardador no es el que constituye la guarda, el título habilitante, sino el título de acreditación. El documento que se solicita no constituye la guarda de hecho que ha de existir previamente, simplemente constata que esta existe y que es ejercida adecuadamente por una persona concreta, que es la que está legitimada para actuar. Entender que exigir la acreditación de la guarda de hecho “atenta contra su propia naturaleza” es hacer saltar por los aires todo el sistema e imponer la ley de la selva en la materia. Especialmente trascendente y delicada es la cuestión cuando se trata de la actuación del guardador ante las entidades bancarias.

Si un padre tiene tres hijos y cada uno se presenta en un momento diferente haciendo una manifestación de que es el guardador de hecho de su padre ¿Tendrá la entidad bancaria que creer al primero que llegue, una especie de principio *prior tempore*? ¿O al que le mejor espina le de? ¿O es que tendrá que hacer el empleado de la sucursal una labor de indagación de si en la familia existen más hijos y si realmente ese es el guardador de hecho de su padre? Y no digamos nada cuando se trate de un sobrino, vecino... Si es así, mal vamos, hemos cambiado los papeles y esto, desde luego, no es labor de las entidades bancarias o, en general, de quienes se relacionen con el guardador.

A mi modo de ver, en lo que tendrán que hacer un esfuerzo las entidades bancarias es en, una vez que quede acreditado de un modo seguro y fiable que una persona es el guardador de hecho, facilitar su actuación, eso sí, dentro de los límites que fija la ley. Porque, como hemos dicho, es la ley junto con la situación fáctica el título habilitante, los poderes los tiene *ex lege* el guardador, aunque poderes limitados a lo que expresamente dispone el art. 264 CC. Pero lo que no se podrá exigir de ningún modo a las entidades bancarias, financieras, de seguros... es que permitan la actuación del guardador sin título de acreditación o que lo tengan que “fabricar” ellos y, mucho menos, que reconozcan al guardador más facultades de las que la ley les atribuye.

Cuestión distinta es que este último extremo, qué facultades concretas le atribuye la ley, tampoco esté todo lo claro que debería en el texto legal y necesite de una interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, como posteriormente veremos. Además no hay que perder de vista que, como recuerda en sus reflexiones de blog Torres Costa²⁹, los bancos serán responsables de los perjuicios

²⁸ Así lo afirma en la entrada *La guarda de hecho y el necesario cambio de mentalidad de los bancos* en el blog “Hay Derecho” Torres Costa, E., 2023 (acceso el día 3 de mayo de 2023).

²⁹ Aunque la profesora Torres Costa lo dice para “persuadir” a las entidades bancarias de que depongan su actitud de exigir ese documento “ilegal” que es la acreditación de la condición de guarda-

que se causen a la persona con discapacidad. Desde luego, pero no por exigir la acreditación de una situación que no pueden conocer de otro modo, sino, sobre todo, por el desfalco patrimonial que se produzca por una interpretación errónea de la ley y de su finalidad de modo que se permita a cualquiera que manifieste ser el guardador acceder a las cuentas y otros productos bancarios de la persona. No olvidemos que la primera obligación del depositario es “guardar la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante, o a sus causahabientes, a la persona que hubiese sido designada en el contrato” (art. 1766 CC), por no hacer referencia a las obligaciones que tienen las entidades bancarias en materia de confidencialidad y protección de datos personales.

Aún a riesgo de incurrir en reiteración, insisto en que no se puede ignorar que la habilitación que concede la ley al guardador de hecho es limitada cuando se trata de representar a la persona. La habilitación se refiere únicamente a los actos enumerados en el párrafo 3º del art. 264 CC (solo para solicitar prestaciones y realizar actos jurídicos... de escasa relevancia y significado...). Para todos los demás, la ley no habilita al guardador sino que será la resolución judicial en la que se conceda la autorización judicial para llevarlo a cabo el título de legitimación del guardador que será a la vez título de habilitación y de acreditación pues en el mismo se hará referencia a la persona concreta que ejerce la guarda, a la que se habilita (eso es la autorización judicial) para llevar a cabo un acto o un conjunto de actos concretos en representación del guardado.

Es decir, la ley no es tan naif como para establecer una habilitación general, que comprenda cualquier tipo de intervención del guardador en representación del guardado sino que, como regla general, exige que intervenga la autoridad judicial, quien deberá comprobar la necesidad del acto, entre otras cosas que a continuación veremos.

Este planteamiento no vulnera la Convención de Naciones Unidas. Todo lo contrario, si queremos que la guarda de hecho sea una medida conforme con la Convención, debe intervenir la autoridad judicial. El legislador tenía dos opciones: recurrir a esta habilitación judicial caso por caso en cada ocasión en que tenga que intervenir el guardador representando, o bien recurrir a una habilitación judicial previa del guardador que hiciese innecesaria la intervención judicial posterior. Este último, es precisamente el sistema que sigue el legislador francés en la medida de la habilitación familiar en la que, de acuerdo con el art. 494-6 del *Code*, el juez puede conceder a una persona una habilitación general, o bien referida a un acto o categoría de actos concreta. Acordada la habilita-

dor de hecho. Yo me pregunto ¿También es ilegal que pidan al curador la resolución judicial, que es su título de legitimación? ¿Por qué tendrían que creer al guardador y no al curador que manifiesta serlo?

ción, salvo previsión en contra de la autoridad judicial, la persona habilitada no necesitará autorización judicial para llevar a cabo los actos para los que ha sido habilitada, aunque se trate de los actos para los que el tutor sí los necesita. El legislador francés ha optado pues por una fórmula en la que el título de legitimación está perfectamente determinado desde el principio y el mismo es título de habilitación y acreditación. Y, sí, es una resolución judicial, porque el legislador francés ha entendido que sólo el juez puede realizar ese juicio de adecuación y suficiencia necesario para conceder una habilitación familiar, juicio que además incluye el de idoneidad de la persona que es habilitada que, dicho sea de paso, solo podrá ser un miembro de la familia. Una vez concedida la habilitación, la medida vive casi al margen de la autoridad judicial, sin tener que recurrir continuamente a solicitar autorización para actos concretos. Quizás es de este modelo que tendría que haberse inspirado el legislador español, una habilitación concedida judicialmente que permite después una vida “desjudicializada”.

Ahora bien, aunque el legislador español no ha dispuesto un sistema tan estructurado, creo que en realidad ha previsto expresamente una vía similar, al menos en parte. Y es que, en aquellos supuestos en los que sea necesario solicitar una autorización judicial. En este caso, la autorización no es ni mucho menos automática, sino que se deberá tramitar, como prevé el art. 64 LJV, citando a comparecencia al Ministerio Fiscal, a la persona guardada y a la que ejerza la guarda sin perjuicio de otras que pudieran serlo, pudiendo, además, solicitarse un dictamen pericial si fuese preciso. Además, el art. 65 LJV prevé expresamente que el juez, “teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando su conveniencia a los intereses” de la persona, resuelva concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada. Y en esa valoración que debe realizar el juez, aunque no lo diga expresamente la LJV, *va de soi*, la autoridad judicial debe valorar si la guarda existe, si se viene ejerciendo adecuadamente y si es suficiente, porque esta es la premisa que el Derecho sustantivo, el Código civil, impone para que exista la guarda de hecho, o al menos para que el guardador pueda continuar en el desempeño de su función como dice el art. 263 CC.

Si el juez lo considera conveniente para los intereses de la persona, concederá esa habilitación y, tal y como prevé expresamente el art. 264 CC “la autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo”. Es decir, que la Ley prevé que la autoridad judicial conceda una habilitación más o menos amplia al guardador, incluso puede ser general, evitando que posteriormente tenga que solicitar otras autorizaciones judiciales para cada acto concreto. Así lo entiende también Roca Guillamón

que se refiere expresamente a la necesidad de que existe una “homologación” por la autoridad judicial³⁰.

No admitir que esta vía, que consagra expresamente la Ley 8/2021, es la que permite realmente desjudicializar la medida sin que se pierdan las salvaguardas necesarias para asegurar a la persona el ejercicio de su capacidad es abocar la guarda de hecho al fracaso.

VII. EL TÍTULO DE ACREDITACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO

Ya hemos visto que la claridad del sistema francés en la determinación del título de legitimación, en las dos dimensiones de habilitación y acreditación, no es el modelo que sigue el legislador español. Ni ningún otro, ya que la guarda de hecho tal y como ha sido configurada en la Ley 8/2021 no existe, hasta donde alcanza mi conocimiento, en los países de nuestro entorno, y ni siquiera va a existir en toda España si se aprueba definitivamente el texto de reforma del Código civil catalán tal y como ha sido presentado el Anteproyecto en julio de 2023, pues este la proscribire.

La falta de previsión legal sobre esta cuestión, unida a la animadversión que despierta en el Ministerio Fiscal y en una parte de la judicatura cualquier intervención de la autoridad judicial en la acreditación de la guarda de hecho, son los dos factores que provocan que, dos años más tarde de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, todavía estemos pisando arenas movedizas en este tema. Y esto pese a los intentos por aclarar cuál puede ser ese título que acredite la guarda de hecho que se han realizado tanto desde el poder judicial como desde el notariado, que han publicado diversos informes o circulares, ninguno vinculante, y en los que, en ocasiones, se hace sentir una cierta falta de claridad, se incurre en contradicciones, o se cae en la confusión entre lo que es la prueba de la guarda y su acreditación. Veamos.

1. Los diferentes intentos institucionales de aclarar la cuestión

El primer intento por subsanar este olvido del legislador lo encontramos en las “Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especialistas de las Secciones de atención a personas con discapacidad y mayores” (Conclusiones JFE 2021)

³⁰ Roca Guillamón, J.: “La guarda de hecho”, cit. p. 133: “De ahí que haya podido afirmarse, con razón, que el guardador de hecho es como un curador informal. Y es que materialmente es así, una vez que la existencia del guardador de hecho de alguna manera resulte homologada por la autorización judicial”.

celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021, que dedican un apartado a la cuestión de la acreditación de la guarda de hecho aunque sin la suficiente claridad, al no diferenciar nítidamente, mezclando y a veces confundiendo, la prueba de la guarda de hecho con su acreditación.

Así, en referencia a la acreditación, disponen las conclusiones³¹ que se puede hacer por diferentes medios: “mediante libro de familia cuando de un familiar se trate, como a través de documentación “periférica” (sanitaria, asistencial, administrativa, doméstica, etc.) que refleje dicha condición. Los modelos de declaración responsable de guarda de hecho elaborados por la administración al efecto de cursar las peticiones de reconocimiento de la situación de dependencia pueden ser un modelo a seguir. En cualquier caso, resulta de extraordinaria relevancia el hecho de convivir con el guardado. La acreditación de este extremo podrá hacerse mediante las distintas pruebas documentales (certificados de empadronamiento u otros que acrediten la convivencia), testificales, etc.”. Añade el documento la acreditación mediante “la propia voluntad de la persona manifestada ante notario reconociendo al guardador de hecho mediante un acta de notoriedad u otorgándole poderes”, y, reconoce como un título de acreditación extraordinario la resolución judicial por la que de por finalizada una medida judicial previa por entender adecuada y suficiente la guarda.

Este conjunto de documentos a los que se refieren las conclusiones del año 2021 son una mezcla inmiscible y, desde luego, muchos de ellos no son título de acreditación. Siendo la guarda una situación de hecho a la que la ley reconoce efectos jurídicos, si se quiere obtener un título de acreditación de la misma, lo primero que se tendrá que hacer es, precisamente, probar esa situación de hecho y es a esta prueba a la que se dirigen la mayor parte de estos documentos a los que se refieren las conclusiones de las Jornadas de Fiscales: libro de familia, documentación periférica, empadronamiento, testificales. Una vez probado que se está ejerciendo adecuadamente como guardador de hecho, a lo que pueden ayudar todas estas pruebas, no siendo ninguna por sí sola suficiente, se podrá procurar (ya veremos cómo y por quién) el título de acreditación, el documento que permita al guardador intervenir en representación de la persona.

Por otra parte, la referencia que hace el Documento a la acreditación de la guarda mediante la “propia voluntad de la persona manifestada ante notario reconociendo al guardador de hecho mediante un acta de notoriedad u otorgándole poderes” induce a confusión. Una cosa es, y lo veremos después, que el acta de notoriedad sea una de las posibles vías para acreditar la guarda y otra

³¹ “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, p. 8.

muy distinta que el propio guardado “reconozca” al guardador en un acta o le otorgue poderes, lo que no es una forma de acreditar una guarda sino un negocio jurídico con entidad propia, quizás un apoderamiento preventivo, con los efectos que le atribuye la ley.

La referencia a la resolución judicial por la que se da por terminada una medida judicial de apoyo por entender que es adecuada y suficiente la guarda sí es un verdadero título de acreditación, pero no es el único de origen judicial que puede servir a estos fines. Ante las dificultades encontradas, los guardadores se dirigen a la fiscalía para que esta produzca un título de acreditación, que sería el decreto de conclusión en el que se acuerda que no proceden medidas de apoyo judiciales porque existe una guarda de hecho suficiente. A esta posibilidad se refieren también las Conclusiones JFE 2021 pero, curiosamente, en un apartado diferente del que dedica a la acreditación de la guarda de hecho, afirmando que en el decreto de archivo de diligencias se pueda hacer constar “el carácter ordinario del acto obstaculizado” incluido en la administración ordinaria³² que, según las Conclusiones JFE 2021 corresponde al guardador, sugiriendo que “el guardador puede hacer uso del mismo como entienda oportuno”. Es decir, que las Conclusiones evitan referirse a este Decreto del Ministerio Fiscal como título de acreditación, lo que sí hace el el siguiente documento que vamos a analizar.

En el año 2021, el Consejo General del Poder Judicial creó el “Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria” y, en el primer informe (Informe GTCGPJ 2022) que han redactado, en julio de 2022, abordan, entre otras, la cuestión de cómo acreditar la guarda de hecho. El Informe GTCGPJ 2022, con mayor precisión que las Conclusiones JFE 2021, aunque también sin distinguir claramente entre la prueba de la guarda y su acreditación, prevé varias posibilidades³³: “Los medios de acreditación pueden ser muy variados: Si son familiares cercanos, libro de familia. Informes sociales, sanitarios, administrativos, modelos de declaración responsable de guarda de hecho elaborados por la Administración para cursar peticiones de reconocimiento de situaciones de dependencia. Empadronamiento. Informes policiales. Si la persona se encuentra ingresada en una residencia, mediante informe residencial. Informes vecinales. Testificales. En algunos supuestos, mediante acta de notoriedad. En algunos

³² Como ya he manifestado anteriormente, considero que la Ley no atribuye al guardador la administración ordinaria por lo que dar por sentado esto sin argumentarlo contribuye a incrementar las dudas sobre el ámbito ordinario de actuación que la ley atribuye al guardador.

³³ Informe “Guarda de hecho: cuestiones controvertidas suscitadas en la práctica judicial”, elaborado por el grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria” del Consejo General del Poder Judicial, p. 5.

casos también podrá desprenderse la existencia de una guarda de hecho del decreto del Ministerio Fiscal de archivo de unas diligencias pre-procesales. Resoluciones de archivo de procedimientos de revisión de la DT 5ª, por entender adecuada y suficiente la guarda de hecho”.

En este documento se hace referencia al acta de notoriedad como posible título de acreditación pero sin entrar a dar más detalles de la misma y sin darle ninguna preferencia respecto de otras. No se refiere expresamente a la acreditación mediante la resolución judicial en la que se autoriza al guardador a realizar determinados actos pero se insiste en la idea de que, en los expedientes a los que se refiere, la autoridad judicial tendrá que verificar la realidad de la guarda de hecho así como su adecuación y suficiencia, es decir, un juicio parecido al que el *Code* ordena hacer al juez para conceder la habilitación familiar.

Estos documentos que provienen del ámbito judicial, no han tenido en cuenta las especificidades de la acreditación en los supuestos en los que el guardador interviene asistiendo y cuando interviene representando, diferencia esta que sí se ha puesto de manifiesto en las Circulares del Consejo General del Notariado que también ha tratado de dar respuesta a las dificultades encontradas en la aplicación práctica de la guarda de hecho. La primera Circular Informativa³⁴ referida a la Ley 8/2021, la CI 2/2021 no trata la guarda de hecho. Sí lo hace la Circular Informativa 3/2021, que aborda diferentes cuestiones relativas a la guarda, aunque lógicamente, centrándose sobre todo en la de la comparecencia ante notario. Diferencia esta Circular entre una guarda voluntaria y otra necesaria, lo que se corresponde en realidad con el carácter de la intervención del guardador, si es para asistir a la persona, su acreditación se llevará a cabo por la mera voluntad de esta manifestada al notario y, en tal caso, la Circular recomienda que se refleje la prestación de apoyo por el guardador en un acta notarial.

Con más detalle la Circular Informativa 1/2023 del CGN se refiere a aquellos casos en los que el guardador pretenda representar a la persona. La Circular aborda la cuestión del título de acreditación sin que este pueda ser el mismo en todo caso, y lo vincula con el ámbito ordinario o extraordinario de su actuación, aunque no utiliza esta terminología sino que se refiere a actos muy cualificados o relevantes, actos relevantes y actos de escasa relevancia³⁵.

Tratándose de actos muy cualificados, los comprendidos en el art. 287 CC, es tajante y estima que “el notario debe abstenerse e informar de la necesaria autorización judicial”. Es decir, que, en este caso, la solución que da es

³⁴ Circular Informativa 2/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

³⁵ CI 1/2023, p.22.

clarificadora: no hay acreditación posible por vía notarial porque no hay título habilitante. Es decir, que de acuerdo con lo anteriormente apuntado, la ley no legitima al guardador para actuar en estos casos. La Circular se refiere expresamente a la “autorización habilitante”. En este caso, no pudiendo ser el acta notarial título de acreditación, sí podría ser una prueba³⁶ en sede judicial. Nada más. Es decir, que tanto el título habilitante como el de acreditación serán la resolución judicial.

Respecto de los actos relevantes, aquellos en los que se exige autorización judicial, diferentes a los comprendidos en el art. 287 CC, también esta será el título habilitante y de acreditación aunque respecto de ellos se plantea la Circular si se podrían aplicar las normas de la gestión de negocios sin mandato si concurren los requisitos de urgencia y necesidad, pero, eso sí, con la necesidad de una resolución judicial confirmatoria conferida con posterioridad quedando mientras tanto condicionada la eficacia del acto documentado pendiente de confirmación judicial. Para estos supuestos la Circular es clara, el acta notarial no puede en ningún caso ser título de acreditación porque no hay título habilitante³⁷.

Sin embargo, para los actos de escasa relevancia, es decir, aquellos que, de acuerdo con el art. 264 CC puede realizar el guardador en representación sin autorización judicial, es para los que el acta notarial despliega todos sus efectos. En este punto la Circular incurre en una cierta contradicción o, quizás, es únicamente una cuestión terminológica. En las primeras páginas, al tratar de aclarar la naturaleza y función del acta notarial dispone expresamente que “no es propiamente un título de legitimación” (página 14), pero afirma después (página 24) que el acta de notoriedad “sumada a la concreta actuación del guardador, genera una legitimación presunta”. Entonces, ¿es o no es un título de legitimación? Creo que en realidad la Circular 1/23 cuando establece que no es título de legitimación utiliza el concepto de legitimación como referido a lo que en páginas anteriores he denominado habilitación o atribución y, en este sentido, es evidente que el acta no es título habilitante, lo es la ley unida a la situación de hecho de que alguien ejerce como guardador. Creo que es así como se debe entender el texto de la Circular pues a renglón seguido de negarle su carácter de título de legitimación añade que “el acta acredita la notoriedad de una situación

³⁶ CI 1/2023, p. 23.

³⁷ CI 1/2023, p. 24: “Y, en otro orden de cosas, se puede plantear la posibilidad de suplir la autorización judicial habilitante con el acta de notoriedad que explicita la situación de necesidad. Esto último es muy razonable *de lege ferenda* pero no parece que se pueda valer de ella el guardador para evitar la necesaria autorización, de modo que es menester concluir, al igual que en los casos del 287 del Código, que dicha acta será tan solo un modo de facilitar la prueba ante la autoridad judicial”.

jurídica, la existencia de la guarda de hecho”, luego sí es título de acreditación. Será por tanto en el reducido ámbito en el que la ley habilita al guardador en el que el acta de notoriedad sirva de título de acreditación, nunca de habilitación.

2. Los documentos del Grupo de trabajo de la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias

Ya hemos puesto de manifiesto cómo una de las mayores dificultades de actuación que se encuentran los guardadores se refiere a la gestión bancaria. Las dificultades propias de la interpretación de las nuevas atribuciones del guardador de hecho, unido a la falta de claridad conceptual y a la excesiva utilización de conceptos jurídicos indeterminados por parte del legislador ha generado una situación un tanto caótica que hacía necesaria una intervención por parte de las instituciones. La Unidad Coordinadora de atención a las personas con discapacidad y mayores de la Fiscalía General del Estado ha impulsado unos acuerdos con la Asociación Bancaria para buscar soluciones a los problemas planteados y avanzar hacia una interpretación uniforme de la ley.

Esta iniciativa es digna de elogio y su impulso sin *défaillance* desde la Unidad Coordinadora ha propiciado que, en poco tiempo, de sus frutos. Y una de las primeras cuestiones que se han abordado es la interpretación de los puntos oscuros de la regulación de la guarda, aunque, eso sí, únicamente bajo la perspectiva de la gestión bancaria, en el denominado Documento 1 “La guarda de hecho en la Ley 8/21” (Documento 1 FGEAB). Aborda este Documento tanto la cuestión del ámbito de la actuación del guardador como la forma en que acredita su condición tratando de aportar una interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados que consagra la ley y soluciones para colmar las lagunas de la misma.

Como hemos visto en páginas anteriores, una de las cuestiones que más dificultades plantea es la de determinar qué actos comprende el ámbito ordinario en el que el guardador puede intervenir representando a la persona sin necesidad de autorización judicial. Esto exige interpretar el concepto jurídico indeterminado consagrado por el art. 264 CC: “actos jurídicos sobre bienes que tengan escasa relevancia económica”. Acabamos de ver que la CI 1/2023 del Consejo General del Notariado determina que este es el ámbito propio de la acreditación mediante acta de notoriedad. Sin embargo, en este tema la Circular en cierto modo se lava las manos y no entra en el fondo de la cuestión y en el apartado en el que aborda qué ha de entenderse por “actos de escasa relevancia económica” referidos al ámbito bancario en los que puede actuar por sí solo el guardador, transcribe, sin dar ninguna explicación, una resolución

judicial de la Audiencia Provincial de La Coruña en la que se incluían una serie de actos como “realizar gestiones en cuentas y otros productos bancarios con administración y disposición de saldos”. Ello podría inducir a pensar que este es el ámbito ordinario de actuación del guardador pero la solución no es tan sencilla y no se puede extrapolar la solución que da ese tribunal para un asunto concreto a regla general de interpretación en todo caso. El Documento 1 de la FGEAB va más lejos y entra de lleno en la cuestión.

Del Documento, lo primero que destacaría es la claridad al diferenciar nítidamente entre el título habilitante de la guarda y su acreditación en el tráfico jurídico, cuestión a la que dedica el apartado II, si bien cuando entra a analizar los diferentes títulos de acreditación el texto no es tan claro, especialmente en lo que se refiere a la declaración responsable, como tendremos ocasión de ver.

En relación a la determinación del ámbito de actuación ordinario del guardador, es decir, cuándo puede actuar en representación sin autorización judicial, lo identifica con “la gestión común, diaria, habitual, de las necesidades ordinarias del guardado” y al abordar la interpretación del concepto de “escasa relevancia económica”, el Documento aboga por una interpretación sistemática que “conduce necesariamente a un enfoque amplio sobre dicho límite ya que, de otra manera, un enfoque restrictivo dejaría un exiguo margen de actuación al guardador, en franca contradicción con los principios generales de la reforma”.

El Documento acierta al no asimilar la actuación ordinaria del guardador con la administración ordinaria, pero eso le obliga a enumerar qué actos estarían comprendidos en esta “actuación ordinaria” y, al hacerlo, el problema es que es inevitable volver a consagrar conceptos que exigen una interpretación en cada caso concreto como cuando se refiere a “gastos ordinarios y habituales del guardado con arreglo a su trayectoria vital” o “gastos y disposiciones finalistas” y la cuestión, que no se resuelve, es quien y cómo hará esa interpretación o valoración de qué entra en ellos. ¿Será el gestor de cuentas de la persona? ¿Un servicio especializado de las entidades financieras? ¿El director de la sucursal? ¿El propio guardador? Una complicación si tenemos en cuenta el mundo en el que vivimos y la expansión de los servicios de banca *on line*.

También aborda la cuestión del título de acreditación de la guarda e igualmente, incurre en una cierta confusión entre la prueba y la acreditación. Atribuye mayor relevancia al acta de notoriedad y a la declaración responsable, si bien, a mi modo de ver, en la definición de esta última existe una cierta confusión conceptual o, quizás una voluntad expresa de conceptualarla de manera diferente a la habitual. Veamos.

3. Los diferentes títulos de acreditación

De los documentos, informes y circulares analizados en el apartado anterior se van decantando las diferentes posibilidades de acreditación de la guarda que son fundamentalmente tres: la declaración responsable, el acta de notoriedad y la resolución judicial. Todos los demás documentos a los que se hace referencia serán modos de probar que una persona concreta ostenta la condición de guardador de hecho para que se pueda producir el título de acreditación de la condición de tal.

Como hemos visto, el título de acreditación no será el mismo en todo caso y la primera distinción que es necesario hacer es la que está en función de si el guardador pretende llevar a cabo un acto de los comprendidos en el ámbito de actuación ordinario o extraordinario. Comenzando por este último, y tal y como ya he dicho anteriormente, considero que en este caso el único título de acreditación de la actuación del guardador será la resolución judicial en la que se le conceda la autorización para realizar el acto de que se trate y la misma será también el título habilitante. Así lo entiende también la CI 1/2023 del CGN que se refiere expresamente a la “autorización judicial habilitante”. En este caso, la autoridad judicial deberá verificar, además de la necesidad del acto para poder autorizarlo, tal y como exige el art. 264 CC, la realidad de la guarda y también su adecuación y suficiencia,. Así lo reconoce expresamente el Informe GTCGPJ 2022³⁸.

Cuando se trata del ámbito de actuación ordinario, se abren otras posibilidades y reconoce que el título de acreditación puede ser, además de una resolución judicial, en los términos a los que nos hemos referido en epígrafes anteriores, el acta de notoriedad y la declaración responsable. Pero estos títulos de acreditación pueden revelarse más o menos adecuados en función de cual sea el acto en el que el guardador intervenga en representación del guardado. Especialmente problemática es la acreditación mediante declaración responsable, que en ningún caso puede estar equiparada con el acta de notoriedad por las razones que daré a continuación. Me atrevería a decir, adelantando la conclusión a la que llegaré en unas páginas, que los actos en los que la declaración responsable puede servir de título de acreditación son extremadamente reducidos y no creo que sea conveniente ni oportuno admitir, por ejemplo, que mediante una mera declaración responsable el guardador vaya a tener acceso a las cuentas bancarias del guardado. Admitirlo sería una perversión del sistema. Pero para

³⁸ Informe GTCGPJ 2022, cit., p. 6.

poder avanzar, antes tenemos que ponernos de acuerdo sobre qué entendemos por declaración responsable.

A) Especial referencia a la declaración responsable

La idea de utilizar declaraciones responsables es extraña al ámbito de las medidas de apoyo y, en general, al Derecho civil. Su hábitat natural es el de la contratación o, en general, las relaciones con la Administración Pública, pero, incluso en este dominio, su utilización es reciente. Se trata de una figura propia de los sistemas jurídicos de tipo anglosajón y germánico que se basan en la confianza que la Administración tiene en quien contrata con él o, en general, en el ciudadano. Permiten agilizar las relaciones con la administración pues en vez de tener que probar una determinada circunstancia, o que se deba realizar un control por la administración para verificar el cumplimiento de determinados requisitos o exigencias, hacen posible que el interesado pueda liberarse de esa prueba o de ese control declarando que las obligaciones o requisitos que tenía que cumplir están cumplidos. Como pone de manifiesto Calvo y Ruata³⁹, esta relación de confianza, en la que es suficiente la palabra, libera al ciudadano de tener que mostrar constantemente “el cumplimiento de la norma administrativa en el ejercicio de sus actividades”.

Pese a las diferencias existentes entre los países de cultura latina y los de cultura anglosajona, desde hace unas décadas se desarrolla con fuerza en nuestro ordenamiento jurídico la utilización de las declaraciones responsables en el ámbito de las relaciones con la administración, impulsado por el liberalismo que impone la Unión Europea que ha propulsado su uso⁴⁰, especialmente a partir de la Directiva de Servicios de 2006⁴¹. Ejemplos de esta práctica, cada vez más extendida, los podemos encontrar en las declaraciones responsables en

³⁹ Calvo y Ruata, P.: “Nuevo impulso a las declaraciones responsables en la contratación administrativa”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2013, pp. 437-464, p. 438: “Se elogia de los sistemas administrativos de corte germánico y anglosajón las relaciones de confianza entre la administración y el ciudadano que no debe mostrar constantemente –le basta su palabra– el cumplimiento de la norma administrativa en el ejercicio de sus actividades. Su alto civismo, acrisolado por el puritanismo del Reforma, desearía la tentación de incumplirla. Por el contrario, se critica el recelo mutuo característico de los países meridionales de inspiración administrativista francesa. Y, naturalmente, este esquema se traslada al campo de la contratación pública donde, teóricamente, se propugnan determinados antiformalismos producto de ese modo del norteamericano en el entender las relaciones administración/ciudadano”.

⁴⁰ Así lo constata Calvo y Ruata, P.: “Nuevo impulso a las declaraciones responsables”, cit. p. 440.

⁴¹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

el ámbito de la promoción urbanística en la que la cédula de habitabilidad que concede la administración tras verificar que se cumplen todos los requisitos exigidos, poco a poco está siendo sustituida por la declaración responsable que hace el propio obligado al cumplimiento de que realmente los ha cumplido, o en la instalación de actividades económicas que, en muchos casos, ya no están sujetas autorización previa.

Esta progresiva expansión de las declaraciones responsables ha llegado también a la esfera de las solicitudes de prestaciones sociales y, más concretamente, de prestaciones de ayuda a la dependencia, en las que se permite que las haga, además de la persona dependiente o su representante legal o voluntario, también el cuidador o persona cercana, declarando responsablemente que se cumplen ciertos requisitos y condiciones y que él ostenta la condición de cuidador o similar. Las diferentes administraciones públicas han ido aprobando modelos de declaración responsable cuya finalidad es agilizar el trámite.

De declaraciones responsables en el ámbito de las medidas de apoyo o protección no se ha hablado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Sin embargo, se empieza a hacer referencia a la misma en relación a la acreditación de la guarda de hecho como una forma en la que el propio interesado, el guardador, manifiesta que lo es y, de este modo, esa declaración se convierte en título de acreditación de la guarda, sin necesidad de que tenga que haber intervención de un tercero que verifique tal circunstancia con carácter previo, aunque sí podrá ser objeto de verificación posterior. Ha propiciado esta posibilidad el hecho de que el art. 264 CC permite al guardador, como parte de las facultades atribuidas *ex lege*, la posibilidad de que solicite una prestación económica a favor de la persona, lo que coincide con los supuestos en los que en la práctica se están utilizando ya las declaraciones responsables.

No veo mayor problema en que se utilice la declaración responsable como modo de acreditar la guarda para solicitar una prestación económica, eso sí, “siempre que no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona”, como impone el art. 264 CC. Las dificultades surgen cuando se pretende utilizar esta declaración responsable para acreditar la condición de guardador e intervenir así en otro tipo de actos, los denominados de “escasa relevancia económica”. Y aquí es donde más necesario se hace poner en relación el modo de acreditación con los actos para los que realmente habilita la ley al guardador para actuar en representación sin autorización judicial. Y es que, si se entiende, como hace el Documento 1 de la FGEAB, que se incluye en la esfera de actuación ordinaria del guardador actos como acceder a información bancaria o la disposición de saldos, creo que, en ningún caso, puede admitirse como título de acreditación ante la entidad bancaria la declaración responsable, tal y como

hemos expuesto que esta se ha perfilado en la práctica (es decir, como la simple manifestación hecha por el guardador de que ejerce adecuadamente como tal).

Ahora bien, el Documento 1 de la FGEAB hace un movimiento extraño y, sin definir qué es una declaración responsable, se refiere a la misma cambiando totalmente el sentido de lo que habitualmente se entiende por tal, comenzando por quien la hace. En el apartado VI del Documento, titulado “la declaración responsable ante la entidad bancaria” al referirse a los sujetos, establece que “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 de hecho”. Es decir, que parece que no es el guardador quien hace la declaración responsable sino que es el guardado el que “reconoce” al guardador. Pues bien, yo creo que es importante que el *nomen iuris* se corresponda con la realidad y, si consideramos el aforismo “los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen”, esto, propiamente, no es una declaración responsable sino que recuerda en realidad a una designación de autorizados bancarios es decir, a un apoderamiento⁴².

Y el resto del Documento confirma esta idea. Así se desprende con mayor contundencia del apartado VII que, bajo la rubrica “contenido de la declaración responsable” expresamente prevé que la voluntad del guardado “marcará la pauta en la definición de la operativa de gestión ante la entidad bancaria” y añade que “esta voluntad será especialmente determinante en cuanto a la habilitación de acceso a información y sus límites debido a las exigencias derivadas de la legislación de protección de datos” y añade un listado de los contenidos de la declaración responsable ante la entidad financiera, como el alcance y modalidad de la actuación del guardador, las autorizaciones de gestión operativa o la autorización o no de medios de pago. Es decir, que el Documento desnaturaliza la “declaración responsable” como título de acreditación y la convierte en el título habilitante de la actuación del guardador. Pero, ¿no habíamos quedado en que el título habilitante para el ámbito de actuación ordinario es la ley? Insisto, esto no es lo que dice ser, una declaración responsable, sino un poder en toda regla que, como dije antes, es a la vez título habilitante y de acreditación.

⁴² En el mismo sentido Leciñena Ibarra, A., “Comentario a los artículos 263-267”, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. Guilarte Martín-Calero), Aranzadi Thomson Reuters, 2022, apunta que “la impronta de espontaneidad en su origen excluye de la consideración de guardador, primero, a las personas que actúan como apoderado de la propia persona con discapacidad. La existencia de un mandato representativo, preventivo o no, a favor del que se presenta prima facie como guardador arrojaría el supuesto del marco de la guarda de hecho para situarlo en el de la representación voluntaria, con plena aplicación de sus normas”.

Como tal poder o autorización bancaria, nada que objetar, siempre que el interesado mantenga el discernimiento suficiente para otorgarlo y, lo que es más importante, conserve dicho discernimiento porque, a mi modo de ver, si lo que hace el interesado en este poder disfrazado de declaración responsable, es autorizar a quien reconoce como su guardador de hecho para que este pueda intervenir en su representación en actos que el propio documento enumera y que pueden ir más allá de la habilitación ordinaria que la ley otorga al guardador de hecho, incluso si llega a necesitar apoyo en el ejercicio de su capacidad, lo llamemos como lo llamemos, en realidad esto es un poder preventivo y, recordemos, el art. 260 CC exige que estos se otorguen en escritura pública. Entiendo que no es posible crear este subterfugio que evicione al notario con las garantías que su intervención procura en el otorgamiento de las medidas de apoyo voluntarias.

Pero el Documento 1 de la FGEAB va más allá de la cuestión de la acreditación y aborda la extensión del ámbito de actuación ordinaria del guardador en la operativa bancaria, es decir, lleva a cabo la interpretación de qué ha de entenderse por “actos de escasa relevancia económica” en relación a un tema sensible como es el del acceso a la información bancaria del guardado cuando este no puede expresar su voluntad. Y es que este tema es uno de los más delicados, determinar qué información bancaria del guardado podrá darse al guardador. El Documento establece que “el acceso por el guardador lo será a la información necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la guarda de hecho y constituirá una actuación de representación necesaria para la asistencia ordinaria prevista en el art. 264 párrafo 3º, exenta de autorización judicial”.

El problema es que tendremos ahora que interpretar lo que se entiende por “información necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la guarda” y cuál es el ámbito de la “asistencia ordinaria”, que no equivale a administración ordinaria.

Todo se andará, aunque no profundizaré en la cuestión porque no es el objeto de este trabajo. Pero, insisto, no creo que deba autorizarse el acceso a la información bancaria, ni aunque sea de esta forma restringida o limitada, a quien pretenda acreditar su condición por la mera manifestación de que es el guardador. Creo que, en el ámbito bancario, para cualquier tipo de acto en representación de la persona, solo se debe admitir una acreditación en la que intervenga una autoridad, ya sea judicial o notarial, porque como expresa con preocupación la CI 1/2023 del CGN, la declaración responsable es en realidad 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”. Esta idea se recoge también en

el Documento 1 de la FGEAB⁴³, que aconseja prudencia en los supuestos en los que la persona titular no puede transmitir su voluntad y, eso sí, sin eliminar otras posibilidades, subraya que en este caso “cobra especial relevancia como medio probatorio el acta de notoriedad” y añade que “difícilmente podrá admitirse por la entidad bancaria la mera declaración del guardador cuando no pueda mostrar una vinculación próxima y suficiente con el guardado”. Es decir, que el Documento hace una distinción en cuanto a las posibilidades de acreditación en función de la relación que una al guardado y al guardador, mostrándose más exigente cuando la guarda sale de la esfera familiar.

Para concluir este tema, considero que es necesario recordar aquí algunos de los principios de la Convención, que es la que inspira la Ley 8/2021. En concreto la Convención exige que existan salvaguardas para evitar los abusos, impone el control judicial en todas las medidas de apoyo, por tanto también la guarda de hecho, y expresamente obliga a los estados a velar “por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”. Todo ello debe conducirnos a que, sea cual sea la interpretación que se termine consolidando sobre qué se entiende por “actos de escasa relevancia económica” o “asistencia ordinaria” tratándose de operativa bancaria, no cabe admitir, en ningún caso y para ningún acto por irrelevante que parezca, la declaración responsable como título de acreditación. Sería abrir una vía de agua en todo el sistema. Y me refiero a la declaración responsable en el sentido habitual que esta tiene, sentido que tampoco el Documento 1 de la FGEAB ignora porque en algunos párrafos del apartado VI se refiere al mismo, cuando respecto a guardadores no familiares, alude expresamente⁴⁴ a “la mera declaración del guardador”. Y si lo que se hace es una autorización del titular de las cuentas a un tercero, ya hemos dicho que eso no es una declaración responsable sino un poder, quizás preventivo, que debe sujetarse a las normas imperativas que lo regulan de capacidad y forma.

Pero sobre todo, lo que no creo que se pueda admitir es que este título de acreditación, la declaración responsable, “fabrique” al mismo tiempo el título de habilitación, ampliando sin límite los actos en los que el guardador puede intervenir en representación de la persona sin autorización judicial. Ello es posible si se trata de una medida voluntaria, otorgada con todas las garantías, pero no si se trata de una guarda de hecho. El art. 264 CC es Derecho imperativo, no cabe crear un subterfugio para eludir la autorización judicial en los supuestos en los que esta se impone.

⁴³ Documento 1 de la FGEAB, cit, p.10.

⁴⁴ Documento 1 de la FGEAB p. 10.

B) Especial referencia al acta de notoriedad

Si en la operativa bancaria no parece conveniente admitir la acreditación mediante declaración responsable, las dos alternativas que nos quedan son la resolución judicial y el acta de notoriedad. En ambas interviene una autoridad pero existe entre las dos una diferencia fundamental. Mientras la resolución judicial puede ser al mismo tiempo el título de habilitación, y así será cuando la resolución se dicta en un expediente de jurisdicción voluntaria de autorización para realizar uno o varios actos determinados, el acta de notoriedad no es, en ningún caso, título habilitante, no puede atribuir al guardador más facultades que las que la ley le otorga. Así lo considera también la CI 1/2023 del CGN que lo considera razonable *de lege ferenda* pero no posible conforme al texto vigente.

Si para el ámbito extraordinario de actuación el único título legitimador del guardador es la resolución judicial, tratándose del ámbito ordinario, el acta de notoriedad es quizás, y pese a las prudentes reticencias de una parte del notariado, la vía natural de acreditación de la guarda porque encaja a la perfección en la mecánica y objetivos propios de la misma. De acuerdo con el art. 209 RN, “las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales y patrimoniales, con trascendencia jurídica”. Precisamente esto es lo que se pretende, legitimar la situación personal del guardador de hecho, en el sentido de legitimación/acreditación ya explicado *supra*, tal y como aclaró la STS 20 mayo 2008 que anuló una parte de este párrafo porque la legitimación en el sentido de habilitación, estima el Alto tribunal, depende de la ley y las actas sirven para acreditar la notoriedad de los hechos o situaciones pero no para legitimarlos (aquí en el sentido de habilitación).

Además, el acta de notoriedad es un título de acreditación que cumple la función de salvaguarda por varios motivos. El primero, porque la extiende un notario con las garantías que su intervención confiere de imparcialidad, prudencia, y buen hacer y, porque como señala Martínez-Piñeiro Camarés⁴⁵, los particulares obtienen de su intervención “veracidad, firmeza de lo hecho, seguridad jurídica, independencia, justicia del acto”. En segundo lugar, porque la regulación de la misma en la legislación notarial hace que el notario solo extenderá el acta cuando estime justificada la notoriedad pretendida, como expresamente dispone el número 4º del párrafo segundo del artículo 209 RN. En tercer lugar, porque el propio procedimiento que consagra este artículo, hace que el notario

⁴⁵ Martínez-Piñeiro Camarés, E.: “Deontología notarial”, *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre 2009, pp. 191-208, p. 193.

actúe ejerciendo funciones de jurisdicción voluntaria, pudiendo practicar todas las pruebas que estime oportunas para llegar a tener convicción de la notoriedad. Como oportunamente advierten Fernández-Tresguerres y Fernández-Golfín⁴⁶, “no es posible observar un automatismo en la redacción de estas actas sino que el Notario valorará con extremo cuidado los hechos y las pruebas practicadas” y “solo cuando se haya formado un juicio indubitado de lo probado y así sea considerado en el ámbito social en que ejerce su función o en un círculo razonable de personas, podrá declarar la notoriedad solicitada. En otro caso denegará la misma”.

Tratándose del acta de notoriedad de la guarda de hecho, la cuestión que debemos plantearnos es sobre qué ha de formarse ese juicio indubitado el notario. Creo que esta es la mayor dificultad pero, de todo lo expuesto hasta ahora, resulta claro que son varios los extremos sobre los que la notoriedad debe declararse.

En primer lugar, sobre la realidad y existencia misma de la guarda, sobre el hecho de que el guardador viene ejerciendo la guarda, como exige el art. 263 CC. El acta no designa ni nombra al guardador sino que constata que existe.

En segundo lugar, el notario debe formarse un juicio indubitado sobre la adecuación del ejercicio de la guarda, porque el art. 263 CC no habilita a cualquier guardador sino únicamente al que ejerce la guarda “adecuadamente”. Creo que esta es una de las dificultades mayores a las que se enfrentará el notario en la elaboración del acta. Al respecto, Lora-Tamayo y Pérez Ramos⁴⁷ consideran que no deber “realizar un juicio general sobre la actuación del guardador, sino que bastará, en línea con los principios generales que deben presidir todas las actuaciones de apoyo a las personas con discapacidad, que no se aprecien abusos ni influencias indebidas”. En cualquier caso, este “juicio de adecuación” es uno de los argumentos para reconocer el acta de notoriedad como un medio de acreditación cualificada frente a la declaración responsable porque la ley no habilita al guardador de hecho sin más sino al que ejerce la guarda adecuadamente.

En tercer lugar, el notario debe valorar la suficiencia de la guarda en el sentido al que en páginas anteriores he aludido, lo que no será tarea fácil hasta que no se vaya decantando jurisprudencialmente qué se entiende por “suficiente”.

Por último, el notario deberá verificar que no existen medidas judiciales o voluntarias y, si existen, debería constatar que no se están aplicando eficazmente. Luego lo primero que tendrá que hacer es solicitar esa información del Registro

⁴⁶ Fernández-Tresguerres García, A., y Fernández-Golfín Aparicio, A.: *Código Notarial*, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, p.392.

⁴⁷ Lora-Tamayo Villacieros, C. y Pérez Ramos C.: “La guarda de hecho”, cit., p. 5.

Civil. Si existen medidas voluntarias que aún no se han puesto en marcha, por ejemplo porque se desconocían, el notario deberá impulsar su ejecución ya que eso corresponde con la voluntad expresa de la persona. Solo si estas ya se están aplicando y no son eficaces, o no existen, continuará con la tramitación del acta.

Con toda claridad se refiere a todos estos extremos la Circular del Colegio Notarial de las Islas Canarias de 29 de abril de 2022 que expresamente dispone⁴⁸ que “los hechos a probar serán: 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”. Si todo ello resulta probado, el notario entenderá el acta y, a mi modo de ver, además de una posible resolución judicial o decreto del Ministerio Fiscal, esta debería ser el único modo de acreditar ante las entidades bancarias la guarda de hecho, legitimando al guardador para actuar en el ámbito ordinario para el que la ley le habilita.

Esto no significa que las declaraciones responsables estén proscritas en el ámbito de la guarda de hecho. Creo que deben estarlo en la operativa bancaria porque confluyen diferentes factores: la legislación de protección de datos personales y el riesgo de que la persona sufra un abuso patrimonial, sobre todo si se acompaña de una interpretación extensiva de la habilitación legal.

Pero la declaración responsable puede tener toda su razón de ser si se utiliza en el que es su hábitat natural, su campo habitual de acción, las solicitudes de prestaciones a la Administración (dentro de los límites del art. 264 CC), y, seguramente también las gestiones de suministros ordinarios (luz, agua, telecomunicaciones) que creo son el tipo de actos en los que pensaba el legislador cuando habilitó al guardador para esos actos de escasa relevancia económica.

En cualquier caso, quizás sería oportuna una reforma de la reforma que aclare las cuestiones que más dudas está suscitando su régimen jurídico y fije un título de acreditación seguro para el guardador para que la guarda no se convierta en una vía de abuso patrimonial pero tampoco en una medida inútil que la devuelva a lo que era antes de la Ley 8/2023.

⁴⁸ Circular sobre el acta de notoriedad como medio para acreditar el ejercicio de la guarda de hecho, aprobada por la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarías de las Islas Canarias el 29 de abril de 2022, p. 7.