



FACULTAD DE DERECHO

LA GUARDA DE HECHO TRAS LA LEY 8/2021

Autor: Paula Díaz-Vieito Mateos

4º E1

Derecho Civil

Madrid

Marzo 2026

Resumen

Este trabajo examina el concepto de guarda de hecho tras la modificación implementada por la Ley 8/2021, que ha alterado el sistema de protección de las personas con discapacidad, sustituyendo el modelo de incapacitación judicial por un sistema fundamentado en apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. Inicialmente, se examina la progresión del sistema de protección y la transformación paradigmática que implica la reforma, junto con el rol que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había previsto en este ámbito. Se procederá a examinar la actual estructura legal de la guarda de hecho, su interrelación con otras medidas de apoyo y la relevancia de examinar el caso específico para determinar la medida más apropiada. En última instancia, se abordan las principales cuestiones prácticas que plantea esta institución, particularmente en relación con su acreditación, la función del notario como instrumento de seguridad jurídica y su impacto en diversas esferas del sistema legal.

Palabras clave: guarda de hecho, persona con discapacidad, medidas de apoyo a la discapacidad, capacidad jurídica, autorización judicial, acta notarial de notoriedad.

Abstract

This paper examines the concept of *de facto* guardianship following the reform introduced by Law 8/2021, which modified the system for the protection of persons with disabilities by replacing the model of judicial incapacitation with a system based on supports for the exercise of legal capacity. Initially, it analyses the evolution of the protection system and the paradigm shift brought about by the reform, together with the role that the case law of the Supreme Court had anticipated in this field. It then examines the current legal framework of *de facto* guardianship, its relationship with other support measures, and the importance of analyzing the specific circumstances of each case to determine the most appropriate measure. Finally, it addresses the main practical issues raised by this institution, particularly regarding its accreditation, the role of the notary as an instrument of legal certainty, and its impact on different areas of the legal system.

Keywords: *de facto* guardianship; person with a disability; support measures for persons with disabilities; legal capacity; judicial authorization; notarial deed of notoriety.

ÍNDICE DE LOS CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO EN EL SISTEMA DE APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	13
1. ENFOQUE TRADICIONAL PREVIO A LA REFORMA DE LA PROTECCIÓN CIVIL DE LA DISCAPACIDAD	13
2. MARCO COMPARATIVO ENTRE LA ACTUAL GUARDA DE HECHO Y LA EXISTENTE ANTES DE LA LEY 8/2021.....	16
CAPÍTULO II. CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y ALCANCE DE LA GUARDA DE HECHO TRAS LA LEY 8/2021.....	18
1. ALCANCE DE LA GUARDA DE HECHO	18
1.1. Visión general.....	18
1.2. Breve referencia a las legislaciones forales.....	21
2. SU USO COMO MEDIDA DE APOYO FORMAL PESE A SU CONDICIÓN COMO MEDIDA DE APOYO DE HECHO	23
3. LA GUARDA DE HECHO EN DECISIONES SANITARIAS O EN LOS INGRESOS EN RESIDENCIAS DE MAYORES.....	25
3.1. Ámbito sanitario	25
3.1.1. <i>El consentimiento informado y su tensión normativa</i>	25
3.1.2. <i>Ingresos en residencias</i>	28
3.2. Ámbito tributario	31
CAPÍTULO III. ACREDITACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO Y PROBLEMAS PRÁCTICOS QUE PLANTEA.....	33
1. LAS VÍAS PARA ACREDITAR LA GUARDA DE HECHO	33
1.1. Acreditación judicial	35
1.2. Acta notarial de notoriedad	37
1.3. La declaración responsable.....	43

2. SU RELACIÓN CON EL REGISTRO CIVIL	44
CONCLUSIONES	49
BIBLIOGRAFÍA	52

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art(s) Artículo(s)

CC Código Civil

FGE Fiscalía General del Estado

Ibid Cita es la misma que la citada en la nota inmediatamente anterior

LAP Ley de Autonomía del Paciente

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

P./pp. Página o páginas

Op. cit. Obra citada con anterioridad

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TC Tribunal Constitucional

TS Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda el estudio de la guarda de hecho tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que modificó de manera profunda y sustancial el sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, eliminando cualquier referencia a la modificación judicial de la capacidad, como esta había superado la tradicional expresión de incapacitación. Esta Ley ha supuesto un paso fundamental en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York en el año 2006, que parte de principios muy diferentes a los que han sido tradicionales en esta cuestión.

La clave del trabajo consiste en determinar qué papel desempeña actualmente la guarda de hecho dentro del nuevo modelo implementado, cuáles son sus límites, su alcance jurídico y los problemas prácticos que plantea su aplicación tanto para operadores jurídicos como para las propias personas que intervienen en la relación de apoyo.

La reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, aparentemente, ha supuesto un cambio estructural en el régimen jurídico de la capacidad, al sustituir el modelo de incapacitación judicial, o de modificación judicial de la capacidad — que llevaba muchas veces a familiares a iniciar procesos judiciales de incapacitación por razones puramente prácticas y en el que la práctica generalizada conducía al establecimiento de una tutela representativa que sustancialmente anulaba cualquier capacidad de actuación y decisión de la persona con discapacidad (pese a la existencia de una figura como una curatela asistencial que permitía adecuar la modificación de la capacidad a la concreta situación del discapaz) — por un sistema de apoyos basado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad en congruencia con el respeto a la dignidad, autonomía individual y la igualdad de oportunidades accesibles de las personas con discapacidad.

En este nuevo marco, la guarda de hecho ha pasado de ser una situación meramente tolerada por el ordenamiento a configurarse como una auténtica institución jurídica de apoyo, llamada a desempeñar un papel importante dentro del sistema. En principio, se va a configurar como una institución jurídica de apoyo de carácter informal y no una simple

situación transitoria cuando se demuestre como suficiente y apropiada para la protección efectiva de los derechos individuales de la persona, tal y como establece la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021.

La importancia del estudio de la guarda de hecho radica en que se trata de una figura extraordinariamente extendida en la práctica social, especialmente en el ámbito cercano y familiar, ya que suele ser un familiar o persona muy allegada el que desarrolla el rol que, en la mayor parte de las ocasiones, evita la necesidad de una investidura y de procedimiento judicial formal y tampoco exige un previo reconocimiento oficial de la discapacidad de la persona, tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 que establece que cualquier persona que necesite puede acceder a las medidas de apoyo, sin importar si su condición de discapacidad ha sido reconocida administrativamente.¹ Sin embargo, la guarda de hecho que quizás se convierte en la práctica en una medida de apoyo muy solicitada por su sencillez y su limitación finalista, está caracterizada por una regulación escueta y fuertemente casuística. Pese a su reconocimiento como una medida de apoyo preferente cuando resulta adecuada, su naturaleza informal plantea importantes interrogantes en relación con diferentes puntos: su alcance, eficacia jurídica y su articulación con otras medidas de apoyo voluntarias y judiciales.

Asimismo, un aspecto especialmente delicado de la guarda de hecho es el relativo al alcance de la actuación del guardador, ya que, siendo con carácter general una medida de apoyo de hecho en la que el guardador desempeña un papel asistencial, en determinadas circunstancias puede desplegar efectos propios de una medida de apoyo formal, especialmente cuando actúa con facultades de representación, situación que tal vez no resulte tan excepcional como el legislador aspira o desea.

Además, en esta nueva regulación no se limitan las funciones del guardador, sino que se caracterizan por contar con un amplio ámbito de actuación (patrimonial o personal) limitado en determinados aspectos por autorización judicial expresa. Este control judicial se llevará a cabo en actos de mayor trascendencia económica e incluye aquellos recogidos

¹ Consejo General del Notariado, "¿Qué es la guarda de hecho?", *Notariado.org* (disponible en <https://www.notariado.org/portal/-/%C2%BFqu%C3%A9-es-la-guarda-de-hecho-1>; última consulta: 8 de febrero de 2026).

en el artículo 287 del Código Civil, que son los mismos actos que los del curador representativo. Esta doble esfera genera incertidumbre y tensiones interpretativas para su implementación y uso diario, afectando tanto a los operadores jurídicos como a terceros que interactúan con la persona guardada.

Finalmente, la falta de mecanismos claros y uniformes para acreditar la existencia y vigencia de la guarda de hecho, así como su relación con el Registro Civil y con los sistemas de publicidad jurídica, ha provocado una notable inseguridad en el tráfico jurídico. La figura del guardador de hecho, en su configuración actual, opera como una medida de apoyo informal y secundaria. Su validez, conforme al artículo 263 CC, depende de que no existan medidas de apoyo voluntarias o judiciales formalizadas, o de que, si existen, estas no se estén aplicando de forma efectiva. En la práctica, esto obliga a realizar una comprobación previa, como consultar el Registro Civil o interrogar a los implicados, para confirmar la ausencia o ineficacia de otros apoyos². Por todo ello, es necesario realizar un estudio sistemático de la figura, que evalúe su funcionamiento real después de la reforma y analice los problemas prácticos que surgen al utilizarla.

Como indica el notario Fernando Gomá Lazón, quien sea el o los guardadores y qué hagan en cada momento (asistencia personal, decisiones patrimoniales, etc.) es algo fundamentalmente “líquido” o variable, depende de la voluntad de la persona con discapacidad, y sus deseos, porque lo que realmente se pretende es que sea como un traje a medida para esa persona, adecuado a su situación concreta y delimitada por su propia voluntad³.

Por otra parte, como afirma Paloma Cascales Bernabeu en su trabajo “Guarda de hecho o curatela. El dilema judicial en la aplicación de la Ley 8/2021 a la luz de la jurisprudencia reciente⁴”, la Ley no realiza una diferenciación ni categorización en función de los tipos

² *Ibid*

³ GOMÁ LANZÓN, F., "El guardador de hecho en la Ley 8/2021", *Hay Derecho*, 26 de diciembre de 2022 (disponible en <https://www.hayderecho.com/2022/12/26/el-guardador-de-hecho-en-la-ley-8-2021/>; última consulta: 8 de febrero de 2026).

⁴ CASCALES BERNABEU, P., "Guarda de hecho o curatela. El dilema judicial en la aplicación de la Ley 8/2021 a la luz de la jurisprudencia reciente", *Revista Aranzadi de Jurisprudencia (RAJ)*, 2025 (disponible en <https://www.clavesjuridicas.com/index.php/raj/article/view/127/159>; última consulta: 8 de febrero de 2026).

de discapacidad, sino que establece un marco normativo uniforme para el apoyo de los mismos con independencia de que se presente una discapacidad intelectual, psicosocial, sensorial o sobrevenida por causas neurológicas. Esta falta de distinción hace que en la práctica se generen desafíos para su efectiva implementación.

La autora establece que resulta paradójico que la nueva normativa, en su afán por maximizar la autonomía de la persona con discapacidad, esté generando en la práctica una nueva forma de desprotección. Mientras que el modelo anterior incurría en una anulación casi automática de la capacidad, el nuevo sistema de apoyos, bajo una interpretación excesivamente rigurosa del principio de mínima intervención, conduce a que los órganos judiciales se muestren reacios a establecer medidas de apoyo representativo. Esta tendencia a denegar la curatela, incluso en supuestos donde resulta indispensable para el desenvolvimiento de la persona, la deja en un efectivo estado de desamparo jurídico.

Y aunque comparte la autora la finalidad de la Ley 8/2021 —poner fin a la incapacitación sistemática de las personas con discapacidad y garantizar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones—, constata que resulta paradójico que la implementación de la nueva normativa esté generando, desde una perspectiva inversa, consecuencias adversas análogas a las del modelo anterior. Previamente, la sola condición de persona con discapacidad implicaba una restricción generalizada de derechos, sin una ponderación individualizada de sus aptitudes o de los ámbitos específicos donde requería asistencia. En la actualidad, amparándose en el principio de autonomía, se observa una tendencia judicial a denegar sistemáticamente la provisión de apoyos judiciales —como la curatela con facultades representativas—, a través de una interpretación rigurosa de la ley, incluso en escenarios de manifiesta necesidad de un representante legal. Esta renovada inflexibilidad, si bien se alinea formalmente con el postulado de mínima intervención, deriva en una desprotección fáctica de individuos que precisan un soporte jurídico material para el adecuado desenvolvimiento de su vida.

En este punto hay que indicar que, si bien la Ley 8/2021 concluyó ese proceso de adaptación de la legislación española a las exigencias de la Convención de Nueva York, el Tribunal Supremo ya había dictado importantísimas sentencias en las que acogía esos criterios y trataba de terminar con la sistemática modificación judicial de la capacidad de

las personas con discapacidad y aludía a ese necesario “traje a medida” de cada individuo. Por todas, citaremos la sentencia 373/2016, de 3 de junio, en la que, en su fundamento de derecho tercero indicaba:

“Hay una jurisprudencia reiterada de esta sala en la aplicación de la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 (BOE el 21 abril 2008), sobre derecho de las personas con discapacidad, y las medidas de apoyo que pueden adoptarse cuando, como ocurre en este caso, se toma conocimiento de una persona que necesita de estos apoyos que complementen su capacidad jurídica; apoyos que la Convención, como dijo la sentencia de 27 de noviembre 2014, no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014), sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención, y se reitera en el informe final de la Unión Europea de 4 de septiembre de 2015.

Para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. La discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (sentencia de 13 de mayo 2015).

Se trata de lo que esta Sala ha calificado de un **traje o trajes a medida** (sentencias 20 de abril 2009; 1 de julio 2014; 13 de mayo y 20 de octubre de 2015), que precisa

de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones.

Ello exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones.⁵

En definitiva, y antes de entrar en el análisis detallado de la reforma en cuanto a la guarda de hecho, podemos ya concluir que la legislación anterior, con la recta interpretación de esta del TS, a la luz de los convenios internacionales suscritos por España, contaba ya con elementos suficientes para que esos principios fuesen respetados; y que la autonomía y dignidad de las personas con discapacidad quedasen a salvo.

El objetivo del presente Trabajo Fin de Grado es analizar la configuración jurídica de la guarda de hecho tras la reforma introducida por 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 en el ejercicio de su capacidad jurídica y su papel dentro del nuevo sistema de apoyos. En esta línea, se analizará cómo una figura que ya existía en nuestro sistema jurídico desde

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil) núm. 373/2016, de 3 de junio [versión electrónica – base de datos vLex]. Disponible en: <https://app.vlex.com/vid/642656665>. Fecha de última consulta: 8 de febrero de 2026. FJ 3.º.

1983, para los casos en que un individuo necesitaba protección, pero no había sido sometido a un proceso de incapacitación judicial —por lo tanto, sin representante legal— era, no obstante, asistido o cuidado por otra persona, generalmente un pariente con el que vivía⁶.

Partiendo de este objetivo general, el trabajo se propone comparar el régimen jurídico de la guarda de hecho antes y después de la reforma, ya que esta institución, tras la reforma, deja de ser vista con recelo por el legislador, que ya no la considera una figura provisional y meramente transitoria destinada necesariamente a transformarse en una institución de apoyo más estable⁷. Todo ello se analiza en relación con el paso de un modelo de incapacitación judicial a un sistema basado en apoyos, y con la forma en que este cambio ha influido en la consideración jurídica de la guarda de hecho.

Asimismo, se estudiará el alcance de la guarda de hecho en el nuevo marco normativo y la ampliación de sus facultades. Con la nueva normativa, el guardador de hecho está facultado para llevar a cabo funciones de representación sin que sea preciso iniciar un procedimiento general de determinación de apoyos. Es decir, se permitirá que quien acredite ante el juez una determinada necesidad, como, por ejemplo, heredar o realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles, pueda obtener la autorización judicial para uno o varios actos, ganando así rapidez y sencillez.

En conexión con lo anterior, el trabajo tiene como finalidad analizar las vías previstas para acreditar la existencia de la guarda de hecho, tanto en sede judicial como notarial, así como evaluar su eficacia práctica y los problemas probatorios que plantean. Al ser una medida de apoyo informal, que no exige requisitos formales de investidura, tiene como contrapunto el inconveniente de su prueba y su legitimación y esta falta de formalidad puede plantear problemas de prueba en el desenvolvimiento cotidiano de la vida de la persona con discapacidad. Por eso, se prestará especial atención a la inseguridad jurídica que puede derivarse de la falta de estos mecanismos claros y uniformes de acreditación y

⁶ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. Y PÉREZ RAMOS, C., La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021, disponible en <https://www.otrosi.net/wp-content/uploads/2023/04/MONOGRAFICO.-Guarda-de-hecho-tras-la-reforma-Ley-8-2021.pdf> (última consulta: 6 de febrero).

⁷ *Ibid*

a las dificultades que ello genera en la actuación de los operadores jurídicos y de los terceros que se relacionan con la persona guardada.

Del mismo modo, se examinarán los principales problemas prácticos que plantea la guarda de hecho en la actualidad, derivados de su carácter escasamente definido, por ejemplo, de si es necesario o no la exhibición de algún título habilitante, de la coexistencia con otras medidas de apoyo y de su reconocimiento limitado en determinados ámbitos, como el bancario, administrativo o registral.

Finalmente, se abordará la relación entre la guarda de hecho y el Registro Civil, analizando el papel que este puede desempeñar en la publicidad y el control de las medidas de apoyo, así como las carencias existentes en este ámbito tras la reforma.

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO EN EL SISTEMA DE APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. ENFOQUE TRADICIONAL PREVIO A LA REFORMA DE LA PROTECCIÓN CIVIL DE LA DISCAPACIDAD

Con anterioridad a la significativa reforma del Derecho civil español en materia de discapacidad, el paradigma de la capacidad de obrar se articulaba en torno a una visión clásica, de naturaleza objetiva y estructural. Dicha concepción respondía a un tratamiento técnico y abstracto del sujeto en el ámbito de las relaciones jurídicas. El ordenamiento se cimentaba en el binomio tradicional que diferenciaba la capacidad jurídica —entendida como la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones— de la capacidad de obrar, concebida como la idoneidad para ejercerlos de forma válida a través de actos jurídicamente eficaces. Si bien la primera era inherente a toda persona por su mera existencia, la segunda estaba supeditada a la concurrencia de ciertos presupuestos normativos⁸.

⁸ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M., "Persona, capacidad y estado civil", en *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho Civil*, con la colaboración de M. R. Corripio Gil-Delgado, 3.^a ed., 1.^a reimp., Dykinson, Madrid, 2022, pp. 154-155.

En dicho marco, la aptitud para actuar no se vinculaba primordialmente a la condición fáctica o particular del individuo, sino a la satisfacción de criterios objetivos que el legislador consideraba determinantes. En particular, la edad y la existencia de una declaración judicial de incapacitación eran los factores que definían la autonomía de la persona en la esfera jurídica. De este modo, la mayoría de edad confería, como regla general, la plena capacidad, mientras que una sentencia judicial modulaba o restringía dicha capacidad en supuestos de discapacidad, dando lugar a una capacidad modificada judicialmente o a una incapacitación total.

Dentro del marco jurídico tradicional, la incapacitación judicial se erigía como la piedra angular del sistema. Su declaración articulaba un estatuto personal singular para el individuo, que conllevaba la implementación de dispositivos de guarda y representación orientados a suplir o, en su caso, sustituir su capacidad de actuación. La teleología de este modelo era eminentemente tuitiva, dirigida a la salvaguarda de los intereses del afectado y, de forma simultánea, a la preservación de la seguridad en el tráfico jurídico, aun a costa de una restricción extensiva de su autonomía⁹.

Con todo, la dogmática civil clásica no prescindía por completo de la consideración de la aptitud volitiva y cognoscitiva inherente a la persona; sin embargo, tales atributos no conformaban el pilar del régimen. La capacidad natural se erigía, por tanto, como un factor de índole subsidiaria, supeditado a la condición jurídica formal del sujeto. Solo en supuestos de manifiesta excepcionalidad, y para actos de singular trascendencia, el ordenamiento posibilitaba una apreciación individualizada del nivel efectivo de discernimiento, lo que permitía atribuir validez a determinadas actuaciones a pesar de la coexistencia de una limitación legal de la capacidad de obrar.

Todo ello se pone en relieve en la Sentencia del Tribunal Supremo 818/1998 de 28 de julio de 1998¹⁰, la cual trataba de resolver el problema jurídico de si bastaba la existencia

⁹ *Ibid*

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 818/1998, de 28 de julio, recurso de casación núm. 1351/1994, ponente Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Valcárcel Gómez [versión electrónica – base de datos vLex]. Disponible en <https://vlex.es/vid/incapacitacion-c-17745354> (última consulta: 6 de febrero de 2026).

de una enfermedad psíquica, grave y permanente para declarar la incapacidad civil o era un requisito indispensable que, además, se acreditase de forma efectiva la imposibilidad de la persona para gobernarse por sí misma. Los hechos que dan lugar a la sentencia tienen lugar cuando una mujer solicitó la incapacidad de su hermana ya que argumentaba que padecía esquizofrenia y depresión, lo cual consideraba que eran unas enfermedades psíquicas graves y que, además, tenía antecedentes suicidas. La hermana pedía que se le nombrase tutora tanto de su persona como de sus bienes. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda al considerar que, aunque estaba enferma, era competente para gobernarse por sí misma en el momento del juicio. La demandante, insatisfecha, apeló ante el Tribunal Supremo (en adelante, TS). El TS declaró que la incapacidad no depende del diagnóstico médico en sí mismo, sino que esta le impida gobernarse por sí mismo tanto en la esfera patrimonial como jurídica. Aunque la afectación fuese grave, incurable y susceptible de crisis periódicas, no procedería la incapacidad si el individuo conserva su capacidad de autogobierno, tal y como establecía el artículo 200 del CC, ya derogado. Se exigía, pues, que el análisis que llevase a cabo la incapacidad se centrara y se basara en la situación real y actual de la persona.

De este modo, el modelo tradicional, en su afán protector y de salvaguarda de la seguridad jurídica, operaba a través de un sistema de categorías cerradas y presunciones legales que, en la práctica, resultaba en un tratamiento uniforme para situaciones personales marcadamente dispares. Bajo este esquema, la persona con discapacidad era objeto de un régimen de falta de voluntad, priorizándose la sustitución en la toma de decisiones por encima del fomento de su autodeterminación y participación efectiva. Esta concepción, anclada en los postulados del Derecho civil clásico, representa el marco conceptual previo indispensable para analizar el alcance y la magnitud del cambio de modelo impulsado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su posterior transposición a la legislación española.

2. MARCO COMPARATIVO ENTRE LA ACTUAL GUARDA DE HECHO Y LA EXISTENTE ANTES DE LA LEY 8/2021.

La guarda de hecho es una situación fáctica jurídicamente reconocida como una medida de apoyo en el CC (arts. 263 y 267), consistente en la actuación habitual de una persona, normalmente del entorno familiar o cercano, que presta apoyo a otra persona para el ejercicio de su capacidad jurídica.

La guarda de hecho no es una creación de la Ley 8/2021, sino una institución con tradición en nuestro ordenamiento jurídico. Ya se encontraba recogida en el CC desde 1983, donde se regulaba como una situación fáctica de protección de personas que, sin estar sometidas a incapacitación ni tutela o curatela formal, eran atendidas “de hecho” por un familiar u otra persona del entorno. Durante décadas, por tanto, la guarda de hecho operó como una figura esencialmente provisional y escasamente institucionalizada, concebida para cubrir necesidades inmediatas hasta la constitución de una medida formal de protección¹¹.

Con la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio (en vigor desde el 3 de septiembre de 2021), se sientan las bases de un nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. La nueva regulación gira en torno al concepto de apoyo a la persona que lo precise, desapareciendo la incapacitación o la modificación de la capacidad. Al concretar los apoyos, se da preferencia a las medidas voluntarias y fuera de ellas destaca el reforzamiento de la guarda de hecho que se transforma en una institución jurídica de apoyo. Se derogan los antiguos arts. 303 a 313 CC, y la guarda de hecho pasa a integrarse en el nuevo sistema de apoyos como una medida informal y de carácter subsidiario, condicionada a aquellas situaciones donde no se hayan adoptado medidas voluntarias judiciales o que las mismas no se estén aplicando eficazmente.

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, reguló la figura de la guarda de hecho como una situación empleada de manera provisional cuando un menor o incapaz, necesitaba protección, pero no había sido sometido a un procedimiento de incapacitación judicial, no teniendo por tanto un representante legal, pero sí “de hecho”, con funciones de protección y apoyo a la persona

¹¹ *Op. cit*

ejerciendo una función tutelar, pero sin una formalización legal. Como el sistema giraba en torno a la incapacitación judicial, que suponía la sustitución de la persona en la toma de decisiones, la guarda de hecho quedaba relegada a un papel secundario, previo o residual, respecto de instituciones formales como la tutela o la curatela. Esta concepción respondía a un modelo de protección centrado en la sustitución de la voluntad y no en su apoyo.

Asimismo, la actuación del guardador de hecho se encontraba fuertemente restringida. El Código Civil, con anterioridad a la reforma, condicionaba la eficacia de los actos realizados por el guardador a que redundasen en utilidad para la persona protegida, lo que generaba una notable inseguridad jurídica. La validez de los actos quedaba sujeta a una valoración posterior, dificultando la integración de la persona protegida en el tráfico jurídico y desincentivando la actuación de terceros, que veían comprometida la estabilidad de las relaciones jurídicas entabladas.

La reforma introducida por la Ley 8/2021 supone un cambio de sistema, brindando un respaldo sólido a las personas con discapacidad, otorgándoles el derecho fundamental de tomar sus propias decisiones. La desaparición de la incapacitación judicial y la instauración de un sistema de apoyos basado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad transforman profundamente la función de la guarda de hecho. La guarda de hecho adquiere mayor peso en nuestro ordenamiento y deja de ser una situación transitoria para convertirse en una institución jurídica de apoyo con vocación de permanencia, expresamente reconocida y reforzada por el legislador, que asume que, en muchos supuestos, la persona con discapacidad se encuentra adecuadamente asistida por su entorno sin necesidad de una investidura judicial formal.

En el régimen actual, la guarda de hecho se configura como una medida subsidiaria que opera cuando no existen medidas voluntarias o judiciales eficaces, o cuando estas no se están aplicando adecuadamente (art. 263 CC). A diferencia del modelo anterior, ya no se presume su provisionalidad, sino que puede mantenerse en el tiempo mientras resulte suficiente para atender las necesidades de la persona apoyada. Esta concepción responde a la voluntad del legislador de reconocer una realidad social ampliamente extendida y de reducir la judicialización innecesaria de las situaciones de apoyo.

Otro de los cambios más relevantes introducidos por la reforma afecta al alcance de las facultades del guardador de hecho y, de hecho, la ampliación de las facultades del guardador es la mayor aportación de esta nueva regulación. En el antiguo régimen las actuaciones llevadas a cabo por el guardador se limitaban a aquellos actos que tuviesen utilidad para el guardado, ya que el resto eran susceptibles de impugnación (antiguo art. 304 CC). Actualmente, la función llevada a cabo por esta figura es mucho más amplia puesto que se permite su intervención en cualquier aspecto de la vida de la persona, abarcando la esfera personal o patrimonial. La eliminación del requisito de que los actos llevados a cabo por el guardador de hecho deban resultar de utilidad supone un cambio merecedor de una estimación positiva. Con esta modificación se superan principalmente dos de las problemáticas existentes con anterioridad. Por un lado, la utilidad pasa a ser sustituida por el respeto de la voluntad y deseos de la persona con discapacidad en línea con la Convención y, por otro lado, se aporta mayor seguridad jurídica puesto que prueba de la "utilidad" era un elemento subjetivo que podía comprometer su validez. No obstante, la actuación representativa se concibe como excepcional y, en determinados supuestos, queda sujeta a autorización judicial conforme a lo previsto en el art. 264 CC, lo que evidencia la tensión existente entre el carácter informal de la figura y la necesidad de garantías jurídicas.

En definitiva, el contraste entre el régimen anterior y el actual pone de manifiesto la evolución de la guarda de hecho desde una figura marginal, provisional y desconfiada hacia una institución reforzada e integrada plenamente en el sistema de apoyos. Sin embargo, como se analizará en los apartados siguientes, este reconocimiento normativo no ha venido acompañado de una regulación exhaustiva, lo que ha generado importantes dificultades interpretativas y problemas prácticos en su aplicación cotidiana.

CAPÍTULO II. CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y ALCANCE DE LA GUARDA DE HECHO TRAS LA LEY 8/2021

1. ALCANCE DE LA GUARDA DE HECHO

1.1. Visión general

En primer término, hay que insistir en una idea nuclear, inequívoca tras la aprobación de la Ley 8/2021: conforme al sistema de provisión de apoyos instaurado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, y a la luz de la literalidad del último párrafo del artículo 255 CC, cuando

exista una guarda de hecho que satisfaga plenamente las necesidades de apoyo de una persona, la intervención judicial para la constitución de un apoyo deja de ser necesaria. Esto ocurre porque la guarda está configurada por el ordenamiento jurídico como una medida de apoyo legalmente reconocida, aunque no requiera de una constitución formal¹².

Ahora bien, como indica la muy relevante Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 20 de octubre de 2023, de la que fue ponente la Magistrada Parra Lucán, “esta previsión no puede interpretarse de forma rígida, desatendiendo a las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho. Si bien es claro que existiendo una guarda de hecho que cubre suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad no es necesaria la constitución judicial de apoyos, la existencia de una guarda de hecho no excluye en todo caso la constitución de un apoyo judicial¹³”.

Esta misma sentencia, en absoluta congruencia con el espíritu de la norma, afirma que una aplicación rigorista de la normativa, interpretada de manera aislada, podría conducir a un resultado tan perjudicial como el del sistema anterior. Si la existencia de una guarda de hecho se considerase un obstáculo insalvable para constituir una curatela, ello implicaría que, al revisar las medidas de protección previas, las tutelas se convertirían de manera indiscriminada en guardas de hecho. Este automatismo legal, que desatiende las necesidades específicas de cada persona, resultaría tan lesivo como la anterior práctica de incapacitar de forma generalizada sin valorar si la medida era realmente necesaria para la situación concreta del individuo.

También dice que “en situaciones como la que es objeto de enjuiciamiento y en algunas otras de revisión de tutelas, hay que evitar esta aplicación automática de la ley. Es necesario atender a las circunstancias concretas para advertir si está justificada la

¹² OTROSÍ, “El Supremo determina la procedencia de una curatela representativa cuando la guarda de hecho no cubra las necesidades provocadas por la discapacidad”, disponible en: <https://www.otrosi.net/el-supremo-determina-la-procedencia-de-una-curatela-representativa-cuando-la-guarda-de-hecho-no-cubra-las-necesidades-provocadas-por-la-discapacidad/> (última consulta: 8 de marzo de 2026).

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1443/2023, de 20 de octubre (ECLI: ES:TS:2023:4212).

constitución de la curatela (y en otro contexto de revisión de tutelas anteriores, la sustitución por una curatela) en vez de la guarda de hecho”.

Resulta por tanto evidente que nuestro Alto Tribunal entiende que no cabe establecer soluciones apriorísticas, ni fórmulas aplicables con carácter general, sino que resulta esencial e imprescindible atender al caso concreto y a la realidad personal y familiar de la persona con discapacidad.

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo ha encontrado eco en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Un ejemplo de ello es el Auto N.º 184/2025, de 22 de julio, de la Audiencia Provincial de Lugo¹⁴ que aborda un caso en el que, a pesar de la existencia de una guarda de hecho desempeñada por el hijo de la persona con discapacidad, se optó por instituir una curatela con facultades representativas al juzgarse insuficiente dicha medida informal.

En el supuesto, la persona afectada padecía demencia vascular con un deterioro cognitivo de grado moderado a severo, lo que le impedía gestionar de forma autónoma sus asuntos en los ámbitos económico, jurídico, administrativo y sanitario. Si bien su hijo ejercía como guardador de hecho, este evidenció ante la instancia judicial los obstáculos prácticos que la informalidad de su rol le generaba para actuar en representación de su progenitor, especialmente en gestiones ante entidades bancarias, administraciones públicas y en el marco de procedimientos judiciales.

En consonancia con la línea interpretativa del Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial se aparta de una interpretación estrictamente literal del último párrafo del artículo 255 del CC. Sostiene que la preexistencia de una guarda de hecho no impide la constitución de una curatela si esta última se revela como una figura más adecuada para asegurar la eficacia, agilidad y seguridad en la provisión de los apoyos requeridos. De este modo, se subraya que el factor determinante es la idoneidad funcional de la medida de apoyo, y no su mera existencia formal, para atender a las necesidades reales de la persona.

¹⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.ª), núm. 184/2025, de 22 de julio (Rollo de apelación núm. 754/2025).

Igualmente, la resolución 444/2025 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de diciembre¹⁵ confirma la constitución de una curatela representativa al apreciar conflicto de intereses y riesgo patrimonial en el ejercicio de la guarda de hecho. La Sala valora no solo el diagnóstico clínico, sino también el contexto relacional y económico, destacando retiradas importantes de dinero, impedimentos a la actuación profesional y relaciones de dominio que limitaban la expresión de la voluntad del afectado.

La sentencia aclara que la idoneidad para la guarda de hecho no puede presumirse solo por el apoyo familiar, sino por su capacidad real para garantizar una protección sin conflictos.

Cuestión central es también la naturaleza asistencial o representativa de la guarda de hecho. Aunque inicialmente existió una cierta controversia doctrinal acerca de ello, parece existir hoy una práctica unanimidad en entender que la guarda de hecho es asistencial, y sólo en casos excepcionales en los que ello resulta imposible atendiendo a la concreta discapacidad de la persona necesitada de apoyo, ésta tendrá carácter representativo. Así, además, lo vienen entendiendo los tribunales y también, como veremos, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

1.2. Breve referencia a las legislaciones forales.

Hay que tener en cuenta, además, que el sistema español se caracteriza, como sabemos, por la coexistencia de diferentes regímenes, los llamados forales, y que alguno de ellos, como el catalán, establecen reglas especiales: la guarda de hecho y la asistencia son dos instituciones reguladas en Cataluña en el Código Civil de Cataluña, Libro Segundo, relativo a la Persona y la Familia (Ley 25/2010, de 29 de julio) para la protección de las personas en situaciones especiales. Como advertía el Auto de la AP Barcelona de 4 de mayo de 2018¹⁶, anterior a la Ley 8/2021 la guarda de hecho en Cataluña es concebida como una figura de protección estable, permanente y de amplio alcance, equiparable a la tutela o curatela. Mientras tanto, el Código Civil la consideraba como una figura anómala y residual, aplicable únicamente en situaciones donde hubiese un desamparo a las

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 31.ª), núm. 444/2025, de 18 de diciembre (ECLI: ES: APM:2025:15860).

¹⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.ª), núm. 273/2018, de 4 de mayo.

personas cuya capacidad había sido modificada judicialmente.¹⁷ Puede afirmarse, a la luz de esa resolución judicial, que la reforma operada por la Ley 8/2021 sigue en esencia la idea que ya encontrábamos en la legislación catalana. Por otro lado, es importante recordar que conforme al artículo 9.6 del CC “la ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual”.

Igualmente, en Aragón, encontramos normativa sobre la materia en el Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo), recientemente reformado a través de la Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas; su artículo 169.9 establece la definición según la que “Guardador de hecho es la persona física o jurídica que por iniciativa propia presta los apoyos precisos a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica con ánimo de permanencia.”. La guarda de hecho, que podrá acreditarse en cualquiera de las formas relacionadas en el artículo 169-13, queda sujeta al régimen jurídico establecido en el artículo 169-12, que establece lo siguiente:

- “1. La actuación del guardador de hecho comprende el acompañamiento, el cuidado y la asistencia que la persona con discapacidad necesite tanto en aspectos personales como patrimoniales.
2. En el ámbito patrimonial, el guardador de hecho podrá realizar actos de administración, incluyendo la disposición de dinero para los gastos ordinarios, así como también actos de disposición de escasa importancia en relación con su patrimonio.
3. En el ámbito personal, asistirá a la persona con discapacidad en la toma de decisiones y, en el sanitario, estará legitimado para obtener información de la persona con discapacidad y para prestar el consentimiento que exige la ley si el paciente no puede darlo.

¹⁷ FAUS, M., “Guarda de hecho y asistencia de personas en Cataluña”, disponible en: <https://vlex.es/vid/guarda-hecho-asistencia-personas-631552493> (última consulta: 8 de marzo de 2026).

4. Tanto en el orden personal como patrimonial, el guardador de hecho podrá solicitar y gestionar las prestaciones asistenciales o ayudas de cualquier tipo en beneficio de la persona con discapacidad.

5. La realización de los actos comprendidos en los apartados anteriores comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal y no requiere autorización o aprobación de la Junta de Parientes o del Juez.

6. Cuando se requiera la actuación representativa del guardador de hecho para llevar a cabo actuaciones personales o patrimoniales no comprendidas en los párrafos anteriores, deberá obtener autorización previa o, en su caso, aprobación posterior de la Junta de Parientes o del Juez y se dará audiencia a la persona con discapacidad. La autorización o aprobación podrá comprender uno o varios actos necesarios para el adecuado ejercicio de la función de apoyo.”

2. SU USO COMO MEDIDA DE APOYO FORMAL PESE A SU CONDICIÓN COMO MEDIDA DE APOYO DE HECHO

Esta cuestión ha sido abordada de forma expresa por el Tribunal Supremo en la STS 1443/2023, de 20 de octubre, dictada en Pleno¹⁸, que constituye una de las primeras resoluciones de referencia tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. En dicha sentencia, el Tribunal analiza la relación entre la guarda de hecho y la constitución de una curatela judicial, partiendo del principio de que la guarda de hecho es un medio legal de provisión de apoyos, aun cuando carezca de constitución formal. El Tribunal afirma que, cuando la guarda de hecho cubre de manera adecuada todas las necesidades de apoyo de la persona con discapacidad, no resulta en principio necesario acudir a una medida judicial de apoyo, en coherencia con lo dispuesto en los arts. 255 y 263 del CC.

No obstante, la sentencia advierte que esta previsión no puede interpretarse de forma rígida o automática, subrayando la necesidad de atender a las circunstancias concretas del caso. En particular, considera legítima la constitución de una curatela cuando la guarda

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil), núm. 1443/2023, de 20 de octubre de 2023 [versión electrónica – base de datos vLex].

de hecho se revela insuficiente o cuando el propio guardador de hecho pone de manifiesto la conveniencia de formalizar el apoyo para facilitar su actuación, especialmente en el ámbito patrimonial. La relevancia de esta jurisprudencia radica en que clarifica el papel de la guarda de hecho dentro del nuevo sistema de apoyos, evitando tanto su infravaloración como su aplicación excluyente, y consolida un enfoque flexible y funcional orientado a la protección efectiva de la persona con discapacidad.

Un ejemplo concreto de esta línea interpretativa es el Auto 30/2025, de 24 de enero, de la Audiencia Provincial de Sevilla, resolviendo un recurso en un procedimiento de revisión de apoyos. El tribunal *a quo* había extinguido la tutela anterior, considerando suficiente la guarda de hecho que realizaba una entidad residencial. La Audiencia, en cambio, revoca tal decisión y establece una curatela representativa, justificando su decisión en el grave y permanente deterioro cognitivo de la persona, que precisaba de ayuda para todo.

Esta sentencia deja claro que la guarda de hecho no es un sustituto automático de la curatela ni una vía para descartar de antemano medidas judiciales. Pero una interpretación literal del art. 255 CC daría lugar a un nuevo automatismo tan perjudicial como lo fue la incapacitación generalizada del sistema anterior.

De este modo, la Audiencia se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS 1443/2023) en que la existencia previa de un guardador de hecho no es óbice para la medida judicial de apoyo cuando la situación informal no sea suficiente para garantizar la protección material y efectiva de la persona con discapacidad.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia N.º 252/2025¹⁹, fechada el 11 de abril, es altamente ilustrativa también. Esta aborda un caso en el que se encontraban presentes múltiples figuras de apoyo y se manifestaban tensiones familiares significativas.

En el supuesto, inicialmente se había estipulado una curatela representativa en el contexto jurídico-patrimonial; no obstante, simultáneamente se mantenía una guarda de hecho ejercida por otro pariente en el ámbito asistencial cotidiano. Sin embargo, el

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4.ª), núm. 252/2025, de 11 de abril (ECLI: ES: APBI:2025:963).

enfrentamiento entre los descendientes del individuo con discapacidad y las dificultades prácticas inherentes a la división de funciones condujeron a la revocación de la resolución inicial por parte de la Audiencia.

El tribunal constata que la reiteración de distintas medidas de apoyo puede crear distorsiones cuando no se coordina o cuando la situación de la persona afectada requiere una sola, continua y legalmente segura. Como resultado, la curatela representativa abarca tanto el plano personal como el patrimonial, concentrando en una sola figura la función de apoyo, en la creencia de que de este modo se protege mejor a la persona con discapacidad.

La sentencia judicial aclara que, aunque sea una figura conocida y totalmente legal, no es un impedimento para la intervención judicial cuando la complejidad del caso, la lucha familiar o la seguridad jurídica aconsejen la medida judicial. Además, la sentencia judicial aclara que la existencia de documentos previos de voluntad, como poderes notariales otorgados antes de que avanzara el deterioro cognitivo, no impide la revisión judicial si estos dejan de responder adecuadamente a la situación real de la persona.

Esta declaración deja claro que el sistema establecido por la Ley 8/2021 no busca mantener la informalidad de la guarda de hecho, sino garantizar que la medida de apoyo sea adecuada. La constitución mediante curatela no implica una desnaturalización del modelo tutelar basado en apoyos, sino un instrumento lícito cuando la realidad evidencia que la sola situación de hecho no es suficiente para asegurar una protección eficaz, uniforme y duradera.

3. LA GUARDA DE HECHO EN DECISIONES SANITARIAS O EN LOS INGRESOS EN RESIDENCIAS DE MAYORES

3.1.Ámbito sanitario

3.1.1. El consentimiento informado y su tensión normativa

La reforma de la Ley 8/2021, como ya se ha analizado, ha supuesto un cambio en la figura de la guarda de hecho en diferentes ámbitos y circunstancias donde por encima de todo está el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Ahora bien, en lo que respecta al ámbito sanitario la reforma no ha llevado consigo una reforma

paralela de la ley reguladora de la autonomía del paciente, Ley 41/2002 (en adelante, LAP). Esto ha llevado a una gran tensión normativa puesto que se ha producido una gran descoordinación en la normativa.

Así podemos indicar que el número 3º artículo 9, que regula el consentimiento informado y el consentimiento por representación establece que:

“3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o, de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.”.

Por su parte, los números 6º y 7º establecen que:

“6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios

adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.”.

A la vista de la literalidad de estos preceptos, podemos afirmar que la normativa reguladora de la autonomía del paciente hoy puede chocar con los principios rectores de la legislación relativa a las personas con discapacidad al no poner en primer término los deseos y la voluntad de la persona con discapacidad, sino el concepto del beneficio para la vida o la salud de este.

En la toma de decisiones médicas, el elemento central es el consentimiento informado del paciente; esto es, que el paciente reciba suficiente información en lo relativo a su diagnóstico y su consecuente tratamiento propuesto para la curación, así como los riesgos y las posibles alternativas a las que puede optar, para que, de este modo, pueda tomar una decisión coherente, informada y basada en datos objetivos en lo relativo a su propia salud. Ahora bien, en caso de tratarse de una persona con discapacidad que necesita apoyo para comprender de manera real la valoración dada y las diferentes opciones a su alcance, la guarda de hecho puede desempeñar un papel fundamental como medida de apoyo, puesto que implica que un familiar o un allegado pueda ayudar al interesado a comprender la información médica y, así, poder expresar la voluntad de la persona. Como consecuencia de la nueva ley, el guardador no puede sustituir la voluntad de la persona con

discapacidad; simplemente debe orientarla para que ella misma pueda tomar la decisión que mejor le parezca.²⁰

En este sentido, la doctrina ha destacado que no se requiere una declaración judicial de incapacitación para poder dar el consentimiento a un tratamiento médico, sino la capacidad natural de comprensión del individuo en el momento específico en que debe tomar la decisión. De este modo, lo esencial es determinar si el individuo posee la capacidad de comprender la información sobre el tratamiento médico propuesto y sus riesgos. Esta apreciación deberá hacerse de forma individualizada en cada caso, y de ahí la relevancia de los mecanismos de apoyo que posibiliten a la persona participar en las decisiones sobre su salud, en la línea del modelo de autonomía personal que la reforma de la Ley 8/2021 impulsa²¹.

3.1.2. *Ingresos en residencias*

De acuerdo con el número 1º del artículo 287 del CC, se requiere autorización judicial para que el curador representativo (y conforme al artículo 264 tal exigencia es extensible al guardador de hecho) para “1.º realizar actos de trascendencia 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”.

En nuestro país el internamiento de personas mayores, con deterioros cognitivos importantes, en centros residenciales es una cuestión problemática desde hace largo tiempo, y pese a las numerosas voces que han mostrado su preocupación al respecto, el legislador estatal hoy en día no ha afrontado su regulación. Como apunta Leyre Elizari, en su trabajo “Ingresos de personas mayores en centros residenciales²²”:

²⁰ PÉREZ VALLEJO, A. M., "Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional de medicina necesaria o asistencial y medicina voluntaria, perfecta o satisfactoria", en *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, España, pp. 545-555, esp. p. 546.

²¹ SANTOS MORÓN, M.ª J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre de Derecho y Economía, Madrid, 2000, pp. 34-55.

²² ELIZARI URTASUN, L., "Ingresos de personas mayores en centros residenciales. Marco regulador y pronunciamientos constitucionales recientes", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1/2018, 2018, p. 4.

“La fiscalía general del estado en su instrucción 3/1990²³ ya denunciaba la habitualidad con la que los ingresos eran convenidos entre el centro y los familiares del interno e instaba a proscribir tales actitudes, entendiendo necesario recabar autorización judicial previa al ingreso cuando la persona mayor no estuviera en condiciones de decidir por sí, o comunicar a la autoridad judicial el internamiento en el plazo de 24 horas en los supuestos de urgencia (art. 211 CC), incluso cuando la persona estuviera incapacitada y sujeta a tutela (art. 271.1 CC).

Tampoco la conocida polémica surgida en la década de los 90 entre las distintas audiencias provinciales sobre la posibilidad de aplicación del citado artículo 211 del CC y posteriormente del artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil a los centros residenciales impulsó la aprobación de una norma específica, que ha sido reclamada reiteradamente por la doctrina. Así las cosas, algunas audiencias provinciales rechazaban la necesidad de autorización judicial para los ingresos en residencias, por considerar que en tal caso el internamiento carece de la finalidad terapéutica y del carácter temporal que exigen las disposiciones aludidas”.

Asimismo, establece como la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia supuso un primer avance al reconocimiento de los derechos de las personas en tal situación la posibilidad de poder ejercer de manera libre la decisión de ingresar en un centro residencial (art. 4.g). Ahora bien, esta cuestión no recibió más atención. Los legisladores autonómicos han regulado determinados aspectos relativos al ingreso en centros residenciales en el ejercicio de sus competencias en materia de servicios sociales. Pero, cabe señalar, que las soluciones adoptadas han sido parciales y que, además, han generado una falta de uniformidad normativa en el conjunto del territorio nacional.

Se plantea pues la discusión acerca de las facultades del guardador de hecho, y en general de cualquier otra persona que ejerza medidas de apoyo representativas respecto de una persona con discapacidad a fin de proceder al ingreso de esta en centros residenciales. La

²³ Fiscalía General del Estado, Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad.

cuestión ha merecido la atención de la jurisprudencia constitucional; de acuerdo con ella puede decirse que como se infiere de las Sentencias de 1 de febrero²⁴ y 18 de julio de 2016²⁵, en cuanto a que el internamiento de una persona mayor en un centro residencial de régimen cerrado afecta a su derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE), y ello exige el respeto a una serie de garantías, que en el caso de que la persona carezca de capacidad para decidirlo por sí misma se plasman fundamentalmente en la necesidad de autorización judicial²⁶.

Sobre esta autorización cabría indicar que la mejor doctrina entiende que:

A) La autorización deberá otorgarse con carácter previo al internamiento. Para poder considerar que la persona se encuentra con suficiente juicio para decidir por sí misma su ingreso voluntario, será necesario contar con un informe médico actualizado emitido por el facultativo que así lo acredite y, con ausencia de una resolución judicial que así lo declare. Es importante tener en cuenta que la falta de capacidad de la persona nunca puede presumirse.

B) En supuestos donde, por razones de urgencia, resulte necesario el ingreso no voluntario de una persona que no se encuentre con suficiente capacidad para tomar por sí misma la decisión, el responsable del centro donde se haya producido dicho internamiento deberá comunicarlo al tribunal competente con la mayor rapidez posible y, siempre, dentro del plazo de 24 horas. Esto tiene como objetivo que se realice una ratificación judicial al respecto.

No obstante, la citada autora entiende que se ha de descartar la utilización del procedimiento de urgencia que prevé el citado artículo 763 LEC, puesto que, en el caso de enfermedades degenerativas, de avance progresivo, no existirá el presupuesto de la urgencia, tal y como ha declarado el TC.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 34/2016, de 29 de febrero [versión electrónica – *Boletín Oficial del Estado*. Ref. BOE-A-2016-3400]. Fecha de la última consulta: 8 de marzo de 2026.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 132/2016, de 18 de julio [versión electrónica – *Boletín Oficial del Estado*. Ref. ECLI:ES:TC: 2016:132].

²⁶ Defensor del Pueblo, "Consentimiento para ingresar en un centro residencial", resolución relativa a queja administrativa (disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/resolucion/2017/103247.html>; última consulta: 8 de marzo de 2026).

En suma, el guardador de hecho podrá sin duda recabar la autorización judicial para el ingreso en un centro residencial de la persona a quien esté prestando apoyo y, aunque resulte discutible, podrá solicitar el ingreso por razones de urgencia a fin de que la autoridad judicial convalide el mismo, pero en ningún caso podrá decidir por sí solo dicho ingreso en los casos en los que la persona con discapacidad padezca un deterioro que haga imposible la expresión de su voluntad.

3.2.Ámbito tributario

Finalmente haremos referencia a una cuestión controvertida y sobre la que el Tribunal Supremo se pronunciará en un futuro, a la vista del auto dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo el 11 de febrero de 2026, auto 1742/2026, en el que indica lo siguiente:

“La cuestión planteada — la determinación de los efectos jurídicos de una notificación administrativa practicada a una persona con discapacidad sin intervención de la persona que lo apoya, y, en particular la idoneidad de dicha notificación para interrumpir el plazo de prescripción del derecho de la Administración a liquidar un tributo — presenta un evidente interés casacional objetivo conforme al artículo 88.3.a) LJCA, pues exige que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre un problema jurídico de alcance general que trasciende el caso concreto y cuya resolución resulta necesaria para la formación de jurisprudencia.

La cuestión afecta a la interpretación de las normas civiles sobre salvaguardia adecuadas y efectivas y medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica con el fin de impedir abusos, así como a los principios constitucionales de tutela judicial efectiva, interdicción de la indefensión y seguridad jurídica.

No existe doctrina del Tribunal Supremo que determine si una notificación formalmente bien ejecutada y dirigida directamente a una persona con discapacidad -sin intervención de la persona que apoya a la persona con discapacidad- puede producir efectos interruptivos de la prescripción tributaria, ni si la Administración puede beneficiarse de una actuación dirigida a una persona con discapacidad que tiene una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a

largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir su participación plena y efectiva, en igualdad de condiciones con las demás en la vida civil.

La jurisprudencia existente sobre notificaciones defectuosas, prescripción y actos interruptivos no resuelve específicamente esta problemática.

Por ello, se hace conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo que la esclarezca, en beneficio de la seguridad jurídica y de la consecución de la igualdad en la aplicación judicial del Derecho (artículos 9.3 y 14 CE)²⁷.”

Indudablemente las personas aquejadas de algún tipo de discapacidad y sujetas a una guarda de hecho como medida de apoyo en el ejercicio de su capacidad pueden tener relación con la Administración Tributaria por numerosísimos motivos: pueden ser llamados a una herencia con la consiguiente obligación de liquidar el Impuesto de Sucesiones, pueden obtener ingresos derivados de actividades económicas como el arrendamiento de bienes inmuebles, pueden recibir dividendos de sociedades de las que sea socios, y un sinfín de supuestos semejantes. Ello plantea, como indica el auto citado, la cuestión de si resulta imprescindible o no la intervención de la persona que ejerce la medida de apoyo o no. Es por ello por lo que la Administración Tributaria puede tener que formular determinadas notificaciones o requerimientos a la persona con discapacidad, y resulta necesario determinar cuáles son los efectos de una notificación administrativa practicada con un incapaz, que no llega a conocimiento de su curador o representante legal, en particular, en lo concerniente a su virtualidad interruptiva del plazo de prescripción que tiene la Administración para formular la liquidación de un impuesto.

Será el Tribunal Supremo quien en un futuro decida sobre esta cuestión no resuelta en la norma, pero entendemos que en aquellos casos en los que la medida de apoyo esté constituida de modo formal y ésta tenga carácter representativo, la falta de conocimiento por parte del representante legal del discapaz, sea este curador o guardador de hecho,

²⁷ Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 11 de febrero de 2026, recurso de casación núm. 495/2025, FJ 5º [versión electrónica – base de datos CENDOJ. Ref. ATS 1742/2026; ECLI:ES:TS: 2026:1742A].

conduce a la falta de validez de esta y en consecuencia carecerá de cualquier efecto interruptivo de la prescripción. Más discutible resulta sin duda el supuesto de que la medida de apoyo no esté constituida de modo formal, es decir, los supuestos de guarda de hecho sin investidura formal que constituye el objeto de este trabajo de fin de grado. El artículo 44 de la Ley General Tributaria establece que “Tendrán capacidad de obrar en el orden tributario, además de las personas que la tengan conforme a derecho, los menores de edad y los incapacitados en las relaciones tributarias derivadas de las actividades cuyo ejercicio les esté permitido por el ordenamiento jurídico sin asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela, curatela o defensa judicial. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos e intereses de que se trate.”, y el Artículo 45, que regula la Representación legal, su número 1 establece que “Por las personas que carezcan de capacidad de obrar actuarán sus representantes legales”.

Más allá de la crítica que merezca el hecho de la ley general tributaria mantenga conceptos absolutamente superados como los de la incapacitación o la carencia de la capacidad de obrar, es lo cierto que la norma no resuelve la cuestión y entendemos que en aquellos casos en los que no exista tal investidura formal y el guardador de hecho no haya comunicado al Ministerio Fiscal la situación a fin de que se tramite un procedimiento de establecimiento de medidas de apoyo si la guarda resulta insuficiente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, o no haya habido tal comunicación a la propia administración tributaria, los actos realizados por esta deben entenderse válidos, sin perjuicio de que la persona con discapacidad pueda posteriormente exigir responsabilidad al guardador de hecho por no haber actuado con la diligencia debida en la defensa de sus intereses.

CAPÍTULO III. ACREDITACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO Y PROBLEMAS PRÁCTICOS QUE PLANTEA

1. LAS VÍAS PARA ACREDITAR LA GUARDA DE HECHO

A diferencia de otras medidas de apoyo previstas en el Código Civil, la guarda de hecho carece de una regulación legal específica en cuanto a su forma de acreditación. Tras la reforma operada por la ley 8/2021, el legislador, reconociendo plenamente la eficacia jurídica de esta institución no ha establecido, sin embargo, un cauce formal expreso para

su constatación frente a terceros. Esto se convierte en una cuestión trascendental en la práctica. Efectivamente, el guardador de hecho puede desempeñar su papel sin necesidad de exhibir ningún título habilitante, bien porque no se exija o bien porque sea notoria su actuación. Algunos, como el fiscal Santos Urbaneja, consideran que dicho título encuentra su fundamento en la propia ley. Pero en otros casos, será necesaria acreditar su condición de guardador para el desempeño de sus facultades.²⁸ En todo caso dependerá también de si se actúa con facultades asistenciales o representativas. En los supuestos de llevar a cabo una actuación meramente asistencial, donde el guardador únicamente acompaña a la persona con discapacidad sin imponer su juicio a las decisiones del mismo, es esta última quien realmente ejerce la capacidad jurídica. Al no haber una supresión de la capacidad jurídica, sino un apoyo para su ejercicio, la exigencia de un título habilitante para el guardador carece de fundamento.

Esta ausencia de previsión normativa genera una tensión evidente entre la naturaleza informal de la guarda de hecho y las exigencias de seguridad jurídica propias del tráfico jurídico, especialmente en ámbitos como el notarial, registral, bancario o administrativo. En la figura del guardador existe una tensión entre dos conceptos opuestos: al antiformalismo, porque como hemos visto, no existe un nombramiento oficial de guardador, es una situación de hecho y, por esencia, provisional, porque está sujeta a que la persona con discapacidad pueda cambiarlo por otro o simplemente prescindir de él (Art. 267.1CC) y por otro lado la necesidad de acreditar en un momento concreto adecuadamente quien es el guardador de hecho. En la práctica, la imposibilidad de acreditar formalmente la guarda puede traducirse en un bloqueo del ejercicio efectivo de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, contraviniendo los principios inspiradores de la reforma, centrados en el respeto a su voluntad, deseos y preferencias. Por ello, aunque el Código Civil no imponga un medio concreto de acreditación, la doctrina y la práctica jurídica coinciden en que resulta imprescindible articular mecanismos probatorios suficientes que permitan constatar la existencia, continuidad y adecuación de la guarda de hecho. Estos mecanismos se han desarrollado fundamentalmente a través de vías extrajudiciales y judiciales, siendo especialmente relevante la intervención notarial y, en su caso, el control judicial puntual previsto en el propio Código Civil.

²⁸ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M Y PÉREZ RAMOS, C., *op. cit.*

1.1. Acreditación judicial

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la sentencia del Pleno, 589/2021, de 8 de septiembre, aplica e interpreta por primera vez el régimen de provisión de apoyos judiciales introducido por la Ley.

Dicho régimen, como se recoge en el Fundamento de Derecho Cuarto de la misma, se caracteriza por las siguientes notas o elementos:

- a) El nuevo sistema está destinado a personas mayores de edad y menores emancipados que requieran asistencia para poder ejercer su capacidad jurídica de manera apropiada.
- b) Estos apoyos buscan que el individuo sea capaz de desarrollar su personalidad en totalidad y actuar jurídicamente en condiciones de igualdad, y deben establecerse desde el respecto a su dignidad y salvaguardando siempre sus derechos básicos.
- c) Las medidas judiciales de apoyo desempeñan un papel subsidiario: se deben establecer únicamente cuando las medidas voluntarias no estén disponibles o sean insuficientes.
- d) No es necesario que se realice una declaración o modificación previa de la capacidad del individuo para establecer apoyos.
- e) La provisión judicial de apoyos debe ser proporcionar y responder a necesidades reales; además, debe asegurar la mayor autonomía posible y tener en cuenta, en cualquier caso, los deseos, preferencias y voluntad del individuo que requiere apoyo²⁹.

El artículo 250 CC, tras la reforma, recoge la guarda de hecho como una medida de apoyo de naturaleza no voluntaria para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen, siendo la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia N.º 66/2023 de 23 de enero de 2023, la que determina que: “En el nuevo régimen legal, con

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, Pleno), núm. 589/2021, de 8 de septiembre, FJ 4.º (ECLI: ES:TS:2021:3276).

independencia del grado de discapacidad, las medidas de apoyo judiciales son subsidiarias tanto respecto de las medidas voluntarias como respecto de la guarda de hecho”³⁰. Eso conlleva a que la intervención judicial para establecer medidas de apoyo tiene un carácter subsidiario puesto que, si en la práctica ya hay una figura que está proveyendo soporte a la persona con discapacidad de manera eficaz, no es necesario que el juez adopte una medida de apoyo para formalizar el mismo. Y es que la realidad sociológica pone de manifiesto que la mayor parte de las personas con algún tipo de discapacidad reciben el apoyo de su entorno más cercano, generalmente por parte de algún familiar, por lo que a tenor de la Ley 8/2021, a entender de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, esta situación no requiere ser modificada, por resultar el apoyo prestado a la persona, adecuado.

Un ejemplo muy esclarecedor en este sentido es el Auto N.º 106/2025, de 17 de febrero, de la Audiencia Provincial de Valencia³¹. En el caso del caso, una madre, como guardadora de hecho de su hijo con discapacidad, pidió autorización judicial para administrar y disponer de sus cuentas bancarias. El tribunal lo autorizó en esos términos y le confirió además amplísimos poderes de representación.

Ahora bien, la Audiencia Provincial declaró la nulidad de las actuaciones al considerar que había una vulneración de las normas del procedimiento puesto que no se había celebrado teniendo en cuenta los deseos, preferencias de la persona con discapacidad (lo cual es la base de toda la reforma) ni el artículo 52.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. La sentencia reitera que la autorización judicial al guardador de hecho requiere justificación de la necesidad y audiencia del interesado, en respeto a su voluntad, deseos y preferencias. La ausencia de dichas garantías vicia de nulidad la autorización.

Este pronunciamiento deja claro que la actuación representativa del guardador de hecho no puede erigirse como una forma simplificada de sustitución de la curatela, sino que

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil) núm. 66/2023, de 23 de enero de 2023 (rec. Núm 9739/2021) [versión electrónica – base de datos Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB)].

³¹ Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10.ª), núm. 106/2025, de 17 de febrero (ECLI: ES: APV:2025:117A).

debe someterse estrictamente a las garantías legalmente establecidas, reforzando así su naturaleza excepcional en el marco de la guarda de hecho.

En las situaciones excepcionales que requieran la actuación representativa del guardador de hecho, este deberá solicitar una autorización judicial específica. Dicha autorización se tramita mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, en el que es preceptivo oír a la persona con discapacidad. Esta habilitación judicial es ineludible para que el guardador pueda prestar consentimiento en los actos de especial trascendencia listados en el Artículo 287 del CC, tal como se desprende del principio general del Artículo 249 CC.

Con ello se pretende garantizar un sistema de controles y garantías para evitar el riesgo de abusos a que puede dar lugar la guarda de hecho. Y por ello, el art. 265 CC establece que: “A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias”.

Asimismo, el juez de primera instancia pueda requerir al guardador de hecho en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe y rinda cuentas de su actuación, así como establecer las salvaguardias que estime necesarias ex art. 265 CC y si en un momento dado llegara a acreditarse la inadecuación o insuficiencia de la guarda de hecho, podrían adoptarse otras medidas judiciales de apoyo, a instancia de las personas legitimadas de conformidad con la regulación introducida por la Ley 8/2021 de 2 de junio.

1.2. Acta notarial de notoriedad

Como indica la Exposición de motivos de la Ley 8/2021, la normativa actual persigue: “Una transformación de la mentalidad... especialmente... de notarios que han de prestar sus respectivas funciones a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de nuevos principios que no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas³²”.

³² Exposición de Motivos de 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 en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021).

La naturaleza de la función notarial y la forma de su ejercicio implica un constante contacto con el problema que plantea la acreditación de la situación de guarda de hecho, y al tiempo puede proporcionar soluciones eficaces, rápidas y seguras para ello, no sólo para el otorgamiento de instrumentos públicos sino, y sobre todo, para la acreditación de la guarda ante terceros en asuntos en las que no existe intervención notarial: la realidad es que una inmensa mayoría de negocios jurídicos que puedan ser otorgados en representación de una persona con discapacidad por un guardador de hecho ante notario tendrán naturaleza inmobiliaria y difícilmente podrán ser encuadrados en la categoría de actos sin especial relevancia patrimonial, por lo que requerirán una autorización judicial que implicará un control acerca de la existencia de la guarda. Por el contrario, asuntos tan cotidianos como relación con las administraciones públicas o con las entidades financieras sí requieren de esas soluciones que la buena práctica notarial, acorde al espíritu de la ley antes indicado, puede proporcionar.

El acta notarial de notoriedad se ha consolidado como uno de los instrumentos más relevantes para la acreditación de la guarda de hecho, precisamente por su capacidad para dotar de eficacia jurídica a una situación fáctica sin desnaturalizar su carácter informal. Recordemos en primer lugar lo establecido en el artículo 209 del Reglamento notarial: “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 o patrimoniales, con trascendencia jurídica.” Aunque la redacción de este precepto es relativamente reciente, y en todo caso muy anterior a la ley 8/2021, anticipa claramente la posibilidad de constatar hechos que desplieguen importantes efectos jurídicos tanto en la esfera personal como patrimonial; la redacción originaria del artículo (año 1944 con ocasión de la aprobación del Reglamento) era más parca: “Las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios, sobre los cuales podrán ser fundados y declarados derechos y cualidades con trascendencia jurídica”.

No cabe duda de que en un acta de notoriedad para constatar la existencia de una guarda de hecho concurren los requisitos exigidos por el 209 del Reglamento: la situación fáctica de la guarda y el hecho de que, una vez acreditada, esa situación de mero hecho tiene consecuencias jurídicas, algunas de ellas muy relevantes. Pero dicho esto, la comparecencia ante Notario de una persona con discapacidad no debe conllevar siempre

un acta previa, ya que ello podría implicar una discriminación y un incremento de gastos inadmisibles. Dado que la guarda de hecho existe con independencia de cualquier reconocimiento formal, el acta notarial no crea la situación de apoyo, sino que constata y declara su existencia, permitiendo su oponibilidad frente a terceros y facilitando su operatividad en el tráfico jurídico. Si la persona con discapacidad puede declarar quién es su guardador de hecho, o puede acreditarse de cualquier otro modo, no hay ninguna necesidad de acta de notoriedad. Pero si la persona con discapacidad no puede razonablemente hacer esta declaración puede acudir al acta de notoriedad.

El acta de notoriedad tiene una doble función: la primera es comprobar y dejar constancia de la existencia de ciertos hechos y, por otro, declara el derecho que corresponde a esa situación fáctica, siempre que no exista oposición al respecto. Es particularmente pertinente incidir en la idea de que a través del acta notarial de notoriedad no se produce la designación de un guardador de hecho, sino que simplemente se constata quién o quiénes lo son o quienes ejercen como tal y la forma en que lo hacen. El acta, a través de distintas diligencias, reúne antecedentes, documentos, testimonios que tratan de acreditar la veracidad de los hechos y, además, fundamentar el juicio de notoriedad que debe emitir el notario. Por eso, la audiencia y declaración de la persona con discapacidad es fundamental si es posible, determinar con quién convive y su entorno cercano, recabar por parte del notario informes a otros organismos, solicitar declaraciones de testigos, entre otras medidas³³.

Para la autorización del acta de notoriedad, la doctrina ha identificado una serie de requisitos probatorios esenciales que deben quedar acreditados de forma suficiente ante el notario.

En primer lugar, la existencia de una discapacidad con entidad suficiente para justificar la necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

En segundo lugar, la inexistencia de medidas de apoyo voluntarias o judiciales vigentes y eficaces, lo que exige comprobar que no se ha constituido una curatela u otra medida

³³ PEREÑA VICENTE, M., “Incógnitas que plantea la nueva regulación de la guarda de hecho: su acreditación, mucho más que una cuestión de prueba”, pp. 91-93.

formal que haga innecesaria la guarda de hecho, que exigirá una manifestación expresa por quienes instan el acta, así como la consulta al Registro Civil.

No obstante, lo anteriormente dicho, cabe imaginar un supuesto en el que, aun habiéndose adoptado determinadas medidas de apoyo, sean estas voluntarias o judiciales, estas no estén siendo ejercidas eficaz o adecuadamente, por lo que exista un guardador de hecho distinto. Entendemos que, en este caso, cabría la autorización del acta, al amparo de los artículos 250 y 263 del Código: el primero de los artículos admite la guarda cuando tales medidas no estén aplicándose de modo eficaz y el segundo reconoce la posibilidad de que exista la guarda y otras medidas de apoyo adoptadas después. Naturalmente, estas actas exigen una particular diligencia y exigencia probatoria.

Y, en tercer lugar, el ejercicio efectivo, actual y prolongado en el tiempo de la guarda, que se manifiesta a través de una relación estable de cuidado, asistencia y apoyo por parte del guardador, normalmente acreditada mediante testimonios, certificados de convivencia, informes sociales o documentación sanitaria.

Todas estas circunstancias facilitan que el notario pueda comprobar y fijar el hecho notorio de que una persona es guardador de hecho de otra. Incluso, en caso de duda por existir discrepancias familiares respecto de los roles de cada uno (hijos con malas relaciones entre sí, o con la segunda relación del progenitor, por ejemplo), como faltará habitualmente la notoriedad pretendida, el acta debería cerrarse de manera negativa.

La doctrina notarial ha justificado el recurso al acta de notoriedad como el mecanismo idóneo para salvar la brecha existente entre la naturaleza informal de la guarda de hecho y las exigencias de seguridad jurídica propias de ámbitos como el notarial, registral o bancario. Frente a la alternativa judicial, el acta notarial presenta ventajas evidentes en términos de agilidad, flexibilidad y menor carga de judicialización, alineándose con la finalidad de la Ley 8/2021 de reducir la intervención judicial cuando la situación de apoyo resulte suficiente y adecuada.

El valor jurídico del acta de notoriedad reside en su función como título habilitante suficiente para la actuación del guardador de hecho en determinados ámbitos del tráfico jurídico, sin perjuicio de la necesidad de autorización judicial en los supuestos legalmente

previstos. En este sentido, el acta proporciona una base documental que permite a terceros — notarios, entidades bancarias, administraciones públicas — actuar con mayores garantías, reduciendo la inseguridad jurídica derivada de la ausencia de reconocimiento formal de la guarda. Esta acta, en la medida que contiene las bases del juicio de capacidad del notario, aporta claridad y precisión frente a las meras manifestaciones verbales y es un elemento claro de seguridad jurídica, función principal del notario y beneficio para los demás otorgantes y terceros en general, si el notario la considera conveniente debe otorgarse, y la negativa a ello puede ser causa de denegación del otorgamiento principal.

Como indicábamos anteriormente, la necesidad de acreditar la guarda de hecho se produce en muchos ámbitos, y uno de los más importantes por su cotidianidad, en ante las entidades financieras, lo que ha conducido a la creación de grupos de trabajo entre las asociaciones bancarias y la fiscalía general del estado con el objetivo declarado de acomodar la práctica bancaria a la nueva realidad y al espíritu de la ley 8/2021, dotando dichas relaciones de la mayor seguridad posible. Precisamente, en julio de 2023 se dictó el llamado Documento interpretativo al protocolo marco entre FGE y asociaciones bancarias, en el que literalmente se indicaba lo siguiente:

“Congruentemente con el carácter informal y de hecho de la guarda, el ordenamiento no predetermina una forma específica de acreditación de su realidad, ni tampoco configura un título formal habilitante para su ejercicio. Las atribuciones del guardador derivan directamente de la ley.”

No obstante, puede convenirse que la guarda de hecho, además de ponerse de manifiesto mediante la voluntad concordante de guardador y guardado y a través del testimonio de su entorno familiar y social, se puede evidenciar, en cuanto a la convivencia y vínculo entre guardador y guardado a través de muy diversas formas acreditativas de su existencia, como pueden ser, entre otras: el libro de familia; el historial de certificados de empadronamiento y de convivencia; informes de servicios sociales; informes de servicios públicos de salud y otros servicios públicos.

Resultarán de especial eficacia por aportar mayor seguridad jurídica las actas de notoriedad en cuanto dan fe de los elementos esenciales de la guarda, es decir, la

discapacidad que requiere el apoyo, el vínculo entre las partes y la suficiencia y adecuación de la propia guarda.

Ello sin perjuicio de que, de forma incidental, pueda constatarse la existencia de una guarda de hecho suficiente y adecuada en resoluciones de las fiscalías o de los órganos judiciales.

La propia naturaleza de la guarda, eminentemente familiar, conduce a elevar la diligencia en la verificación de su realidad cuando el guardador surge más allá del entorno familiar próximo del guardado (allegados, vecinos o amigos), y este no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad. Dificilmente podrá admitirse cuando no pueda mostrarse una vinculación con el guardado que se extienda mínimamente en su trayectoria vital anterior, salvo reflejo acreditado con suficiencia en acta de notoriedad.

Por el contrario, cuando se trata de una guarda de hecho en el entorno familiar más próximo, en particular, en el supuesto de progenitores que tras alcanzar su hijo con discapacidad la mayoría de edad continúan prestándole apoyos, la acreditación vendrá facilitada directamente por su ejercicio inmediatamente anterior, que, en la generalidad de estos supuestos, será por sí mismo notorio.

Por otra parte, dicha acreditación reflejará un momento temporal preciso, por lo que deberá tenerse en cuenta la necesidad de cierta actualización periódica para detectar eventuales cambios de situación en la guarda, sin perjuicio de la obligación del guardador de comunicar dichas circunstancias desde el mismo momento en que se produzcan.”³⁴

Finalmente, hay que indicar que aun cuando la guarda de hecho se esté desarrollando de manera eficaz entendemos que a fin de proteger a la persona con discapacidad es aplicable el artículo 42 bis a) de la LEC y el notario que tramite un acta de notoriedad de esta naturaleza debe ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal en la medida en que ello

³⁴ Fiscalía General del Estado y Asociaciones Bancarias, *Documento interpretativo al Protocolo Marco entre FGE y Asociaciones Bancarias. Documento 1: La guarda de hecho en la Ley 8/21*, julio de 2023.

puede ser determinante de una situación que requiera la adaptación judicial de alguna medida de apoyo.

1.3. La declaración responsable

Analizadas los mecanismos judiciales y notariales para la acreditación de la guarda de hecho, y teniendo en cuenta el propio documento interpretativo del acuerdo entre la Fiscalía y las asociaciones bancarias, cabe hacer referencia a un tercer sistema, no exento de problemas, como es la declaración responsable de quien manifiesta ejercerla. Así dicho documento indica que “la fórmula de declaración responsable ante la entidad bancaria se muestra como buena práctica para garantizar la salvaguarda de su adecuado ejercicio”³⁵. Naturalmente, el propio documento, ante la evidencia de que ello puede ser fuente de abusos, fija una serie de pautas para la admisión de tal declaración responsable, así como intensos límites en cuanto a acceso a la información bancaria, productos vinculados y a la propia operativa, y así indica que: “La eficaz salvaguarda de la buena actuación del apoyo aconseja como buena práctica la reconducción y vinculación a una única cuenta bancaria de todos los ingresos y gastos ordinarios de la persona con discapacidad, así como los productos accesorios a la misma, como pueden ser las tarjetas monedero y otros medios de pago a débito. Esta previsión evitará la afectación de la privacidad de otros eventuales cotitulares”³⁶.

Además, añade que este procedimiento resulta especialmente importante cuando en las cuentas de la persona protegida haya otras personas como titulares o autorizadas. En ese caso, el guardador no podrá acceder a ninguna información, ni siquiera para consultar saldos, a menos que todos los cotitulares lo autoricen expresamente.

Si además el propio guardador figura como cotitular de alguna de esas cuentas, lo más recomendable sería que renunciara voluntariamente a esa titularidad. De este modo se evita mezclar su patrimonio personal con el de la persona a quien cuida, y se eliminan situaciones en las que podría disponer del dinero en su propio beneficio o, aunque sea con buena intención, de forma poco transparente.

³⁵ *Ibid*

³⁶ *Ibid*

Por otro lado, concentrar toda la gestión diaria en una única cuenta tiene varias ventajas claras: reduce el riesgo de confundir patrimonios, impide que alguien pueda presentarse como guardador ante varios bancos distintos para intentar obtener el máximo margen de gasto en cada uno de ellos, y facilita que, si llegara a ser necesario, el guardador pueda rendir cuentas ante un juez de manera ordenada y clara³⁷.

En consecuencia, la declaración responsable presentada ante la entidad financiera deberá incluir, entre otros aspectos, quiénes son las personas implicadas y qué relación familiar o de otro tipo existe entre ellas, así como el papel que desempeñará el guardador o guardadores en sus gestiones con la entidad. También deberá especificarse qué información bancaria podrá consultarse y qué operaciones estarán autorizadas a realizarse, todo ello adaptado a las circunstancias particulares de cada situación. En particular, dicha declaración deberá reflejar la identificación de los sujetos intervinientes; la relación de parentesco o vínculo que les une; el alcance y la modalidad de la actuación del guardador o guardadores ante la entidad; los niveles de acceso a la información bancaria; las autorizaciones de gestión operativa; así como la precisión y adecuación al caso concreto de los límites de la gestión económica de “escasa relevancia”, la autorización o no de medios de pago —que nunca podrán implicar financiación o endeudamiento, en cuanto se asimilarían a operaciones de crédito precisadas de autorización judicial— y las modalidades operativas pactadas para los mismos, junto con la especificación de la cuenta bancaria de referencia para la operativa a desarrollar con la intervención del guardador y la relación de los productos vinculados a la misma.³⁸

2. SU RELACIÓN CON EL REGISTRO CIVIL

La vigente Ley del Registro Civil, que data de 2011 y ha entrado en vigor de forma progresiva, contiene una sola referencia a la guarda de hecho, concretamente en su artículo 40. En dicho artículo se regulan las anotaciones registrales, que en su apartado primero se definen como asientos de carácter meramente informativo que no alcanzan el valor probatorio de una inscripción, a menos que una norma específica les otorgue valor de presunción. En cuanto a su procedimiento, el segundo párrafo establece que su práctica

³⁷ *Ibid*

³⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Prueba de la guarda de hecho”, *IDIBE. Tribuna*, 8 de febrero de 2024 (disponible en <https://idibe.org/tribuna/prueba-de-la-guarda-de-hecho/>; última consulta: 8 de marzo de 2026).

depende de la solicitud previa de personas interesadas o del Ministerio Fiscal. Finalmente, el punto 9.º detalla que esta modalidad es la adecuada para dejar constancia oficial de situaciones de protección, como son el acogimiento y las figuras de guarda administrativa o, de hecho.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, lo establecido en el artículo 4 de la misma ley, que regula los hechos y actos inscribibles, entre los que incluye en su número 11 “las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.”

A partir de ambos preceptos puede concluirse que en aquellos casos en los que la autoridad judicial, a través de una resolución judicial firme, adopta la guarda de hecho como la medida de apoyo conveniente para una persona con discapacidad, dicha resolución con el consiguiente nombramiento de guardador habrá de tener acceso al Registro Civil a través de la inscripción, mientras que la mera situación de guarda de hecho, sin investidura formal alguna o constatada en cualquiera de las formas admitidas, incluso a través del acta de notoriedad tramitada ante Notario, podrán tener reflejo en el Registro a través de la anotación, con los limitados efectos que establece la propia Ley. Todo ello, nos lleva al análisis de la posición adoptada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública en diferentes Resoluciones sobre la guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. El registrador Alberto Muñoz Calvo, en su trabajo La doctrina de la DGSJFP sobre las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica³⁹, tras analizar los principios básicos sobre los que se asientan las decisiones del Centro Directivo, analiza una serie de Resoluciones, entre las que encontramos la, a su juicio muy acertada pero ciertamente muy controvertida, Resolución de 19 de enero de 2024 (publicada en el BOE el 23 de febrero de 2024). Sintetiza el citado autor esta relevante Resolución:

“Esta importante Resolución vuelve a enfatizar la idea del equilibrio competencial entre operadores jurídicos que resulta de la correcta aplicación del esquema de

³⁹ CASAS ROJO, J. C, “La doctrina DGSJFP sobre las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica”, Notarios y Registradores, 25 de septiembre de 2024 (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/la-doctrina-dgsjfp-sobre-las-medidas-de-apoyo-al-ejercicio-de-la-capacidad-juridica/>; última consulta 8 de febrero de 2026).

apoyos instaurado por la LAPD. Analiza acertadamente la institución de la guarda de hecho, como una medida de apoyo de carácter informal de gran relevancia en la nueva regulación legal, pero cuya operatividad debe estar supeditada al necesario control judicial sobre todo si se da el caso de ser una situación sobrevenida (por preexistir una medida de apoyo de carácter judicial como así era el caso en el supuesto analizado), ocasionada porque las personas que ostentaban la representación legal habían fallecido.

El Centro Directivo determina además las funciones que en la esfera civil competen al guardador de hecho, esencialmente de naturaleza asistencial (requiriendo, por tanto, la presencia de la persona con discapacidad en el acto jurídico), y solo excepcionalmente de naturaleza representativa, como en los casos de indudable trascendencia práctica en la vida real que expone el art. 264 del CC y que desarrolla brillantemente el Informe interpretativo de esta institución por parte de la Fiscalía de Sala para la Protección de Personas con Discapacidad y Mayores, casos que no requieren la autorización judicial para actuar como representante por parte del guardador de hecho, como la solicitud de una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, o la realización de actos jurídicos sobre bienes de la persona que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

Fuera de esos actos que pueden revestir una cierta cotidianidad o recurrencia necesaria para el desenvolvimiento vital de la persona, relativos a trámites burocráticos o de razonable disposición de dinero en las entidades bancarias, cualesquiera otros que entrañen facultades representativas por parte del guardador de hecho requerirán autorización judicial, como exige el mismo art. 264 del CC y resultaba en el caso tratado, en el que el acto de formación de inventario de los bienes de la herencia por parte del contador-partidor y la citación a los representantes legales de la persona necesitada de medidas de apoyo resultaba inexcusable por exigirlo así el art. 1057 del CC y dada su indudable trascendencia jurídica, pues entre otras cosas de esta formación de inventario derivarán decisiones relevantes para el concreto fenómeno sucesorio de que se trate y que afectarán a la esfera jurídica de la persona con discapacidad, tanto decida finalmente aceptar como si decide repudiar la herencia (uno u otro actos

inexcusables para la eficacia o ineficacia definitiva de la partición realizada por el contador-partidor y de naturaleza personalísima, que ha de efectuar la propia persona según el art. 996 del CC, o su representante legal quien, en el supuesto de repudiación, habría de contar con la preceptiva autorización judicial, ex arts. 264 y 287 del CC).

En el caso debatido, el contador-partidor testamentario otorga la partición compareciendo además dos de los tres herederos, quienes aceptan la herencia y aprueban las operaciones particiones realizadas, siendo el tercero de los herederos una persona que había sido incapacitada y respecto de la cual se había rehabilitado la patria potestad de sus padres, ambos ya fallecidos. En ningún momento comparece esta persona, entendiendo el notario autorizante que no procede la citación a los representantes legales del “discapacitado” (sic) para la formación del inventario, ni tampoco consta medida de apoyo a la discapacidad que así lo exija.

El registrador califica negativamente el título presentado, haciendo estas interesantes consideraciones:

Es cierto que en el presente caso el heredero fue declarado incapaz en el año 2002. Pero la Disposición Transitoria V.ª de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, prevé el procedimiento de revisión de las medidas establecidas con anterioridad en relación con el discapaz. Por tanto, podría haberse procedido a dicha revisión para que el juez determine cuales son las medidas de apoyo que precisa don F. A. y, a la vista de dicha decisión judicial, saber cómo ha de actuarse en los casos del art. 1057 del CC. Lo que en ningún caso es posible es entender que, por el hecho de que los titulares de la patria potestad rehabilitada hayan fallecido, la persona afectada por una discapacidad declarada judicialmente carece de medida alguna de protección y ayuda en el ejercicio de su capacidad, y que, por tanto, no es aplicable lo establecido en los últimos párrafos del mencionado art. 1057

(...) El actual artículo 264 del CC, tras la redacción dada por esta Ley de reforma, señala en su párrafo primero: “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 (...)”.

A la vista de la normativa expuesta, ha de entenderse que los dos hermanos que actúan como guardadores de hecho son los que en efecto deben asumir la representación de los intereses de don F. A. en el trámite de citación a la formación de inventario que prevé el ya citado art. 1057 del CC. Y para ello habrán de obtener la preceptiva autorización judicial que establece el expuesto párrafo primero del art. 264 del CC. Todo ello, salvo que, en aplicación de la DT V.ª de la Ley 8/2021, acudan al juez para que determine las medidas de apoyo aplicables en este caso para auxiliar a don F. A. en el ejercicio de su capacidad, en cuyo caso a estas habría que atenerse.

La DGSJFP confirma la nota de calificación desestimando el recurso que se había interpuesto, al entender que compete exclusivamente al juez la determinación de la medida de apoyo más idónea en este caso de ineficacia sobrevenida de la patria potestad rehabilitada, señalando además que los hermanos que manifiestan ejercer la guarda de hecho deberían haber puesto en conocimiento de la autoridad judicial la circunstancia de haber fallecido los padres y representantes legales de su hermano, promoviendo al efecto el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, estando legitimados para ello según el art. 42 bis a) de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Citando las anteriores Resoluciones de 9 y R. 20 de octubre de 2023, recuerda que según el art. 1057 del CC es preceptiva la citación a los representantes legales de la persona con discapacidad para la formación de inventario en la partición de herencia realizada por contador-partidor. Asumiendo aquí provisionalmente quienes dicen ejercer la guarda de hecho tal representación, resulta imprescindible la autorización judicial porque esa función representativa en la formación de inventario, aun sin haberse prestado ningún consentimiento en nombre del hermano, excede de los supuestos excepcionales previstos en el art. 264 del CC y

que se circunscriben a los actos jurídicos de escasa relevancia económica y que carecen de especial significado personal o familiar.”⁴⁰

La citada Resolución, en mi opinión, acierta en la configuración de la guarda de hecho como asistencial, sin perjuicio de que por las circunstancias concurrentes pueda establecerse como representativa, pues ello es lo congruente con el espíritu de la ley 8/2021, y en la exigencia de la citación de los representantes legales de la persona con discapacidad, no bastando la manifestación, un tanto ligera, de que “Del mismo modo, no habiendo padres ni tutores, no procede la citación de los representantes legales del discapacitado para la formación del inventario”, pues estos pueden ser otras personas. Sin embargo, entendemos que, de haberse producido esa citación, resulta a todas luces excesiva la exigencia de autorización judicial para ello: el momento relevante para dicha exigencia el de la aceptación de la herencia sin beneficio de inventario, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 264 en conexión con el 287, que podrá ser posterior al otorgamiento de la escritura pública otorgada por el contador partidor como reiteradamente ha indicado la propia DG.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La Ley 8/2021 ha introducido un cambio de paradigma en el sistema de protección de las personas con discapacidad, al sustituir el modelo tradicional de incapacitación judicial por un sistema basado en apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. El nuevo modelo parte del respeto a la dignidad, a la autonomía personal y a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, tal como lo dispone la Convención de Nueva York de 2006.

SEGUNDA. El giro operado por la Ley 8/2021 no se produce de forma repentina en nuestro ordenamiento, sino que ya había sido anticipado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con anterioridad a la reforma. Diversas resoluciones ya habían hecho hincapié en la necesidad de dejar atrás las soluciones uniformes y de adaptar las medidas de

⁴⁰ Resolución de 19 de enero de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Almendralejo a la inscripción de una escritura de partición de herencia (BOE núm. 48, de 23 de febrero de 2024, BOE-A-2024-3513).

protección a la situación concreta de cada persona, defendiendo un sistema flexible de apoyos configurado como un verdadero “traje a medida”. En algún aspecto podría decirse que la reforma ha sido más semántica que real, pues la jurisprudencia había ido amoldando las disposiciones legales a las exigencias derivadas de los Tratados internacionales, singularmente la Convención de Nueva York.

TERCERA. En este nuevo contexto normativo, la guarda de hecho ha sufrido una profunda transformación jurídica. Si antes se la consideraba una situación provisional o residual, ahora se convierte en una verdadera medida de apoyo reconocida por el ordenamiento jurídico, que se puede mantener en el tiempo siempre y cuando resulte apropiada y suficiente para atender a las necesidades de la persona con discapacidad.

CUARTA. La aplicación práctica de la guarda de hecho plantea, además, importantes cuestiones en ámbitos sectoriales específicos. En el ámbito sanitario, la falta de adaptación de la Ley de Autonomía del Paciente al nuevo sistema de apoyos genera tensiones normativas en relación con el consentimiento informado. En el ámbito de la residencia, la entrada de personas con discapacidad o con deterioro cognitivo en centros de residencia continúa planteando problemas jurídicos relativos a la necesidad de autorización judicial y a la protección del derecho fundamental a la libertad personal.

QUINTA. La guarda de hecho plantea también interrogantes en otros ámbitos como el tributario, donde todavía no existe una doctrina jurisprudencial consolidada sobre los efectos de las actuaciones administrativas dirigidas directamente a personas con discapacidad sin intervención de la persona que les presta apoyo. Todo ello muestra la necesidad de ir adaptando los distintos sectores del ordenamiento jurídico al nuevo modelo de apoyos que establece la Ley 8/2021.

SEXTA. Al no existir una regulación específica acerca de la acreditación de la guarda de hecho, la práctica jurídica ha desarrollado diversos mecanismos para su constatación, destacando entre ellos la intervención judicial a través de expedientes de jurisdicción voluntaria, el acta notarial de notoriedad y, en determinados ámbitos como el bancario, la utilización de declaraciones responsables. Dentro de estos instrumentos, el acta notarial de notoriedad se ha impuesto como uno de los más eficaces mecanismos para dotar de seguridad jurídica a una situación de hecho sin desnaturalizar su carácter informal.

SÉPTIMA. La función notarial adquiere especial relevancia como instrumento para dotar de seguridad jurídica a las actuaciones realizadas por los guardadores de hecho. El acta notarial de notoriedad resulta un mecanismo especialmente adecuado para constatar la existencia de la guarda de hecho y facilitar su operatividad en el tráfico jurídico, posibilitando acreditar una situación de hecho sin desnaturalizar el carácter flexible de esta medida de apoyo.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).

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 en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021).

Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela (BOE 26 de octubre de 1983).

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 16 de diciembre de 2006).

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE 15 de noviembre de 2002).

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE 18 de diciembre de 2003).

Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 (BOE de 7 de julio de 1944).

JURISPRUDENCIA

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.^a), núm. 273/2018, de 4 de mayo.

Auto de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.^a), núm. 184/2025, de 22 de julio (Rollo de apelación núm. 754/2025).

Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10.^a), núm. 106/2025, de 17 de febrero (ECLI: ES: APV:2025:117A).

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 11 de febrero de 2026, recurso de casación núm. 495/2025.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4.^a), núm. 252/2025, de 11 de abril (ECLI: ES: APBI:2025:963).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 31.^a), núm. 444/2025, de 18 de diciembre (ECLI: ES: APM:2025:15860).

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 34/2016, de 29 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 132/2016, de 18 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil) núm. 373/2016, de 3 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil) núm. 66/2023, de 23 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1443/2023, de 20 de octubre (ECLI: ES:TS:2023:4212).

RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

Fiscalía General del Estado, Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad.

Resolución de 19 de enero de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Almendralejo a la inscripción de una escritura de partición de herencia (BOE núm. 48, de 23 de febrero de 2024, BOE-A-2024-3513).

OBRAS DOCTRINALES

CARCÁLES BERNABEU, P., “Guarda de hecho o curatela. El dilema judicial en la aplicación de la Ley 8/2021 a la luz de la jurisprudencia reciente”, Revista Aranzadi de Jurisprudencia (RAJ), 2025.

ELIZARI URTASUN, L., “Ingresos de personas mayores en centros residenciales. Marco regulador y pronunciamientos constitucionales recientes”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2018.

LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. Y PÉREZ RAMOS, C., “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *El Notario del Siglo XXI*.

PÉREZ VALLEJO, A. M., “Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional de medicina necesaria o asistencial y medicina voluntaria, perfectiva o satisfactiva”, en *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, España, pp. 545-581.

PEREÑA VICENTE, M., “Incógnitas que plantea la nueva regulación de la guarda de hecho: su acreditación, mucho más que una cuestión de prueba”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788, 2022, pp. 91-93.

RUIZ DE HUIDORO DE CARLOS, J. M., *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho Civil*, con la colaboración de M. R. Corripio Gil-Delgado, 3.^a ed., 1.^a reimp., Dykinson, Madrid, 2022.

SANTOS MORÓN, M.^a J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre de Derecho y Economía, Madrid, 2000, pp. 34-55.

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA), Documento interpretativo al Protocolo marco sobre la guarda de hecho, mayo de 2025.

Fiscalía General del Estado y asociaciones bancarias, Documento interpretativo al Protocolo Marco entre la fiscalía general del Estado y las asociaciones bancarias. Documento 1: La guarda de hecho en la Ley 8/2021, julio de 2023.

RECURSOS DE INTERNET

CASAS ROJO, J.C., “La doctrina DGSJFP sobre las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica”, *Notarios y Registradores*, 25 de septiembre de 2024 (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/la-doctrina-dgsjfp-sobre-las-medidas-de-apoyo-al-ejercicio-de-la-capacidad-juridica/>; última consulta: 8 de febrero de 2026).

Consejo General del Notariado, “¿Qué es la guarda de hecho?”, *Notariado.org* (disponible en <https://www.notariado.org/portal/-/%C2%BFqu%C3%A9-es-la-guarda-de-hecho-1>; última consulta: 8 de febrero de 2026).

Consejo General del Poder Judicial, Base de datos de jurisprudencia CENDOJ (disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>; última consulta: 8 de febrero de 2026).

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Prueba de la guarda de hecho”, *IDIBE. Tribuna*, 8 de febrero de 2024 (disponible en <https://idibe.org/tribuna/prueba-de-la-guarda-de-hecho/>; última consulta: 8 de marzo de 2026).

Defensor del Pueblo, “Consentimiento para ingresar en un centro residencial”, *Defensor del Pueblo*, 2017 (disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/resolucion/2017/103247.html>; última consulta: 8 de marzo de 2026).

FAUS, M., “Guarda de hecho y asistencia de personas en Cataluña” (disponible en <https://vlex.es/vid/guarda-hecho-asistencia-personas-631552493>; última consulta: 8 de marzo de 2026).

GOMÁ LANZÓN, F., “El guardador de hecho en la Ley 8/2021”, *Hay Derecho*, 26 de diciembre de 2022 (disponible en <https://www.hayderecho.com/2022/12/26/el-guardador-de-hecho-en-la-ley-8-2021/>; última consulta: 8 de febrero de 2026).

OTROSÍ, “El Supremo determina la procedencia de una curatela representativa cuando la guarda de hecho no cubra las necesidades provocadas por la discapacidad” (disponible en <https://www.otrosi.net/el-supremo-determina-la-procedencia-de-una-curatela->

representativa-cuando-la-guarda-de-hecho-no-cubra-las-necesidades-provocadas-por-la-discapacidad/; última consulta: 8 de marzo de 2026).

“La guarda de hecho: doctrina más reciente del Tribunal Supremo”, Noticias Jurídicas (disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/19016-la-guarda-de-hecho-doctrina-mas-reciente-del-tribunal-supremo/>; última consulta: 8 de febrero de 2026).

“¿Qué es en realidad un guardador de hecho?”, Notarios y Registradores (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/que-es-en-realidad-un-guardador-de-hechoi/>; última consulta: 8 de febrero de 2026).