

TÍTULO

LA GUARDA DE HECHO

Fernando Santos Urbaneja
Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba
Coordinador del Foro Andaluz del Bienestar Mental

© *Fernando Santos Urbaneja*
2004

fsurbaneja@telefonica.net
<http://fernandosantosurbaneja.blogspot.com/>

CONCEPTO

Se dice que existe una situación de Guarda de Hecho cuando una persona física o una institución presta espontáneamente a una persona desvalida (menor, discapacitado, anciano, etc...) los cuidados y atenciones que necesita sin que medie sentencia o resolución administrativa que así lo disponga.

Todos conocemos decenas de personas que no pueden valerse por sí mismas, que carecen de las facultades necesarias para tomar decisiones.

De este inmenso colectivo es probable que algunas personas cuenten con algún documento o certificado administrativo que reconozca su condición y su situación pero sólo una parte se encontrarán judicialmente incapacitados (algunas estadísticas afirman que tan sólo el 30% de las personas que sufren algún tipo de discapacidad psíquica se encuentran judicialmente incapacitadas).

Suelen ofrecerse estas cifras como motivo de escándalo, censurando que no se encuentren todas ellas incapacitadas.

Creo que ya es hora de que se vaya imponiendo la cordura y se deje de recetar indiscriminadamente "incapacitaciones judiciales" pues hoy, como ya he señalado, existe una variada gama de instrumentos legales para "proteger sin incapacitar".

En buena parte el motivo de este trabajo es la exposición de las razones que me llevan a pensarlo y a defenderlo.

La institución de la Guarda de Hecho es tan antigua como el hombre pues en todo tiempo han existido personas desvalidas que han sido cuidadas y amparadas por otras de modo espontáneo y natural, sin haber sido formalmente investidas de la condición de tutor.

Hasta el Siglo XIX en que se produce la Codificación, el Derecho no había tratado de modo muy distinto al tutor investido y al guardador de hecho.

A partir del momento en que el Derecho se codifica y se sistematiza lo que queda fuera del sistema no se toma en cuenta, llegando incluso a ser objeto de reprobación. Así se explica que las únicas menciones que el Ordenamiento hacía a la figura del Guardador de hecho se encontraban en el Código Penal a efectos de agravar las penas en relación con determinados delitos (corrupción, abandono, etc...).

A pesar de ello, bien debido a la ignorancia o a la desconfianza tradicional a la Administración de Justicia y a los procedimientos legales, las situaciones de Guarda de hecho eran en la práctica muy numerosas y las pretensiones que se suscitaban se resolvían en torno a la figura de la gestión de negocios ajenos sin mandato.

Puede afirmarse que al inicio de la década de los ochenta existían muchas decenas de miles de personas en situación de Guarda de Hecho.

La reforma del Código Civil operada en virtud de la Ley 13/1983 de 24 de Octubre que dedica un capítulo a esta figura, supone una reconciliación entre el Derecho y la realidad.

A partir de este momento esta figura no puede seguir llamándose en puridad “Guarda de hecho”. Se le puede llamar “Guarda informal” dado que no precisa de investidura ni procedimiento porque nace directamente de la ley, o se le puede denominar “Guarda Provisional” porque puede desembocar en la constitución formal de la tutela, pero no parece correcto hablar de “Guarda de hecho” cuando cuenta con idéntico respaldo legal que las Instituciones clásicas de Guarda.

REGIMEN LEGAL

El Título X del Libro I del Código Civil lleva por rubrica:

“De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”

Sin embargo, la Guarda de Hecho no aparece citada en el artículo 215 del Código Civil, primer artículo de este título, que establece:

“La guarda y protección de las persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará en los casos que proceda mediante:

- 1º.- La tutela**
- 2º.- La curatela**
- 3º.- El Defensor Judicial**

Esta ausencia ha dificultado mucho la defensa de la tradicionalmente denostada institución de la Guarda de hecho como una institución de protección equiparable a la tutela o la curatela.

Pero la “omisión” en modo alguno debe interpretarse como “exclusión”. Se trata de un problema de técnica legislativa.

El artículo 215 del Código Civil lleva redactado así muchos años durante los cuales se han generado nuevas instituciones de guarda, fundamentalmente dos: La patria potestad prorrogada o rehabilitada y la Guarda de hecho. Ambas instituciones se crean en el año 1983 y se regulan, en el Art. 171 del Código Civil la primera y en los Arts. 304 a 306 del Código Civil, la segunda. Entre los legisladores nadie debió advertir la conveniencia de que ambas instituciones se llevasen al Art. 215 del Código Civil con los números 4º y 5º como hubiera sido deseable.

Así las cosas ¿Alguien se atrevería a afirmar que la patria potestad prorrogada o rehabilitada no es una institución de protección porque no aparece proclamada con este título en el Art. 215 del Código Civil?. Nadie. Pues lo mismo debe ocurrir con la Guarda de hecho.

La regulación de la Guarda de Hecho se encuentra en el Capítulo V del Título X del Libro I del Código Civil (Arts. 303, 304 y 306).

Sobre un Proyecto inicial más amplio, finalmente la regulación de esta institución se plasmó en tan sólo tres artículos.

La regulación es fragmentaria e inconexa y en ella puede advertirse una doble corriente; Por un lado la regulación revela desconfianza (Art. 303) y por otro aprobación (Arts. 304 y 306)

Su relativa novedad y la precariedad de la regulación explica que se haya hecho muy poco uso de esta institución que creo está llamada a jugar un papel de extraordinaria importancia en el futuro sistema de protección de las personas denominadas incapaces.

Art. 303 del Código Civil

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la Autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

La referencia al artículo 203 del Código Civil (derogado en virtud de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil) debe entenderse hecha actualmente al artículo 757-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece:

“Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”

Art. 304 del Código Civil

“Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

Art. 306 del Código Civil

“Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor”

Dispone el Art. 220 del Código Civil que:

“La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa de su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento”

VALIDEZ DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL GUARDADOR

El Art. 304 recoge el sencillo estatuto del Guardador en esta materia estableciendo una presunción general de validez de los actos realizados por el Guardador siempre que se hayan realizado en beneficio y utilidad del guardado, pudiendo no obstante ser impugnados y, en su caso, anulados por quien pretenda que tal beneficio no ha existido.

Este precepto otorga validez a los miles de actos que diariamente realizan los guardadores en beneficio de sus guardados: (Ej: Solicitar asistencia médica, adquisición de productos, contratos de prestación de servicios, etc....)

En las cosas cotidianas no se le presentan problemas al guardador, pero sí cuando trata de realizar actos más relevantes (Ej. matricular al discapacitado en un curso, disponer de la cuenta corriente cuya titularidad corresponde al anciano enfermo, vender un bien, solicitar un préstamo, interponer una demanda, renunciar a una herencia, etc....)

En teoría no debería haber problema en tanto que el Art. 304 concede la legitimación y las facultades para llevar a cabo estos actos. El problema es la acreditación, por un lado, de la misma situación de guarda de hecho y por otro, de que el acto que se pretende realizar reporta realmente un beneficio para el guardado.

Cuando alguna persona o institución (Director del Banco, Notario, Médico, Director del Colegio, Organismos Públicos diversos, etc...) cuestiona alguna de estas realidades es preciso que el Guardador las acredite.

La acreditación podría lograrse interponiendo una demanda de incapacitación para obtener una sentencia en la que se declare la situación de incapacidad y se establezca formalmente la figura de guarda (Patria potestad prorrogada o rehabilitada, tutela, curatela)

Esta es la solución a la que generalmente se acude pero considero que la mayor parte de las veces es una solución inadecuada, excesiva e innecesaria.

Es inadecuada, porque la declaración de incapacidad y la autorización correspondiente se obtendrá generalmente no antes de un año, mientras que lo que se necesita quizá no pueda esperar tanto.

Es excesiva e innecesaria porque no debe acudir a un remedio extremo cuando se puede obtener la protección por medios más livianos.

Lo que propongo es que se acredite la existencia de la situación de Guarda de hecho y la bondad para el guardado del acto que se pretende realizar a través de un sencillo procedimiento judicial

El procedimiento tendría los siguientes trámites:

a) Escrito dirigido al Juzgado de 1ª Instancia correspondiente al domicilio del guardado

No es necesario Abogado ni Procurador puesto que la pretensión trae causa de una situación regulada dentro del Título X del Código Civil y la eventual oposición de un tercero no supondría el archivo del expediente, sino que se analizaría dentro del mismo. (Disposición Adicional Tercera de la L.O. 1/1996 de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor)

b) Práctica de la prueba (Reconocimientos, audiencias, documentos, periciales, etc...)

c) Informe del Ministerio Fiscal

d) Auto del Juez

Tras la acreditación en su caso de lo alegado, el Auto por el que el Juez declara que existe la situación de Guarda de hecho y habilita al guardador para llevar a cabo lo pretendido por estimar que el beneficiario para éste, representa un título que presentar al Director del Banco, al Director del Centro, al Notario, al Médico, etc....

Esta solución está funcionando bien para determinadas actuaciones que no tienen trascendencia registral. Los Notarios y los Registradores no están admitiendo la legitimación del Guardador de Hecho para otorgar escrituras y exigen la sentencia de incapacidad, lo que obliga a iniciar cientos de procedimientos de incapacidad sólo por este motivo que generalmente no se vuelve a presentar en la vida del discapacitado, del enfermo mental o del senil.

En los últimos años, a la par que se afianza el reconocimiento de la Guarda de hecho como institución de protección, van proliferando las resoluciones judiciales que la defienden:

a) Algunas resoluciones judiciales se limitan a constatar la existencia de una situación de Guarda de hecho para que pueda ser exhibida frente a quien la cuestiones o demanda su acreditación.

Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Córdoba de fecha 15 de Mayo de 1996 recaído en Autos de Jurisdicción Voluntaria nº 17/1996

PARTE DISPOSITIVA

“Se tiene por guardador de hecho de Dª/ a D./ y ello en tanto ostente la cualidad de Director del Centro antes referido, debiendo rendir cuenta anual de su gestión, solicitar autorización judicial para cualquier gasto extraordinario que exceda de 50.000 pts. e informar al Juzgado de cualquier cambio de residencia de la persona en cuyo interés actúa”

Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Algeciras de fecha 19 de Julio de 2002 recaído en Autos de Jurisdicción Voluntaria nº 25/2002

PARTE DISPOSITIVA

“Que estimando la solicitud presentada por D./ y Dª./ debo declarar y declaro que los mismos han venido desempeñando la función de guardadores de hecho cuyo carácter se reconoce de la menor // con todas las facultades inherentes a dicha declaración”.

Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Córdoba de fecha 6 de Junio de 2002 recaído en Autos de Jurisdicción Voluntaria nº 197/2002

PARTE DISPOSITIVA

“Se tiene por guardador de hecho de D./ a su hermano D/, debiendo rendir cuenta anual de su gestión, solicitar autorización judicial para cualquier gasto extraordinario que exceda de 300,51 Euros e informar al Juzgado de cualquier cambio de residencia de la persona en cuyo interés actúa”

Auto del Juzgado de 1ª Instancia de Baena de fecha 9 de Mayo de 2002 recaído en Autos de Jurisdicción Voluntaria nº 55/2002

PARTE DISPOSITIVA

“Declaro la condición de Guardadores de Hecho del menor // de nacionalidad china y con domicilio en la C/ a D./ y a Dª./ desde el día 1 de Junio de 1995, con todas las facultades inherentes a dicha declaración”.

b) En otros casos el reconocimiento y habilitación es para actos concretos

Sucedió que un hombre que tenía diez sobrinos falleció dejando numerosas deudas. De los diez sobrinos todos gozaban de plenas facultades, excepto uno de ellos que padecía un trastorno mental.

Los nueve hermanos capaces acudieron al notario para manifestar ante él su voluntad de renunciar a la herencia de su fallecido tío, puesto que les reportaba muchas más pérdidas que ganancias.

Los acreedores entonces demandaron judicialmente al hermano discapacitado que por esta razón no había podido acudir al Notario.

La solución que se dio no fue suspender el procedimiento hasta que se nombrase al discapacitado un defensor Judicial ni iniciar el procedimiento de incapacitación, sino reconocer la renuncia prestada en su nombre por su madre en su condición de guardadora de hecho del mismo.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Córdoba dictó en el procedimiento con fecha 28 de Mayo de 2002 un Auto con los siguientes

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

“El Art. 304 del Código Civil dispone que los actos realizados por el guardador de hecho del menor o presunto incapaz no podrán se impugnados si redundan en su utilidad.

En el caso de autos, y tal como expone el Ministerio Fiscal en su informe, la repudiación de la herencia realizada por la madre del presunto incapaz D./ (a quien se le ha diagnosticado una esquizofrenia paranoide, por lo que, extinguida la patria potestad persiste la guarda de hecho de la misma por la misma enfermedad) debe ser aceptada toda vez que se es beneficiosa a la vista de las deudas dejadas por el difunto D./ “

PARTE DISPOSITIVA

“Se autoriza a la guardadora de hecho D^a. / para que en nombre de su hijo D/ renuncie a la herencia de su tío D/.

De esta manera y a través de este medio se ahorraron dos procedimientos. El de reclamación de cantidad que fue archivado por falta de objeto y el de declaración de incapacidad del demandado que en ese momento se encontraba perfectamente atendido por su madre.

Por su parte la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba en virtud de Sentencia de fecha 13 de mayo de 2002 recaída en Autos de Menor Cuantía nº 41/2002 reconoció al Guardador de hecho legitimación para interponer la demanda de incapacidad del guardado.

La solución propuesta está funcionando bien para actuaciones que no tienen trascendencia registral.

GUARDA DE HECHO Y DESAMPARO

El Código Civil se refería al concepto de desamparo refiriéndolo a los menores en el Art. 171-2 que establece:

“Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o materia”

Recientemente, en virtud de la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre se ha añadido un nuevo párrafo al Art. 239 del Código Civil que dice así:

“La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo.

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las Leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

Vemos que el concepto legal es el mismo y que concuerda con el concepto coloquial. Una persona está desamparada si no puede cubrir sus necesidades vitales mínimas.

En cualquier caso, lo que quiero destacar es que la situación de Guarda de Hecho es incompatible con la situación de desamparo y por lo tanto las autoridades administrativas no deben realizar este tipo de declaración.

La Guarda de Hecho protege al desvalido evitando que caiga en situación de desamparo o encontrándolo desamparado lo rescata de esta situación.

Esto parece obvio pero no ha sido entendido así por algunas Administraciones que hasta no hace mucho y aún en la actualidad han ignorado y siguen ignorando esta institución.

La lucha se ha librado fundamentalmente en el terreno de los menores.

Paso a paso se ha ido consiguiendo su reconocimiento.

Es muy indicativo de este estado de cosas lo manifestado por el Magistrado D. Lorenzo ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA en el nº 60 de la Revista del Poder Judicial (Año 2000 – Cuarto Trimestre)

“La doctrina científica que se ha ocupado de las relaciones entre la guarda de hecho y tutela administrativa ha defendido que la existencia de un guardador que atiende de modo efectivo las necesidades del menor, excluye la situación de desamparo y por ende, de la tutela administrativa.

La rara unanimidad alcanzada por la doctrina en este punto no nos dispensa de abordar el difícil reto de delimitar los contornos de la figura de la guarda de hecho y de examinar las distintas maneras en que la misma puede interferir en los deberes de protección y en la asunción de la tutela administrativa “ex lege”

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE en el Anuario de Derecho Civil.1992, manifiesta categóricamente:

“Necesariamente la Guarda de Hecho excluye que “de hecho” se produzca el desamparo del menor”

Javier O' CALLAGHAN, en su Compendio de Derecho Civil afirma:

“Se considera en situación de desamparo al menor que se halla privado de la necesaria asistencia moral o material por razón del incumplimiento o mal cumplimiento de los deberes de protección que impone la ley respecto de la patria potestad, la tutela o la simple guarda de hecho”

Y es que, como muy bien advierte O' CALLAGHAN, la Guarda de Hecho impone deberes al Guardador, el deber de velar por el guardado, de ocuparse de su persona y patrimonio actuando siempre en su beneficio.

Cuando el que tiene a su cargo a una persona desvalida no la presta los cuidados que necesita o la explota no nos encontramos ante una situación de Guarda de hecho, sino ante una situación de abuso o explotación y ante una situación de desamparo que demanda inmediata actuación de los poderes públicos para poner fin a la misma.

En cuanto a las resoluciones judiciales, son ya muy numerosas las que recogen este planteamiento referidas fundamentalmente a “menores” pero cuya doctrina es igualmente aplicable a las personas discapacitadas.

Así, el Auto de 15 de Junio de 1992 de la Audiencia Provincial de Álava establece:

“En el presente caso no se da el presupuesto fáctico de desamparo habida cuenta de que existe un guardador de hecho que viene ocupándose convenientemente de ésta, por lo que no cabe entender que exista desamparo en sentido legal”

El Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Córdoba recaído en Autos de Jurisdicción Voluntaria nº 833/1997 dice:

“Es evidente que la guarda de hecho tiene un respaldo legal a raíz de las últimas reformas operadas en el Código Civil, guiadas por el propósito de abrir todo un abanico de soluciones al problema que surge de la desprotección de menores e incapaces, cuyo juego integrador es preciso potenciar..., porque la tutela automática de la entidad pública puede fallar y resulta factible la existencia de menores cuidados espontáneamente por personas sin ningún tipo de reconocimiento oficial y esa situación, en la medida que encaje en el concepto de guarda de hecho, puede ser objeto de reconocimiento a los efectos que procedan”

El Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Córdoba recaído en Autos de Jurisdicción Voluntaria nº 87/2000 señala:

“La menor no se encuentra en situación de desamparo habida cuenta de que existen personas que se ocupan de su manutención, cuidados y educación”

El Auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Vizcaya de fecha 3 de Enero de 2002 señala que:

“Existirá situación de desamparo y se presumirá en todo caso incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, siempre que nos encontremos con un menor privado de la necesaria asistencia moral o material... Pues de lo que se trata, a la hora de determinar si existe o no situación legal de desamparo, es de comprobar la situación real y actual del menor al momento de la intervención de la Administración, verificando si aquel tiene cubiertos o no los bienes materiales y morales fundamentales exigidos por la ley, cualquiera quien sea que se los proporcione.

Pues bien, en nuestro caso no cabe medida tan drástica como la adoptada por la Diputación en el momento de la intervención pues no se puede considerar que la situación de hecho en que se encontraba el menor pudiera catalogarse o calificarse de desamparo”

Esta tendencia se está notando ya en la legislación, así en la Comunidad Autónoma Andaluza el Decreto 42/2002 de 12 de Febrero sobre régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa dedica su Capítulo IV al Desamparo

Resulta llamativo y muy satisfactorio que la regulación del procedimiento de desamparo comience con “La información previa”

Establece el Art. 21

“Con anterioridad a la iniciación del procedimiento de desamparo, podrá ordenar el órgano competente la práctica de una información previa a fin de determinar la existencia de indicios de desasistencia de los menores que justifiquen tal iniciación.

Si como consecuencia de las averiguaciones realizadas, no se apreciare ningún indicio de desasistencia, se procederá al archivo de las actuaciones emprendidas, y, en el caso de detectarse la concurrencia de circunstancias que pudieran motivar otra intervención administrativa, se comunicará a los órganos competentes”

Decir por último que el cauce para oponerse a la declaración administrativa de desamparo está regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil en los Arts. 779 y 780, en el Libro IV, dentro de los denominados “Procesos especiales”

PERSPECTIVA DE FUTURO

La Guarda de Hecho es hoy una institución no cuestionada (las nuevas leyes como la Ley de Patrimonio Separado se refieren a ella con naturalidad) pero aún es poco utilizada y, por tanto, poco conocida.

En mi opinión la Guarda de Hecho y la utilización de todas sus potencialidades puede erigirse en uno de los pilares de un nuevo modelo de protección jurídica de las personas discapacitadas que pasaría por el reconocimiento y respeto de las situaciones de Guarda de Hecho con intervenciones judiciales puntuales para casos concretos, dejando la incapacitación judicial para supuestos más complejos o aquellos en los que se estime necesario un control judicial más severo.