5.6. Guarda de hecho

Regulada en los artículos 263 a 267.

La guarda de hecho es una medida prevalente, pues, en base a la normativa actual, cuando una persona discapacitada esté apoyada "de hecho" (de facto) por una persona concreta (normalmente, de su entorno familiar), y esta medida sea adecuada y suficiente, no procederá la adopción de otras medidas en el ámbito judicial.

Y se constituye en una medida de apoyo duradera en el tiempo, y podrá estar complementada con apoyos notariales o judiciales en aquellos casos en que la guarda fuere insuficiente o la ley así lo exija.

Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente.

La guarda de hecho también presenta cierto grado de subsidiariedad, pues en caso de que existan otras medidas de apoyo voluntarias o judiciales, estas prevalecerán sobre la guarda de hecho (salvo que las mismas no se estuvieren aplicando de forma eficaz).

La ley la configura como una medida de naturaleza informal, pues la actual normativa no predetermina una forma específica a través de la cual constituir o acreditar la existencia de esta guarda de hecho

Pueden ser guardador de hecho la persona mayor de edad, con plenas facultades físicas e intelectivas y volitivas, y que tenga capacidad para asumir de ordinario la ayuda y asistencia, en el día a día, a la persona discapacitada. En la mayoría de los casos, esta persona será un familiar directo y cercano del discapacitado y también existe la posibilidad de que esta función de guardador sea asumida por terceras personas, pero, también sería posible que la guarda de hecho sea asumida por más de una persona.

La ley no exige ninguna forma específica para constituir o acreditar la misma.

En la práctica, esta se puede acreditar:

- Por la manifestación del propio discapacitado, si tiene capacidad para ello.
- Por testimonios de familiares.
- Mediante informes de servicios sociales, de servicios públicos de salud u otros.
- Mediante un acta de notoriedad otorgada ante Notario.

De todas las opciones, la que mayor seguridad jurídica nos aportará será la del acta de notoriedad formalizada ante Notario, pues a través de la misma, dispondremos de un documento público que podrá acreditar fehacientemente frente a terceros la existencia de esta guarda de hecho, así como la identidad del guardador.

La ayuda del guardador de hecho, en la práctica, puede concretarse a través de dos grandes vías, como son:

- La ayuda asistencial, esto es, aquellos casos en los que el guardador de hecho acompaña o colabora con el discapacitado, pues este, con el debido apoyo de su guardador, conserva su capacidad de tomar decisiones de forma autónoma.
- La ayuda representativa, esto es, aquellos casos en los que el discapacitado presenta mayores dificultades o mayor grado de deterioro cognitivo, de tal modo que es necesario que su guardador actúe en representación de aquél (es decir, que lo sustituya y realice el acto en su nombre), pero en todo caso, respetando las preferencias y deseos del discapacitado.

La ley limita los ámbitos y supuestos en los que el guardador de hecho puede actuar de forma representativa, esto es:

- En el ámbito personal, el guardador de hecho solo podrá realizar actos propios de la vida diaria, habitual y ordinaria del guardado, mientras que, por el contrario, no podrá realizar ningún contrato, actuación o negocio jurídico que suponga una actuación "de trascendencia" personal o familiar.

- Por su parte, en la esfera económica o patrimonial, la ley permite al guardador de hecho solicitar "prestaciones económicas que no supongan un cambio significativo en la forma de vida" así como realizar todas aquellas operaciones que no superen el límite de una "escasa relevancia económica".

En el artículo 264 del Código Civil, nos relata que quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial para una serie de actos que a continuación se detallan:

1. Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

2. Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

3. Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4. Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5. Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.
6. Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.
7. Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.
8. Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.
9. Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.

De conformidad con el artículo 267 del Código Civil, la guarda de hecho se extingue:

1. Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo.
2. Cuando desaparezcan las causas que la motivaron.
3. Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.
4. Cuando, la solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.