

DOCUMENTO INTERPRETATIVO AL PROTOCOLO MARCO ENTRE FGE Y ASOCIACIONES BANCARIAS

DOCUMENTO 1

La guarda de hecho en la Ley 8/21

Fecha de publicación: julio de 2023

El Protocolo Marco suscrito entre el sector bancario y Fiscalía General del Estado, con el acompañamiento como observador del Banco de España, fija entre sus objetivos la puesta en marcha del Grupo de Trabajo. Fruto del proceso deliberativo, se difunde el primer Documento interpretativo sobre la medida de apoyo informal, reconocida en la Ley 8/21: la guarda de hecho.

Índice

I.-	La guarda de hecho en la Ley 8/2021: apoyo natural, informal y prevalente para las personas con discapacidad.....	4
II.-	La ley como título habilitante de la guarda y su acreditación en el tráfico jurídico.....	5
III.-	Las modalidades asistencial y representativa del ejercicio de la guarda.....	6
IV.-	La actuación representativa del guardador: actuación directa y supuestos de necesidad de autorización judicial.....	7
V.-	La actuación directa del guardador en el ámbito de la escasa relevancia económica.....	8
VI.-	La declaración responsable ante la entidad bancaria.....	10
-	Finalidad.....	10
-	Sujetos.....	10
VII.-	Contenido de la declaración responsable: acceso a la información bancaria, productos vinculados, operativa y límites.....	11

I.- La guarda de hecho en la Ley 8/2021: apoyo natural, informal y prevalente para las personas con discapacidad

La guarda de hecho de las personas con discapacidad, principalmente a través de su entorno familiar, es una realidad sociológica ampliamente extendida en nuestro país. El sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad articulado por la Ley 8/2021 refuerza la consideración de la guarda de hecho como medio de apoyo de naturaleza informal. Su eficacia jurídica se reconoce directamente por ministerio de la ley a partir de la constatación de su existencia en el caso concreto.

A diferencia de la regulación anterior, en la que la guarda de hecho se contemplaba como una situación transitoria, en la legislación vigente, por el contrario, la guarda de hecho se contempla como un medio de apoyo duradero al cual la ley da prevalencia respecto de las medidas de apoyo judiciales. Esa preeminencia supone que la judicialización de los apoyos no procederá allí donde exista guarda de hecho adecuada y suficiente.

En consecuencia, la guarda de hecho, donde exista, se debe preservar, garantizando su ejercicio en la forma más compatible posible con la voluntad, deseos y preferencias del guardado —en quien reside la facultad de ponerle fin interesando que el apoyo se organice de otro modo—, sin perjuicio de que, dada la flexibilidad y compatibilidad de los diversos medios de apoyo establecida en la nueva regulación, la guarda de hecho pueda ser complementada con los apoyos notariales o judiciales que su insuficiencia parcial pudiera requerir, o con las salvaguardas oportunas en garantía de su correcto funcionamiento.

La garantía y respeto a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad compete, en razón de su eficacia horizontal, no solo a las instituciones y poderes públicos, sino también a todos los ciudadanos y entidades privadas en sus relaciones particulares. De ahí la importancia de la colaboración entre instituciones y entidades prestadoras de servicios —como son las entidades bancarias, ya que la facilitación de

su operativa es esencial a fin de garantizar la autonomía financiera de las personas con discapacidad— en orden a convenir instrumentos de buenas prácticas y pautas de actuación que a modo de *soft law* contribuyan a consolidar el camino que traza la nueva legislación.

II.- La ley como título habilitante de la guarda y su acreditación en el tráfico jurídico

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. Difícilmente 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.

III.- Las modalidades asistencial y representativa del ejercicio de la guarda

La naturaleza de la actuación del guardador, puesta en relación con la voluntad de la persona con discapacidad, es híbrida, variable y gradual entre los extremos que constituyen las dos opciones básicas de apoyo posibles: de una parte, la mera asistencia, acompañamiento o colaboración con aquel guardado que conserva habilidades para tomar decisiones y actuar —con dicho apoyo— por sí mismo; de otra parte, la actuación del guardador en representación de aquel guardado que presenta un mayor deterioro de dichas facultades.

La actuación del guardador recorrerá así, gradualmente, la horquilla que se dibuja entre esos dos extremos, según las menores o mayores dificultades que existan para que la voluntad del guardado se manifieste por sí misma. Entre ambos, podrá darse, de forma

adicional a la asistencia, una actuación representativa del guardador fundamentada en las concretas autorizaciones que a tal efecto confiera la persona con discapacidad que puede expresar su voluntad.

En todo caso, el guardador actuará con el máximo respeto posible a los deseos y preferencias del guardado, directamente manifestados o evidenciados en su trayectoria vital.

Estas circunstancias en relación con las posibilidades y dificultades de acceder a la voluntad del guardado son, en muchos de los supuestos, dinámicas, con oscilaciones en su intensidad. A ese dinamismo deben responder las herramientas prácticas, dotándolas de la suficiente amplitud y flexibilidad, mediante instrumentos que contemplen los diferentes supuestos a fin de que puedan dar cobertura la diversa intensidad de la intervención del guardador.

IV.- La actuación representativa del guardador: actuación directa y supuestos de necesidad de autorización judicial

A su vez, en el supuesto de que la voluntad de la persona con discapacidad resulte inaccesible, se pueden distinguir dos modalidades de ejercicio de la guarda representativa: de una parte, la actuación representativa directa, por sí mismo, del guardador; de otra parte, la actuación representativa necesitada de autorización judicial.

Estas posibilidades de actuación representativa del guardador, así como sus límites, están contemplados en la ley por remisión a conceptos jurídicos indeterminados, igualmente necesitados de precisión.

Con carácter general puede convenirse que el apoyo directo ejercitable por el guardador por sí mismo, sin necesidad de autorización judicial, se identifica con la gestión común, diaria, habitual, de las necesidades ordinarias del guardado.

Así, con arreglo a la ley, en el ámbito personal, la actuación directa del guardador quedará circunscrita a todo aquello que no suponga actuación “de trascendencia personal o familiar”, ya que, en otro caso, requerirá de autorización judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 287.1 CC. Dicha “trascendencia personal o familiar” deberá interpretarse como referida a aquellas decisiones que supongan cambios sustanciales en su modo de vida, con arreglo a su trayectoria vital, como podría ser, a modo de ejemplo, el cambio de residencia habitual.

En el ámbito patrimonial, la pauta legal establece la posibilidad de actuación directa en representación de la persona, sin necesidad de autorización judicial, respecto de dos aspectos: de una parte, en relación con “la solicitud de prestaciones económicas que no supongan un cambio significativo en la forma de vida”; y, de otra parte, en el ámbito de la gestión económica para todas aquellas operaciones que no superen el límite de una “escasa relevancia económica” y no afecten a “bienes de especial significado personal o familiar”.

V.- La actuación directa del guardador en el ámbito de la escasa relevancia económica

Este límite de “escasa relevancia económica” constituye el concepto jurídico indeterminado más necesitado de concreción práctica. En esa tarea, la interpretación sistemática del conjunto normativo conduce necesariamente a un enfoque amplio sobre dicho límite ya que, de otra manera, un enfoque restrictivo dejaría un exiguu margen de actuación al guardador, en franca contradicción con los principios generales de la reforma.

No puede perderse de vista que la ley vigente ha hecho de la guarda la primera alternativa al apoyo judicial en defecto de apoyos voluntarios formalizados en escritura pública. Una interpretación que condujera a judicializar toda la actuación ordinaria y natural del guardador vulneraría abiertamente dicho principio.

Así, en términos de buenas prácticas, se puede convenir que el espacio delimitado bajo el concepto de “escasa relevancia económica” comprende toda actuación relativa a la atención de los ingresos y gastos ordinarios y habituales del guardado, con arreglo a su trayectoria vital. También alcanzaría a la atención de gastos no habituales que deriven de la conservación ordinaria de los elementos precisos para satisfacer sus necesidades ordinarias.

No presenta dificultades la categorización como tales de los gastos y disposiciones finalistas que respondan a cargos habituales en cuenta o contra factura por tratarse de la atención de necesidades básicas de cuidado personal, habitación, alimentación, vestido o salud; gastos relativos a la conservación ordinaria de su patrimonio en la parte necesaria para asegurar su disponibilidad para sus necesidades de cuidado; pago de suministros y prestaciones de servicios vitales; finalmente, otros gastos que, sin ser esenciales para su cuidado, sean acordes con sus deseos y preferencias y se hubieran consolidado en su trayectoria anterior siempre que sean acordes a sus medios y posibilidades.

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

Cuando se superen los límites de la actuación de “escasa relevancia económica”, así interpretada, cualquier otra actuación representativa del guardador quedaría sujeta a la previa autorización judicial ex artículo 264.1 CC y, en particular, así sería necesario en todos los concretos supuestos a los que, por remisión de este, se refieren los restantes números del artículo 287 del mismo texto legal.

VI.- La declaración responsable ante la entidad bancaria

- Finalidad

Considerando la necesidad, ya expuesta, de concretar los diversos conceptos jurídicos que en la ley han quedado indeterminados, la fórmula de declaración responsable ante la entidad bancaria se muestra como buena práctica para garantizar la salvaguarda de su adecuado ejercicio, especialmente en ausencia de obligación de rendir cuentas periódicas a la fiscalía o a la autoridad judicial.

- Sujetos

El documento será suscrito por el titular del producto bancario que comunica a la entidad la existencia de la guarda de hecho y firmado por el guardador (o guardadores en caso de pluralidad en el apoyo). La persona titular deberá disponer del apoyo que precise para emitir su declaración de voluntad, pudiendo estar acompañado de persona de su confianza durante las explicaciones que se le realicen desde las entidades bancarias en lenguaje claro y sencillo.

Los documentos que se desarrollen por las entidades bancarias deberán contemplar las diversas situaciones respecto de las modalidades de la guarda antes descritas. Así, han de distinguirse los supuestos en los que la persona titular, con los apoyos precisos, puede transmitir su voluntad, de aquellos otros en los que el acceso a dicha voluntad no sea posible. En estos últimos, que deberán ser objeto de especial atención, cobra especial relevancia como medio probatorio el acta de notoriedad.

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. A falta de dicha expresión de voluntad, difícilmente podrá admitirse por la entidad bancaria la mera declaración del guardador cuando no pueda mostrar una vinculación próxima y suficiente con el

guardado. Nuevamente el acta de notoriedad acreditará en su caso la adecuación de dicha guarda de hecho.

El marco normativo no excluye la posibilidad de que la guarda sea ejercida por más de una persona. En consecuencia, no hay fundamento para rechazar tal posibilidad. En cualquier caso, la voluntad de la persona con discapacidad será el primer criterio a considerar tanto para resolver la acreditación de la guarda de hecho como la forma en que deberán conducirse los guardadores, si fueran varios y, en defecto de esta, como buena práctica, será aconsejable alcanzar acuerdos entre sí en los que, o bien se establezca la delegación de la interlocución en uno de ellos, o bien se acuerde la actuación indistinta, especialmente en relación con la gestión económica ante entidades financieras.

Dicha gestión indistinta será la forma natural de ejercicio de la guarda cuando anteriormente ya hubiera sido desarrollada conjuntamente por los progenitores respecto de menores con discapacidad que hayan alcanzado la mayoría de edad. En estos casos, la acreditación podrá venir derivada bien de la propia manifestación del titular mayor de edad bien de la propia actuación precedente de los padres, si este no pudiera expresar su voluntad.

De otra parte, debe subrayarse que la ley excluye la posibilidad de actuar como guardadores de hecho a quienes prestan servicios asistenciales, residenciales o de análoga naturaleza a la persona con discapacidad. Por ello, el documento de declaración responsable recuerda las prohibiciones legales e incompatibilidades de los prestadores de apoyos.

VII.- Contenido de la declaración responsable: acceso a la información bancaria, productos vinculados, operativa y límites

También la voluntad del guardado, cuando haya sido posible obtenerla, marcará la pauta en la definición de la operativa de gestión ante la entidad bancaria.

Para facilitar el desarrollo de la expresión de la voluntad y preferencias de la persona titular en los documentos y operaciones bancarias, la entidad bancaria le ofrecerá información en las adecuadas condiciones de comprensión y accesibilidad. En el ejercicio de su voluntad, el titular podrá utilizar la asistencia como persona de apoyo de su guardador de hecho, sin perjuicio de auxiliarse de forma complementaria por otra persona de su confianza, o un facilitador o profesional que le ayude a la comunicación. Al guardador de hecho le corresponderá asistir al titular en la comprensión de los términos y consecuencias de la declaración responsable y colaborar en la conformación de su voluntad y, de ser preciso, aportar las adaptaciones a la comunicación que pueda necesitar para expresar esta.

Esta voluntad será especialmente determinante en cuanto a la habilitación de acceso a información y sus límites debido a las exigencias derivadas de la legislación de protección de datos.

La afectación de la intimidad económica que se puede derivar del acceso a la información bancaria y financiera debe estar presente a la hora de extremar las cautelas respecto de dichos accesos por parte del guardador. La declaración responsable resultará idónea y útil para la mayor concreción y condicionamiento de dicho acceso y sus límites, cuando sea firmada por el titular. En el caso de que la persona no pueda expresar su voluntad autorizándolo, el acceso por el guardador lo será a la información necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la guarda de hecho y constituirá una actuación de representación necesaria para la asistencia ordinaria prevista en el artículo 264 párrafo 3.º, exenta de autorización judicial. Su finalidad instrumental a la previsión legal de la guarda de hecho es el título legitimador del acceso, de conformidad con el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*.

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.

Esta práctica será especialmente conveniente cuando en las cuentas anteriores del guardado concurren otros titulares o autorizados. El guardador de hecho carecerá de acceso siquiera consultivo si no cuenta con la autorización de todos los cotitulares. Incluso, si la cotitularidad lo fuera con el/los guardador/es, sería recomendable la baja voluntaria como titular del/de los guardador/es, a fin de evitar confusión de patrimonios y disposiciones de los mismos, ya fuera en beneficio propio o de la persona con discapacidad.

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

En consecuencia, la declaración responsable ante la entidad financiera reflejará, entre otros, los siguientes contenidos: la identificación de los sujetos intervinientes; la relación de parentesco o vínculo que les une, el alcance y modalidad de la actuación del guardador o guardadores ante la entidad; los niveles de acceso a la información bancaria; las autorizaciones de gestión operativa; la precisión y adecuación al caso concreto —sobre los referidos índices de referencia— 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; la especificación de la ya citada cuenta bancaria de referencia para la operativa a desarrollar con la intervención del guardador y la relación de los productos vinculados a la misma.