

La guarda de hecho y su régimen de funcionamiento en la Ley 8/2021*

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Sevilla

*A D. Antonio Gordillo Cañas,
Catedrático de Derecho civil,
en expresión de agradecimiento
por su magisterio sin par.*

RESUMEN

Aunque conocida desde antiguo, el reconocimiento pleno de la guarda de hecho como medida de apoyo a personas con discapacidad se ha producido por obra de la Ley 8/2021. Para el debido entendimiento de la misma y de su régimen de funcionamiento, ahora bien, no basta con proceder a través de referencias generales al nuevo sistema instaurado por esa Ley en nuestro Ordenamiento, sino que es preciso un estudio detenido de esa figura así como de determinadas cuestiones en tema de discapacidad que, aun siendo de orden general, inciden directamente en ella. Este trabajo acomete ese estudio, y lo hace tanto desde un punto de vista teórico como práctico.

PALABRAS CLAVE

Personas con discapacidad. Noción y función de la guarda de hecho. Régimen de funcionamiento. Guarda de hecho, tráfico jurídico, Notarios y Registradores. Salvaguardas.

* Trabajo realizado al amparo del Proyecto de investigación «Reforma del Derecho de Sucesiones: legítimas, liquidación de deudas, herencia digital y discapacidad» (US-1381625), I+D+i FEDER Andalucía, financiado por la Junta de Andalucía (Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad).

De facto guardianship and its regime in Act 8/2021

ABSTRACT

Although de facto guardianship has been known for a long time, its full recognition as a measure provided to support people with disabilities has taken place as a result of Act 8/2021. For a proper understanding of it, however, it is not enough to proceed through general references to the new system established by that Act in our legal system. It is necessary to study carefully that figure, as well as to study certain issues that, although of a more general nature in terms of disability, have a direct impact on it. This work undertakes that study, and it does so from both a theoretical and a practical point of view.

KEYWORDS

People with disabilities. Notion and function of de facto guardianship. Its operating regime. Legal traffic, de facto guardianship, Notary public and property Registry. Safeguards.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *La guarda de hecho, en general.* 1. Evolución de la figura, y noción de la misma. 2. Función de la guarda de hecho en el sistema actual. Tipos de apoyo, y criterio rector de los mismos. 2.1 Apoyo de carácter asistencial. 2.2 Apoyo de carácter representativo.–III. *La guarda de hecho con función asistencial.* 1. Posibilidad que tienen las personas con discapacidad de realizar por sí mismas actos y contratos, cuando el apoyo es de carácter asistencial. 2. Sobre si las personas con discapacidad pueden realizar actos y negocios por sí solas, o precisan para ello la intervención del guardador. Alcance de la actuación del guardador. 3. Sobre la impugnación de actos y negocios realizados por personas con discapacidad sin el apoyo asistencial que precisan. 3.1 Consideraciones generales. 3.2 La concreta acción de impugnación y su régimen. 3.3 Valoración crítica del régimen de impugnación dispuesto hoy en nuestro Derecho para este caso.–IV. *La guarda de hecho representativa.* 1. Antecedentes y situación actual. 2. La función representativa del guardador en nuestro Derecho, hoy. 2.1 Sobre cuándo procede el apoyo con función representativa. 2.2 Requerimientos adjetivos para el desenvolvimiento del apoyo con función representativa. A) La regla: necesidad de autorización judicial. B) La excepción: casos no necesitados de autorización judicial. 3. Impugnación de actos y negocios realizados sobre intereses de persona con discapacidad que precisa apoyo representativo, cuando en su realización adolecen de algún defecto. 3.1 Actos y negocios realizados directamente por la persona con discapacidad. 3.2 Actos y negocios realizados por el guardador sin autorización judicial, cuando ésta es necesaria. 3.3 Actos y negocios realizados por el guardador sin autorización judicial, cuando ésta no es necesaria pero con su realización se causa lesión económica a la persona guardada. 3.4 Actos y negocios realizados por el guardador con autorización judicial, cuyos efectos resultan perjudiciales para la persona con

discapacidad.–V. *Guarda de hecho, tráfico jurídico, Notarios y Registradores.* 1. En caso de apoyo asistencial. 1.1 Sobre la actuación del Notario, cuando la persona de apoyo no concurre al acto o negocio que la persona con discapacidad quiere realizar. 1.2 Sobre cómo acreditar la condición de guardador, cuando éste concurre al acto o negocio que la persona con discapacidad va a realizar. 1.3 Sobre cómo constatar y documentar el apoyo asistencial prestado por el guardador, cuando se da. 1.4 Sobre la calificación de los títulos que se presentan al Registro de la Propiedad, y los medios a emplear para ello por el Registrador. 2. En caso de apoyo representativo. 2.1 Sobre la realización de actos o negocios por parte del guardador en representación de la persona guardada, y su documentación. 2.2 Sobre la calificación de los actos realizados por el guardador representativo, cuando se pretenden inscribir en el Registro de la Propiedad.–VI. *Las salvaguardas o medidas de control de la guarda de hecho.* 1. Salvaguardas legales. 2. Salvaguardas judiciales.–Bibliografía.–Jurisprudencia.

I. INTRODUCCIÓN

El 13 de diciembre de 2006 fue aprobada en Nueva York, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, una Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹ que ha venido a establecer que estas personas tienen plena capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y que los Estados firmantes de la misma quedan obligados a adoptar cuantas medidas sean pertinentes para proporcionarles los apoyos que precisen en orden a ejercitar esa capacidad en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad².

La operatividad de esta Convención abarca en principio todos los casos de discapacidad, esto es tanto los de índole física como los de naturaleza psíquica³, pero cuando se trata de estos últimos es

¹ Fruto de iniciativas diversas que se habían ido sucediendo a lo largo de varias décadas. Una exposición sintética al respecto puede verse en LESCANO, 2017, pp. 266-269. *Vid.* también VIVAS, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 7, 2010, notas 2 y 3.

² Así se establece en el artículo 12 de la Convención, que constituye el pilar básico en relación con los procesos de toma de decisiones por las personas con discapacidad. Reconocer a las personas con discapacidad la dignidad que les corresponde, y remover las dificultades que éstas encuentran para poder actuar en la vida jurídica en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, estimó la Convención que era una cuestión de derechos humanos, siendo en consecuencia su objetivo promover, proteger y asegurar el goce pleno de éstos por parte de tales personas. Los principios que informan esta Convención se recogen en su artículo 3, destacando entre ellos, a los efectos que aquí interesan, los de respeto a la dignidad de las personas, a su autonomía individual, a la libertad de tomar sus propias decisiones, a su independencia y a la no discriminación. Para una exposición de los distintos modelos explicativos de la discapacidad, de su evolución, y de cómo han sido determinantes del tratamiento de la cuestión en la Convención de Nueva York, *vid.* ÁLVAREZ LATA SEOANE, en *Derecho Privado y Constitución*, 2010, núm. 24, pp. 14-22.

³ El artículo 1.2 de la Convención, en efecto, procede sobre la base de un entendimiento amplísimo de su término subjetivo de referencia, al entender por personas con

idea ampliamente extendida que las disposiciones de la Convención han operado un giro copernicano en el tratamiento de la cuestión desde el punto de vista jurídico –un cambio de paradigma, es expresión que también se utiliza con gran frecuencia–. Es así, se dice, porque esta Convención fuerza a los Ordenamientos a cambiar radicalmente su modo de proceder en el tema, ya que, en lugar de recurrir a la sustitución de las personas con discapacidad por otras sin discapacidad que actúen en su representación al tiempo de tomar decisiones y realizar actos atinentes a los intereses de aquéllas –como se apunta que tradicionalmente han venido haciendo–, ahora han de disponer un sistema en el que sean las propias personas con discapacidad las que decidan y actúen por sí mismas, proporcionándoles los apoyos que precisen para poder hacerlo en igualdad de condiciones que las demás personas⁴. Apoyos, éstos, que deben además ajustarse a las pautas establecidas en la propia Convención: en particular, han de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad; ser proporcionados y adaptados a las circunstancias de cada caso; aplicarse en el plazo más breve posible; y prestar especial atención a los intereses personales de dichas personas, sin circunscribirse a los de índole patrimonial –enfoque este último que, también según se dice, ha primado hasta ahora en los Ordenamientos jurídicos–⁵.

discapacidad todas aquellas «que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás». *Vid.* también el Preambulo de la Convención, en su letra e).

⁴ A este respecto, y en coherencia con la amplísima noción de personas con discapacidad sobre la que procede la Convención de Nueva York, establece la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (2014) que apoya «es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades» (núm. 17), y que «el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidades» (núm. 18). En términos más claros explica esto GARCÍA RUBIO cuando afirma que «apoyo es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona discapacitada. (...) apoyo –añade– es un término... amplio que a veces puede encontrarse en realidades puramente fácticas y que en otras requerirá una más acabada construcción técnico-jurídica» (2017, p. 11).

⁵ También deben evitar los conflictos de intereses y la influencia indebida, y deben estar sometidos a control por parte de un juez o una autoridad competente. *Vid.* artículo 12.4 de la Convención. El objetivo pretendido por la Convención es sin duda merecedor de reconocimiento, sin perjuicio de que no compartamos sus planteamientos en todos sus términos. Y sin perjuicio también de que para una valoración precisa del hito que esa Convención ha supuesto resulte necesario contrastar lo dispuesto en ella con la situación previa existente en cada Ordenamiento, pues la situación de partida no era en absoluto semejante en todos los países. Para una visión de conjunto de los cambios que en este tema se han ido produciendo en los últimos tiempos en los países de nuestro entorno, *vid.* GARCÍA-RIPOLL AC 1999-2, núm. 21, pp. 553-581; ÁLVAREZ LATA SEOANE, en *Derecho Privado y Constitución*, 2010, núm. 24, pp. 49-59; VIVAS, 2012, pp. 31-45 y 52-58; LESCANO, 2017, pp. 277-300.

Esta Convención, en tanto que constitutiva de un tratado internacional, desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado –el 21 de abril de 2008– pasó a formar parte de nuestro Ordenamiento interno y era por tanto de obligado cumplimiento aun cuando no hubiera desarrollo de la misma por parte del legislador. No obstante lo cual, entre nosotros se entendió que para su más adecuada aplicación se hacían precisas derogaciones, modificaciones y adaptaciones de numerosas normas, lo que ha llevado a nuestro legislador a acometer una tarea reformadora de extraordinario alcance, que principió con la aprobación de la Ley 26/2011⁶ y continuó en los años siguientes con otras normas –Real Decreto legislativo 1/2013⁷, Leyes 15/2015 y 4/2017⁸, Ley Orgánica 1/2017⁹ y Ley Orgánica 2/2018¹⁰– hasta llegar a la Ley 8/2021, que pretende ser, si no el último paso en ese sentido, en todo caso sí el más decisivo¹¹. Resultando así que hoy tenemos en España una regulación inspirada de forma clara y directa en la Convención de Nueva York¹², cuya operatividad, aunque naturalmente se proyecta en planos muy diversos, lo hace de un modo principal en el del Derecho civil. Esto es lo que ha determinado que, para acomodar éste a aquélla, se haya derogado casi en bloque la regulación de la materia anteriormente existente en el Código civil¹³ y se haya sustituido por otra basada, según dice el

⁶ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁷ Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En él se refunden la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 49/2007, de 23 de octubre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

⁸ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; y Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁹ Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

¹⁰ Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen electoral general para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

¹¹ 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. *Vid.* su Preámbulo (I).

¹² Aunque el Preámbulo (I) de la Ley 8/2021 la conecta también con nuestra propia Constitución: «*La nueva regulación –dice– está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad en las medidas de apoyo que en su caso pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás*». También es imprescindible considerar aquí el artículo 49 CE, tanto en su redacción inicial como en la actual, obra de la reforma de 15 de febrero de 2024.

¹³ Además, también se ha modificado la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil, la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, y la Ley de Jurisdicción Voluntaria, entre otras.

Preámbulo (III) de la Ley 8/2021, en la idea de que «*las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones*». «*El elemento sobre el que pivota la nueva regulación – explica ese Preámbulo – no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición humana y [que], por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise*», apoyo que además ha de prestarse siempre con «*respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad*». A lo cual se añade, sigue diciendo el Preámbulo, que «*la nueva regulación trata de atender no sólo a los asuntos de naturaleza patrimonial [de las personas con discapacidad], sino también a los aspectos personales*».

Se trata de un cambio que ha determinado el establecimiento en nuestro Derecho de un sistema nuevo¹⁴. En síntesis, ese cambio se puede describir así.

¹⁴ Otra cosa es considerar que en el caso de España ese cambio haya determinado, tal como comúnmente se dice, un giro copernicano o cambio radical de paradigma. Pues si bien a nivel mundial o de determinados países el compromiso alcanzado en la Convención de Nueva York puede ciertamente haber tenido tal efecto, en el caso concreto de España esos términos han de matizarse. Y es que en relación con España no cabe plantear que antes las personas con discapacidad se encontraban privadas o menoscabadas en sus derechos humanos, derechos que ahora, tras la ratificación de la Convención y su posterior desarrollo interno, han venido a serles reconocidos. Ni cabe plantear que hayamos pasado, de una situación en que tales personas eran siempre y necesariamente sustituidas por otras en relación con la toma de cualquier decisión atinente a su vida personal y patrimonial, a otra situación en la que de forma igualmente general, pero de sentido contrario, las personas con discapacidad van a tomar siempre por sí solas sus propias decisiones. Ni que hayamos pasado, de un sistema radicalmente materialista en el que casi sólo se atendía a los intereses patrimoniales de estas personas, a otro marcadamente espiritual en el que el centro principalísimo de atención son los intereses personales de los sujetos con discapacidad, quedando los de índole económica en un plano muy secundario. Y es que, aunque en las denuncias apuntadas hay parte de cierto, un examen ecuánime de nuestro sistema anterior al desarrollo de la Convención de Nueva York no permite concluir con el juicio severísimo que tales consideraciones, tomadas sin más, forzarían a hacerle. Por lo siguiente.

Por un lado, ha de considerarse que en España nadie planteó que con la regulación anterior al sistema actual se lesionaran de forma grave y sistemática los derechos humanos de las personas con discapacidad (esto lo reconoce GARCÍA RUBIO, 2017, p. 10). Siendo así además que hoy, tras la Ley 8/2021, se siguen manteniendo en nuestro Derecho supuestos en los que se excluye o limita el poder de decisión de las personas con discapacidad –en los casos de apoyo representativo–, sin que ello plantea denuncia de lesión a derechos humanos.

Por otro lado ha de tenerse presente que, en el sistema anterior, la sustitución de la persona con discapacidad por otra que actuara en su nombre en la toma de decisiones sobre los intereses de los que aquélla fuera titular –titularidad que en España se le reconocía siempre– no era la única medida existente, pues ese sistema, aparte de la tutela –que sí tenía tal operatividad– regulaba también la curatela, figura en la que era la propia persona titular del derecho o interés la que decidía y actuaba por sí misma, aunque con el complemento de otra. Siendo así además que la Ley procesal exigía, tanto para la tutela como para la curatela, que la sentencia que resolviera el proceso de modificación de la capacidad de obrar concretara de modo preciso el alcance de esa modificación, no pudiendo decretarlo con carácter genérico (artículo 760.1 LEC., en su redacción anterior) (en sentido semejante, PÉREZ DE ONTIVEROS, en *Derecho Privado y Constitución*, 2009, núm. 23, pp. 347-348). Es cierto que esa diversidad de figuras y esa exigencia de concreción no se hacía efectiva en muchos casos –la mayoría–, ya que se decretaba con cierto automatismo la tutela con

El sistema anterior distinguía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, concibiendo la primera como la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones, y la segunda como aptitud para actuar válidamente por sí mismas en la vida jurídica tomando decisiones, celebrando negocios, ejercitando derechos, cumpliendo obligaciones, etc. La primera se reconocía a todas las personas por el mero hecho de serlo, se adquiría con el nacimiento y se mantenía hasta la muerte, tenía un contenido igual para todas las personas, y no podía ser objeto de modificación o restricción. La segunda, en cambio, dependía de la facultad de autogobierno que cada persona tuviera, la que

operatividad general, pero eso constituía un defecto de aplicación de la norma que no forzaba necesariamente a cambiar el sistema –de hecho, en los últimos años los propios tribunales habían empezado a corregir tal modo de hacer–.

Y, por cuanto hace a la tercera idea considerada –que antes se atendía exclusiva o principalmente a los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad, mientras que ahora se invierten los términos para centrar la atención en sus intereses personales–, hay que decir que la misma no se corresponde del todo con la realidad de nuestro Derecho. Por dos razones. Una, porque ya antes de la ratificación de la Convención de Nueva York nuestro Derecho contaba con diversas normas que se ocupaban específicamente de cuestiones personales en relación con sujetos con discapacidad –*v. gr.*, 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; Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia–. Y otra, porque la idea de que las normas aprobadas en España tras la firma de la Convención de Nueva York centran su atención en el aspecto personal de las personas con discapacidad se ve relativizada cuando se advierte que, de los cincuenta y un preceptos que el Código civil, tras su reforma de junio de 2021, dedica a regular las medidas de apoyo a las personas con discapacidad –los artículos 249 a 299: Título XI de su Libro I–, sólo cinco resultan relevantes a este respecto –los artículos 249, 282, 287, 289 y 299–, y que en ellos lo absolutamente predominante, al menos a primera vista, es lo relativo a aspectos patrimoniales: *vid.*, así, que los artículos 249 y 282 no son específicos ni en un sentido ni en otro, pero que los artículos 287 –que tiene 9 números–, 289 y 299 hacen todos referencia a aspectos patrimoniales, salvo el núm. 1 del artículo 287. Y entonces, aunque ciertamente ello no invalida la idea de que la persona es el centro de la regulación de nuestro Derecho –porque ese dato cuantitativo se explica considerando que la vertiente personal del ser humano es cosa más difícil de reducir a normas que sus actuaciones de tipo económico–, en todo caso permite poner en cuestión la afirmación de que la nueva regulación significa en este aspecto un cambio radical con respecto al sistema anterior. Se puede decir que se ha reforzado ahora la atención al plano personal, pero sin pretender que ésta estaba ausente, o casi, en el sistema anterior.

Para respaldar la idea de que nuestro sistema anterior no merecía el juicio tan severo que a veces se le hace, cabe además apuntar que no han faltado entre nosotros pronunciamientos afirmando la compatibilidad de ese sistema con la Convención de Nueva York. Así: *a*) en la jurisprudencia, la STS 29 de abril de 2009 (RJ 2009/2901), seguida de otras muchas: *vid.* SANCHO GARGALLO (2018, pp. 19-23), SÁNCHEZ GÓMEZ (en RDC 2018, pp. 407-412), ANDRÉU MARTÍNEZ (2018, pp. 540-549); *b*) el Informe de fecha 3 de mayo de 2010 presentado por España al Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, y la posterior respuesta enviada por el Gobierno de España a la lista de cuestiones que deben abordarse con carácter previo al examen del Informe inicial (cit. por LÓPEZ BARBA 2020, pp. 42 ss.); y *c*) en la doctrina, PÉREZ DE ONTIVEROS, en *Derecho Privado y Constitución*, 2009, núm. 23, pp. 344-364; RAMS ALBESA, en RCDI 2011, pp. 251 y 253; DE SALAS MURILLO, en *Derecho Privado y Constitución*, 2013, pp. 14 y 45; CERRADA MORENO, 2014, pp. 26 ss.; BOTELLO HERMOSA, en *Revista de Derecho UNED*, 2015, pp. 620-626.

dependía a su vez de su edad y estado psíquico, determinando ello que si bien en principio a las personas mayores de edad se les presumía la tenencia de capacidad de obrar plena, en casos concretos, si la persona en cuestión tenía mermada su facultad de conocer debidamente la realidad, de tomar decisiones racionales, de captar el alcance de los propios actos y de asumir responsabilidad por ellos, su capacidad de obrar podía ser modificada y limitada mediante sentencia dictada en procedimiento judicial específico al efecto¹⁵.

Frente a esto el nuevo sistema se caracteriza, por un lado, por introducir cambios nominales: los términos «incapacidad», «incapaz» e «incapacitado» se sustituyen por «discapacidad» y «personas con discapacidad»; y por otro lado, y sobre todo, por establecer que todas las personas mayores de edad tienen, no sólo aptitud para ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones sino también aptitud para ejercer sus derechos y para tomar decisiones y realizar todo tipo de actos, de la que no pueden ser privados ni se les puede limitar –para reflejar lo cual se suprime la noción de «capacidad de obrar»¹⁶ y se asigna a la de «capacidad jurídica» un contenido nuevo: en ella se integra, no sólo lo que antes se denominaba así

¹⁵ Artículos 199 CC y 760 LEC, ambos en su redacción anterior.

¹⁶ Aunque quizá la eliminación de esa noción no sea tan real como a primera vista puede parecer, ya que el nuevo sistema distingue luego entre «capacidad jurídica» y «ejercicio de la capacidad jurídica», siendo hasta cierto punto razonable pensar que esta última es una noción semejante a la de capacidad de obrar anterior (aunque muchas veces se niegue de palabra, ya sea por convencimiento, ya sea por sometimiento al nuevo lenguaje que en este tema se ha venido a imponer: *vid.* GARCÍA RUBIO, 2017, pp. 10-11; FERRER VARELL, 2022, pp. 599-600). Que las cosas sean realmente como hemos apuntado lo sostienen PÉREZ DE ONTIVEROS, en *Derecho Privado y Constitución*, 2009, núm. 23, pp. 346-347; ÁLVAREZ LATA SEOANE, en *Derecho Privado y Constitución*, 2010, núm. 24, p. 23; RAMS ALBESA, en RCDI 2011, p. 253; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2016, p. 21; PEREÑA, en RDC 2018, pp. 68-70-; VAQUER ALOY, 2022, p. 506; MONJE BALMASEDA, 2022, p. 1120. Es más, cuando no se admite esto y no distingue entre una cosa y otra, ocurre que se acaba llegando a planteamientos enrevesados y hasta difícilmente inteligibles: *vid.*, así, lo dicho por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en la Observación general núm. 1 (2014): «13.– *La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). (...) La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra.... El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad... deja en claro que el "desequilibrio mental" y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental... no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica.*». Se mezclan ahí, como puede verse, una pluralidad de conceptos –capacidad jurídica, capacidad legal, capacidad mental, desequilibrio mental, legitimación para actuar– que introducen confusión, pues, si capacidad jurídica la tienen todas las personas y sin restricciones, y ésta comprende –según se dice– no sólo la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones sino también la de ejercitarlos, habrá que concluir entonces que eso es referible también a los sujetos con desequilibrio mental. Pero, ¿es realmente así? Y si es así, ¿qué es entonces la capacidad mental, que se refiere a aptitud para tomar decisiones y que puede variar de una persona a otra?

sino también lo que antes era «capacidad de obrar»-. La esencia del nuevo sistema radica, según hoy es común afirmar, en reconocer a todas las personas facultad de autodeterminación –se elimina, por ello, el estado civil de incapacitación–, sin perjuicio de que las que tengan discapacidad, para realizar actos de ejercicio de aquélla en igualdad de condiciones que las demás, requieran contar con las oportunas medidas de apoyo, medidas que tienen derecho a que la sociedad y los poderes públicos les proporcionen¹⁷. Cuándo exista discapacidad suficientemente relevante como para precisar apoyo en este sentido, es cosa que hay que valorar en relación con cada persona y con cada caso¹⁸.

Con lo anterior quedan expuestos, a grandes rasgos, la filosofía y los criterios rectores del sistema actualmente vigente en España en tema de discapacidad. Con eso, ahora bien, no basta. Para alcanzar una idea precisa del nuevo sistema se hace necesario un estudio detenido de la regulación dispuesta en él, entre otras razones porque el apoyo referido se puede proporcionar a través de varias figuras. En este trabajo tratamos de hacer ese estudio en relación una de esas figuras –la guarda de hecho–, indagando en qué consiste ésta y cómo funciona hoy. Circunscrito este estudio –importa precisarlo aquí– al supuesto de personas con discapacidad psíquica¹⁹, esto es la que incide en su entendimiento y voluntad²⁰. Este trabajo vale, pues, tanto para personas con discapacidad por razón de deficiencia psíquica como de enfermedad mental o de deterioro mental

¹⁷ Este apoyo será ajustado a cada caso, evitando caer en medidas homogéneas para situaciones diversas entre sí: PALOMINO, 2000, pp. 351-352; CASTRO-GIRONA, 2016, p. 36. De reemplazar la idea de capacidad de obrar plena por la idea de capacidad suficiente para cada acto concreto, hablan en su día CASTRO-GIRONA, 2016, p. 36, y CARRIÓN, 2016, pp. 59-60. Lo dicho supone, por otra parte, que para las personas mayores de edad desaparece la figura de la tutela y su operatividad representativa –i.e., de sustitución–. Lo importante, ha dicho VIVAS, es lograr el máximo ejercicio de los derechos con la mínima limitación de la capacidad de obrar (en *Revista UNED* núm. 7, 2010, p. 572).

¹⁸ *Vid. STS 23 de enero de 2023 (RJ 2023/2350).*

¹⁹ Hacemos esta precisión, porque la determinación amplísima que hace la Convención de Nueva York de su término subjetivo de referencia –todas las personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás (art. 1.2. de la Convención)–, aunque pueda valer a ciertos efectos, a nuestro juicio determina un planteamiento desacertado de la cuestión, en tanto que mezcla cuestiones absolutamente distintas entre sí, cuyo tratamiento, por consecuencia, ha de ser también muy distinto (así también RAMS ALBESA, en RCDI 2011, pp. 217 ss.; y PEREÑA, 2018, pp. 63-65). Lo cual puede repercutir negativamente en la articulación jurídica del tratamiento que se disponga en el tema.

²⁰ La *Assisted Decision-Making (Capacity) Act* irlandesa (núm. 3), del año 2015, conecta esa aptitud con los tres factores siguientes: a) si la persona entiende, o no, la información que resulta relevante para tomar una determinada decisión; b) si la persona retiene, o no, esa información el tiempo necesario para poder tomar una decisión de forma voluntaria; y c) si la persona puede, o no, valorar esa información como parte de un proceso de toma de decisión. Aunque seguramente haya que considerar aquí también la incidencia de trastornos que afectan gravemente al control de los impulsos, generalmente derivados de determinadas adicciones.

derivado de la edad avanzada²¹, y ello tanto si hay reconocimiento oficial de tal discapacidad como si no lo hay²².

II. LA GUARDA DE HECHO, EN GENERAL

1. EVOLUCIÓN DE LA FIGURA, Y NOCIÓN DE LA MISMA

Para llevar a cabo ese estudio, es necesario empezar fijando una serie de premisas.

La primera es determinar la noción de «guarda de hecho». El Código civil no la proporciona de forma explícita, pero, tomando como base la experiencia de la vida y lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia, se puede afirmar que con esa denominación se hace referencia a la realidad determinada por una persona que, sin estar jurídicamente obligada a ello y sin contar con habilitación voluntaria²³ o judicial²⁴ en ese sentido, se ocupa *de facto*, con carácter estable y de forma más o menos general, de los asuntos de otra²⁵, cuando esta última no puede hacerlo debidamente por sí sola por razón de discapacidad psíquica²⁶. Contando siempre –esto sí– con que esa dedicación de una persona a otra no se limita a actuaciones de índole material o espiritual –cuidar de su alimentación, higiene,

²¹ GARCÍA RUBIO, (*Los desafíos...*, 2023, pp. 30-31) comprende aquí cuatro grupos de personas: las que tienen discapacidad intelectual de nacimiento; las que tienen ciertos problemas mentales; las de edad avanzada; y las que han sufrido trauma cerebral por accidente. El caso de los ancianos, en particular, resulta de importancia creciente, por la esperanza de vida cada vez mayor que hoy existe, con la consiguiente disminución de capacidades intelectuales (cognitivas y volitivas) que normalmente acompaña al envejecimiento.

²² *Vid.* el Preámbulo (III) de la Ley 8/2021. También se establece así en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

²³ Lo cual se habría articulado mediante el establecimiento en su día, por la propia persona luego con discapacidad, de una medida de apoyo que prevé para sí misma en el futuro (art. 255 CC), o por el conferimiento a una persona de un mandato o poder preventivo, por parte de la persona concernida (arts. 256 y siguiente CC). Cuando se habla de «voluntariedad» en tema de guarda, ahora bien, hay que distinguir dos planos: la guarda no es voluntaria en el sentido de que no se establece por voluntad de la persona con discapacidad guardada, pero es voluntaria para quien la presta, pues no tiene obligación de hacerlo (una cierta mezcla a este respecto nos parece sin embargo que se aprecia en RUIZ-RICO, 2022, p. 282).

²⁴ Lo cual se habría traducido en el nombramiento de esa persona como curador.

²⁵ LETE, 1985, p. 484.

²⁶ *Vid.*, por todos, LEÑA, 2000, pp. 205-206; DÍAZ ALABART, 2004, p. 70; LECIÉN-NA, 2015, pp. 48-52. La guarda de hecho, dice FÁBREGA, se define «en función de dos rasgos básicos: uno de ellos positivo, cual es la asunción de [función] de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz; y el otro negativo, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección establecido por el Ordenamiento jurídico» (2006, pp. 7-8 y 87). En el mismo sentido, PÉREZ MONGE, 2016, p. 1348. Para la noción de guardador de hecho en los Derechos civiles forales aragonés y catalán, *vid.* el artículo 169-9 del Código de Derecho foral de Aragón, y el artículo 225-1 del Código civil de Cataluña (en su redacción dada por la Ley catalana 25/2010).

atención médica, procurarle afecto, etc.– sino que comprende también, y sobre todo, dedicación en orden a la toma de decisiones y a la realización de actos jurídicos atinentes a los asuntos de la persona con discapacidad²⁷: esta precisión es importante, pues si se trata sólo de lo primero no estaremos en presencia de un «guardador» sino de un «cuidador»²⁸, que es figura distinta (aunque sea frecuente verlas confundidas²⁹).

Es, la guarda de hecho, una realidad que ha existido siempre, y que ha tenido históricamente una utilización amplísima, siendo los casos de ella incomparablemente más numerosos que aquellos que en nuestro sistema anterior venían determinados por la incapacidad judicial de la persona con discapacidad y por la subsiguiente constitución de tutela o curatela para atenderla³⁰. Las razones de ese mayor número de casos de guarda de hecho eran variadas, pero las más importantes se pueden sintetizar haciendo referencia a la negativa repercusión psicológica que para la persona con discapacidad tenía generalmente pasar por un procedimiento orientado a la limitación de su capacidad de obrar³¹; a la cierta estigmatización social que la incapacitación suponía para el sujeto concernido; a la tendencia de sus parientes a evitar la intromisión, en el ámbito propio de la familia, de personas e instituciones ajena a ella; y a la falta de agilidad que el nombramiento de «guardador legal» se pensaba suponía para la gestión de los asuntos del discapacitado³². Todo lo cual determinó que tradicionalmente las familias trataran de gestionar los casos de discapacidad de un modo interno e informal, ocupándose de la persona en cuestión y de sus asuntos un pariente cercano –los padres, un hijo, un hermano...³³– pero sin interesar la incapacitación formal de aquélla y el nombramiento de un «guardador oficial» de la misma –un tutor o un curador–, lo que

²⁷ LECIÑENA, 2015, p. 50.

²⁸ Empleamos el término «cuidador» dándole el sentido resultante de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

²⁹ En este sentido, BERROCAL LANZAROT, en RCDI 2010, p. 2849; y RUIZ-RICO, 2022, p. 295. Sobre las diferencias entre guardador de hecho y cuidador, LECIÑENA, 2015, pp. 62-67. *Vid.* también FERRER VANRELL, 2022, pp. 606-607.

³⁰ Esto ha sido evidente siempre. Así se apuntaba ya en el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, 1977, p. 29; y se reitera en el Preámbulo –III– de la Ley 8/2021.

³¹ Esa repercusión psicológica negativa sólo falta cuando el sujeto en cuestión no conserva ninguna conciencia al respecto.

³² *Vid.*, entre otros, LETE, 1985, p. 484; AFONSO RODRÍGUEZ, en AC 1995-2, p. 322; MARTÍNEZ DÍE, 1999, pp. 179 ss.; FÁBREGA, 2006, pp. 1 y 3; BERROCAL LANZAROT, en RCDI 2010, p. 2848; VIVAS, en *Revista UNED* núm. 7, 2010, pp. 567-568.

³³ La guarda de hecho, además de individual puede ser también plural, cuando venga ejercitada por varias personas: *v. gr.*, los dos padres de un hijo con discapacidad; todos los hijos –o varios de ellos– de un padre enfermo o senil; los hermanos del que padece cierta discapacidad psíquica... Sobre el funcionamiento de la guarda en este caso, *vid. infra* nota 386.

se pedía sólo cuando las circunstancias personales o patrimoniales concurrentes en el caso lo hacían estrictamente necesario³⁴.

A pesar de su relevancia práctica, nuestro Derecho civil no se ocupó de esta realidad hasta hace relativamente poco tiempo: hasta mediados de los años ochenta del pasado siglo³⁵. El punto de inflexión en este sentido lo constituyó la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela. Y es que el legislador, a la vista de la importancia que la guarda de hecho tenía tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, consideró que la misma no podía mantenerse por más tiempo absolutamente al margen del Derecho y procedió entonces a darle reconocimiento legal, aunque con un tratamiento muy limitado. El Código civil, en efecto, pasó a hacer referencia a ella pero sólo en tres preceptos –los artículos 303, 304 y 306 (en su redacción de entonces)–, que además se limitaban a reconocer la existencia de esa realidad y a establecer algunas disposiciones puntuales aplicables a la misma³⁶: el artículo 303 estatúfa que, cuando el Juez tuviera conocimiento de una situación de guarda de hecho, podía requerir al guardador informe sobre la persona y bienes del guardado y sobre su actuación al respecto, así como adoptar las medidas de control y vigilancia que estimara oportunas³⁷; el artículo 304 prescribía que los actos ya realizados por el guardador no podían ser impugnados cuando se hubieran hecho en interés y utilidad del guardado³⁸; y el artículo 306, finalmente, establecía el derecho del guardador a ser indemnizado por los daños que en su caso hubiera sufrido en el desempeño de la guarda³⁹.

Eso fue lo único que tras la reforma de 1983 vino el Código civil a disponer con respecto a la guarda de hecho, lo que determinó en la

³⁴ La guarda de hecho podía ser considerada entonces, dijo en su día GETE-ALONSO, como una figura de protección que operaba como cierre de las figuras establecidas por la ley con ese fin (2003, p. 303).

³⁵ Es más, según decían entonces algunos autores, se trataba de una realidad no querida por la ley: así, *v. gr.*, YZQUIERDO TOLSADA, 1984, p. 152. Otros, sin embargo, sostienen lo contrario: *v. gr.*, FÁBREGA, 2006, p. 88.

³⁶ La operatividad de esos preceptos era, además, fundamentalmente *a posteriori*, esto es en relación con una guarda ya acontecida.

³⁷ Artículo 303 CC, en su redacción de entonces: «*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*

³⁸ Artículo 304 CC, en su redacción de entonces: «*Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.*

³⁹ Artículo 306 CC, en su redacción de entonces: «*Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor.*» Artículo 220 CC: «*La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento.*

doctrina valoraciones dispares –unos destacaban que, al no estar constreñida por normas, ello determinaba mayor adaptabilidad de la figura a la realidad de cada caso⁴⁰, mientras que otros consideraban que esa regulación insuficiente suponía gran inseguridad, tanto para el guardador como para los terceros con quienes trataría⁴¹– y además suscitó polémica acerca de diversas cuestiones. En particular, las siguientes.

Por un lado, se discutió si la guarda de hecho era una realidad de naturaleza jurídica o puramente fáctica. Que fuera plenamente jurídica, por lo común se rechazaba, considerando que la ley no la contemplaba entre las instituciones regulares de guarda –éstas se limitaban a la tutela, la curatela y el defensor judicial⁴²–, y que los tres preceptos que el Código le dedicaba no conformaban el tratamiento mínimo que correspondería a su consideración como figura propiamente jurídica. En razón de lo cual se concluyó mayoritariamente que lo que cuadraba mejor era calificarla como realidad de hecho, aunque admitiendo que tenía cierta relevancia jurídica –porque la ley reconocía su existencia y establecía algunas disposiciones aplicables a la misma⁴³–.

Se discutió, también, sobre la oportunidad de separar dos tipos de guarda de hecho. Un sector de la doctrina, en efecto, distingüía, por un lado la guarda de hecho *stricto sensu* –cuando existía *de facto* pero no había constancia oficial ninguna de la misma– y por otro lado la guarda de hecho judicializada –cuando su existencia era conocida por un Juez–, distinción que justificaba por cuanto en relación con el segundo tipo el Ordenamiento establecía unas prescripciones –que el Juez podía⁴⁴ pedir al guardador informe al respecto; que podía adoptar las medidas de protección que considerara oportunas; y que tenía además que poner esa situación en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que éste iniciara procedimiento de incapacitación de la persona en cuestión– que, por hipótesis, no eran aplicables al primer tipo⁴⁵. Otros autores, sin embargo, sostienen que sólo cabía hablar de un tipo de guarda y que ésta era una

⁴⁰ PARRA LUCÁN, 2014, p. 2485; LECIÑENA, 2015, pp. 47-48.

⁴¹ BERCOVITZ, 1986, pp. 786-787; LEÑA, 2000, p. 206; FÁBREGA, 2006, pp. 9 y 87.

⁴² *Vid.* el artículo 215 CC, en su redacción de entonces: «*La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1.º La tutela. 2.º La curatela. 3.º El defensor judicial.*»

⁴³ Así, entre otros, ROGEL, 1991, p. 863; NÚÑEZ MUÑIZ, en RDP 1999, p. 430; FÁBREGA, 2006, pp. 9-10; BERROCAL LANZAROT, en RCDI 2010, pp. 2851-2852; MADRÍÑAN, 2011, p. 622; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2014, p. 119; LECIÑENA, 2015, pp. 29-30.

⁴⁴ O debía: éste era también un punto discutido.

⁴⁵ *Vid.* DÍAZ ALABART, 2004, p. 70; FÁBREGA, 2006, p. 8; JIMÉNEZ MUÑOZ, 2010, pp. 634 ss.; RIVERA ALVAREZ, 2010, p. 1003; LECIÑENA, 2015, pp. 29 y 32-33; GARCÍA ALGUACIL, 2016, pp. 176-177; LESCANO, 2017, pp. 54 ss.

realidad esencialmente fáctica, sin que pudiera darse relevancia significativa a las previsiones legales al respecto, que no eran sino disposiciones puntuales: de otro modo –aducían– se desnaturalizaba la guarda, transmutándola, de realidad fáctica, en figura legal⁴⁶.

Se generó asimismo discusión acerca de en qué casos podía existir guarda de hecho, habiendo un entendimiento más amplio y otro menos. Para el menos amplio, la guarda de hecho sólo era posible en los casos de personas con incapacidad (discapacidad) que no hubieran sido judicialmente incapacitadas o de personas cuya tutela se estuviera desempeñando por sujeto incurso en causa legal de inhabilidad⁴⁷. Para el entendimiento más amplio, en cambio, la guarda de hecho podía darse, además de en los casos anteriores, también en los de personas incapacitadas judicialmente a las que se había designado tutor o curador cuyo nombramiento adolescía sin embargo de irregularidades, o cuando los tutores o curadores designados no habían cumplido los requisitos exigidos por la ley para iniciar el ejercicio del cargo⁴⁸, o no lo ejercían efectivamente, o lo seguían ejerciendo después de haber terminado el cargo. En la doctrina había coincidencia en que el entendimiento más amplio era más conveniente para atender a la persona con discapacidad y a los intereses en juego, pero que efectivamente fuera así era cosa que unos afirmaban *de lege lata* mientras que otros lo hacían sólo como consideración *de lege ferenda*⁴⁹.

Se vino además a discutir si la guarda de hecho era una realidad de carácter necesariamente provisional y transitorio, llamada a ser sustituida por una institución legal de guarda tan pronto como un Juez tuviera conocimiento de su existencia, o si por el contrario podía mantenerse en el tiempo con visos de estabilidad. La primera opción fue la que en los primeros momentos contó con más adeptos⁵⁰, porque era la que parecía acomodarse mejor a los datos

⁴⁶ En este sentido, PARRA LUCÁN, en *Comentarios al Código civil*, 2013, p. 2533; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2014, pp. 119 y 124-125.

⁴⁷ Artículos 241 y 243-245 CC, en su redacción de entonces.

⁴⁸ Toma de posesión, realización de inventario, prestación de fianza.

⁴⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* LETE, 1985, pp. 485-488; BERCOVITZ, 1986, pp. 787-788; SANCHO REBULLIDA, 1989, pp. 341-342; ROGEL, 1991, p. 861; AFONSO RODRÍGUEZ, en AC 1995-2, pp. 322-325; NÚÑEZ MUÑÍZ, en RDP 1999, pp. 429, 433-436 y 438-439; ESCALONILLA, 1999, p. 304; SANCHO GARGALLO, 2000, pp. 231-232; ZURITA, 2004, pp. 171-172; FÁBREGA, 2006, pp. 10-13 y 88; BERROCAL LANZAROT, en RCDI 2010, pp. 2854-2857; JIMÉNEZ MUÑOZ, 2010, p. 627; MADRIÑÁN, 2011, pp. 616-618; LESCANO, 2017, pp. 48-54.

⁵⁰ Así MORENO QUESADA, en RDP 1985, p. 326; LETE, 1985, p. 326; BERCOVITZ, 1986, pp. 788-789; MARTÍNEZ DÍE, 1999, pp. 199-201; ESCALONILLA, 1999, pp. 303-304; NÚÑEZ MUÑÍZ, en RDP 1999, pp. 431-432; RIVERA ALVAREZ, 2010, pp. 1006-1007 y 1018-1020; JIMÉNEZ MUÑOZ, 2010, pp. 629-630; PARRA LUCÁN, en *Comentarios al Código civil*, 2013, pp. 2532, 2537 y 2540-2541; PARRA LUCÁN, 2014, pp. 2485 y 2488-2490; LECIÑENA, 2015, pp. 29, 31-32 y 49. Y *vid.* también el artículo 229 CC en su redacción de entonces, que hacía responder al guardador por los daños y

positivos del Código civil tras su reforma por la Ley 13/1983⁵¹, pero con el tiempo fue sin embargo la segunda opción la que prevaleció, asentándose la idea de que, cuando tuvieran noticia de la existencia de una persona con discapacidad y de una guarda de hecho de la misma, ni el Ministerio Fiscal estaba obligado a pedir en todo caso la incapacitación de aquélla ni el Juez lo estaba a someterla a tutela o curatela, si estimaban que esa persona se encontraba debidamente atendida por el guardador de hecho⁵².

perjuicios que el no haber promovido la constitución de la guarda legal causara a la persona con discapacidad.

⁵¹ Véase la remisión que el artículo 303 CC (en su redacción de entonces) hacía a los artículos 203 y 228 (también en su redacción de entonces):

Artículo 303: «*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que...*».

Artículo 203: «*El Ministerio Fiscal deberá promover la declaración [de incapacidad] si las personas mencionadas en el artículo anterior [cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos] no existen o no la hubieran solicitado...*».

Artículo 228: «*Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.*».

⁵² En contra del carácter necesariamente provisional y transitorio de la guarda se manifestaron LEÑA, 2000, p. 206; FÁBREGA, 2006, pp. 9, 30, 37 y 88-89; BERROCAL LÁZAROT, en RCDI 2010, pp. 2852-2853 y 2864; PÉREZ MONGE, 2016, pp. 1351-1352; GARCÍA ALGUACIL, 2016, pp. 176-177; LESCANO, 2017, pp. 54 ss. Esta idea se sustentó primariamente en el artículo 762.1 LEC (en su redacción de entonces) y en la Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía general del Estado, y luego se reforzó con lo dispuesto en el párrafo segundo introducido por la Ley 26/2015 en el artículo 303 CC, en el que se establecía que, cuando el Juez tuviera conocimiento de la existencia de una situación de guarda de hecho, podía otorgar facultades tutelares a los guardadores mientras se mantuviera esa situación y hasta que se constituyera la medida de protección adecuada, «*si procediera*». Los transcribimos a continuación.

Artículo 762 LEC (redacción inicial) (Medidas cautelares): «*1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.*

Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía general del Estado, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles (VII.2): «*(...) La puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, realizada por cualquier otra persona conforme a lo previsto en el artículo 757.3, no obliga al Fiscal a interponer automáticamente la demanda de incapacitación, sino que deberá analizar las circunstancias del caso y en función de las mismas determinar si procede o no la interposición de la demanda. Esta conclusión queda confirmada a fortiori por el artículo 762.1, que dispone que el Fiscal, cuando la autoridad judicial haya puesto en su conocimiento la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, podrá promover la incapacitación "si lo estima procedente" (...).*

Artículo 303 CC (tras su reforma por ley 26/2015): «*1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. / Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores.*

La inicial disparidad de pareceres con respecto al carácter provisional o estable de la guarda de hecho se trató entonces de conciliar por parte de la doctrina posterior recurriendo

Finalmente, en razón de la lacónica regulación legal existente, se vino a discutir también cuál era el régimen supletorio aplicable a la guarda de hecho, habiendo quienes consideraban que tal régimen había de buscarse en lo dispuesto en el Código civil para el mandato o la gestión de negocios ajenos⁵³, y quienes estimaban que lo procedente era acudir a las normas de la tutela⁵⁴.

Expuestas esas cuestiones discutidas, ahora bien, no resulta necesario aquí entrar a dilucidarlas en relación con el sistema entonces vigente. Nos basta con dejarlas apuntadas. Lo que sí conviene destacar son dos cosas.

Una, que en la práctica la guarda de hecho no planteaba apenas problemas⁵⁵. Lo que seguramente se explicaba por «la socialmente generalizada aceptación de la validez de la actuación, bien de la

a la distinción de tipos de guarda de hecho antes dicha: «esta polémica se genera –dijo LESCANO, 2017, p. 37– porque no se llega a identificar que el artículo 303 del Código civil admite dos tipos de guarda de hecho: una en sentido estricto, sin vocación de futuro, destinada a desembocar en uno de los mecanismos de guarda previstos en el artículo 215 del Código civil; y otra, con pretensiones de estabilidad y bajo supervisión judicial, pero sin normativa que la discipline».

⁵³ En este sentido se pronunciaron MORENO QUESADA, en RDP 1985, pp. 324-325; y BERCOVITZ, 1986, p. 793. No podía buscarse tal régimen supletorio en lo dispuesto en el Código para la tutela –se dijo–, porque la falta de norma de remisión en ese sentido no se sostenía con la remisión puntual contenida en el artículo 306 CC, y ello debía llevar a entender que, en lo no regulado en los artículos 303, 304 y 306 CC, el legislador no había querido se le aplicara supletoriamente el régimen dispuesto para la tutela (BERCOVITZ, *op. et loc. cit.*). Este último autor afirmaba además que en contra de esta postura no tenía peso suficiente «la colocación sistemática [del] Capítulo V [en el que se trataba de la guarda de hecho] dentro del Título X [que llevaba por rúbrica “*De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados*”]», puesto que en el artículo 215 que encabeza dicho Título no se enumera, entre las instituciones de guarda y protección de menores e incapacitados, la guarda de hecho, ni se contiene referencia alguna a la misma. Tampoco contienen los artículos 303, 304 y 306 CC –añadía– alguna referencia expresa que permitiese considerar a la guarda de hecho como una figura próxima o similar a las enunciadas en ese artículo 215».

⁵⁴ En este sentido se manifestaron SANCHO REBULLIDA, 1989, p. 345; ROGEL, 1991, p. 864; FÁBREGA, 2006, pp. 31 y 90; SANCHO GARGALLO, 2010, p. 235; BERROCAL LANZAROT, en RCDI 2010, p. 2862; JIMÉNEZ MUÑOZ, 2010, p. 640; MADRIÑÁN, 2011, p. 623; LESCANO, 2017, pp. 74-75; quizás también ÁLVAREZ LATA SEOANE, en *Derecho Privado y Constitución*, 2010, pp. 42-43. Esta segunda opción se apoyaba en la consideración de que la guarda de hecho, al igual que la tutela, también era figura de actuación habitual en orden a la protección de personas afectadas de discapacidad, así como en la consideración de que ésa era la solución que mejor convenía para la protección de los intereses en juego. Esta postura encontraba además algún apoyo en el Anteproyecto privado contenido en el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela* (1977), cuyo artículo 307 establecía que «*quién, careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares, o se hubiese encargado de su custodia o protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses, quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la ley impone a los tutores*». Este recurso a las normas de la tutela, naturalmente, se propugnaba como procedente siempre que sus normas fueran conciliables con la naturaleza de la guarda: como normas que no lo eran se señalaban, entre otras, las relativas a los requisitos exigidos para ser tutor, a la formación de inventario, y a las garantías a prestar por quien desempeñara la labor tuitiva (sobre esto, *vid.* MORENO QUESADA, en RDP 1985, pp. 324-325; ROGEL, 1991, p. 864; JIMÉNEZ MUÑOZ, 2010, p. 640; LESCANO, 2017, p. 75).

⁵⁵ ÁLVAREZ LATA SEOANE, en *Derecho Privado y Constitución*, 2010, p. 41.

persona afectada por la discapacidad psíquica, bien de su guardador de hecho, en relación con los actos corrientes de la vida ordinaria»: «en muchas ocasiones –se dijo–, esta doble legitimación, consuetudinariamente admitida, puede ser suficiente para el normal desarrollo del día a día del discapacitado psíquico y para la atención adecuada de sus necesidades habituales»⁵⁶.

Y otra, que, tras el reconocimiento positivo –aunque escueto– que la Ley 13/1983 había dado a la guarda de hecho, con el paso del tiempo ésta fue afianzándose y ganando terreno, tanto a nivel legal como doctrinal. A nivel legal, a resultas de la atribución a la misma de una operatividad cada vez mayor por parte de diversas normas –*v. gr.*, Leyes 41/2002⁵⁷, 41/2003⁵⁸, 39/2006⁵⁹ y 1/2009⁶⁰–,

⁵⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2014, pp. 126-127.

⁵⁷ 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, cuyo artículo 9.3 (Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación) establecía lo siguiente: «*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*».

⁵⁸ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, en cuyo artículo 3.1.c) (en su redacción de entonces) se establecía que «*El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil*».

⁵⁹ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Esta ley tiene por objeto el conferimiento de ciertos derechos a las personas que obtienen la consideración de dependientes, cuya declaración como tal requiere un procedimiento administrativo previo cuyo desarrollo ha sido realizado –en ejercicio de sus competencias– por cada una de las Comunidades autónomas en las que hoy se estructura políticamente España. Pues bien, lo destacable aquí es que, si bien la regulación dispuesta por estas Comunidades parece partir de que son el propio interesado y su representante legal los legitimados para presentar solicitud en orden a iniciar el correspondiente procedimiento (*vid. art. 28.1 de la Ley*), luego la Resolución de 16 de julio de 2007, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, sobre el procedimiento a seguir para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia, establece explícitamente en su Anexo V.3 un modelo para la presentación de tal solicitud por parte del guardador de hecho. Y, en esta línea, prácticamente todas las Comunidades autónomas, al concretar el procedimiento y elaborar el modelo de solicitud, incluyen entre los sujetos legitimados también al guardador de hecho, reconociéndole legitimación incluso para gestionar (en interés de la persona con discapacidad) la prestación que en su caso se le conceda. Sobre esto, *vid. MORETÓN*, 2010, pp. 849-890.

⁶⁰ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. De esa ley, interesan aquí su artículo primero. Dos, y su Disposición Adicional única. Aquél daba nueva redacción al artículo 38.6.^o de la Ley del Registro Civil de 1957, permitiendo anotar en el Registro Civil la existencia de un guardador de hecho y las medidas de vigilancia que eventualmente

con posibilidad incluso de representar a la persona guardada en determinados casos. Y a nivel doctrinal porque, imbuída de las disposiciones de la Convención de Nueva York de 2006, se formó entre nosotros una importante corriente que vino a considerar la guarda de hecho como figura adecuada para integrar de modo regular el sistema de tutición de las personas con discapacidad y para salvar la rigidez y los inconvenientes del régimen de incapacitación propio del sistema entonces vigente, cuya denuncia ya se había extendido por entonces en España⁶¹ –aunque esta pretensión no resultaba viable *de lege lata* en aquel momento⁶²–.

Las cosas han cambiado, sin embargo, tras la aprobación 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. Porque esta ley, tal como ya se ha dicho, ha venido a derogar casi en bloque la regulación anterior del Código civil en este tema y a sustituirla por otra – contenida en el nuevo Título XI del Libro I del Código – en la que se configura la guarda de hecho en términos sustancialmente diferentes a los que se daban en el sistema anterior. Esto se comprueba si se vuelven a analizar, pero a la luz de la nueva regulación, las varias cuestiones discutidas en relación con la guarda de hecho que hemos visto unas páginas atrás.

Tenemos así, de entrada, que la polémica relativa a su naturaleza –jurídica, o meramente fáctica– se ve hoy resuelta de modo claro a favor de la primera opción –esto es, que la guarda de hecho es una figura propia y plenamente jurídica–, lo que se justifica por cuanto la misma viene ya incluida de forma expresa, junto a la curatela y al defensor judicial, en la relación de figuras que se contemplan como medidas de apoyo a personas con discapacidad: artículo 250 CC, en su redacción actual⁶³.

dispusiera al respecto un Juez. Y la Disp. Adic. Única, por su parte, establece que «3.– *La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar, o en su caso el guardador de hecho, estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones*».

⁶¹ Víd. LECIÑENA, 2015, pp. 32-34 y 41 ss.; PÉREZ MONGE, 2016, p. 1351; tal vez también, aunque con alguna reserva, BERRICAL LANZAROT, RCDI 2010, pp. 2852-2853 y 2864; GARCÍA ALGUACIL, 2016, pp. 170-172 y 181-182; y LESCANO, 2017, pp. 313-318.

⁶² Aparte, a esa pretensión se objetaba también el peligro que llevaba implícito, de establecer una cierta incapacitación *de facto* de las personas, sin las garantías del procedimiento legalmente diseñado en ese sentido (PARRA LUCÁN, en *Comentarios al Código civil*, 2013, pp. 2533-2534, y en *La guarda de hecho...*, 2013, pp. 263-264). Lo reconocía también LECIÑENA, 2015, pp. 34 y 41-42.

⁶³ Así lo dice explícitamente el Preámbulo (III) de la ley 8/2021: «... conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo al dejar de ser una institución provisional cuando se manifiesta como suficiente para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está

En segundo lugar tenemos que hoy queda superada la disquisición acerca de la procedencia o no de distinguir dos tipos de guarda de hecho –en sentido estricto, uno, y judicializada, otro–, pues en el sistema diseñado por la ley 8/2021 es claro que, aun siendo plenamente jurídica, es la propia naturaleza de esta figura la que determina que en su constitución y actuación no éste sometida en todo a intervención judicial. Esto, ahora bien, no plantea problema ninguno: ocurre, simplemente, que su naturaleza es así⁶⁴.

Por cuanto hace al ámbito más o menos amplio de supuestos en que la guarda de hecho puede existir –tercera cuestión discutida–, resulta indudable que el sistema actual se ha inclinado por el entendimiento más amplio, al comprender en ese ámbito tanto los casos de personas con discapacidad que, precisando apoyo, *de facto* no cuentan sin embargo con medidas voluntarias o judiciales en ese sentido, como los casos en que, existiendo formalmente tales medidas, éstas no se están sin embargo ejerciendo eficazmente: *vid.* los artículos 250, párrafo cuarto, y 263 CC⁶⁵.

Y también se encuentra hoy zanjada la duda relativa a la dimensión temporal de la guarda –si es necesariamente provisional y transitoria, o por el contrario no es así–, ya que en el nuevo sistema resulta claro que la guarda se concibe como figura de carácter naturalmente estable⁶⁶. Así se deriva tanto del Código civil como de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ambos en su redacción por la Ley 8/2021. Pues, en el Código civil, el artículo 250 la contempla como medida de apoyo al mismo nivel que la curatela, y no contiene alusión ninguna a la idea de provisionalidad⁶⁷; el artículo 269

adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho..., que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Así lo dice también GARCÍA RUBIO (2017, p. 17) al comentar los trabajos que la Comisión general de Codificación –de la que ella era vocal– estaba realizando en aquel momento sobre el tema. Igualmente PEREÑA, RDC 2018, pp. 62 y 72. Tras la ley 8/2021, LECIÑENA, 2021, p. 648. Con matices, DÍAZ PARDO, 2022, p. 315.

⁶⁴ DÍAZ PARDO, 2022, p. 315. MAGARIÑOS, en todo caso, considera que debería establecerse la obligación de poner en conocimiento del Juez la existencia de guarda de hecho (RDC 2018, p. 214).

⁶⁵ PEREÑA, en RDC 2018, pp. 73. Sin perjuicio de lo dicho, hay que tener cuidado en no confundir al guardador de hecho con el auxiliar de quien ostenta la guarda legal o judicial, pues en tal caso no hay guarda de hecho sino que esa persona es simplemente una ayuda o un ejecutor material de las instrucciones de aquél (*vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, 2010, p. 636).

⁶⁶ Sobre este aspecto, *vid.* DÍAZ PARDO, 2022, pp. 311-313.

⁶⁷ A este respecto, considerando las tres medidas de apoyo a las personas con discapacidad que la ley contempla hoy –guarda de hecho, curatela y defensor judicial–, se puede establecer contraposición entre la guarda de hecho y la curatela, de un lado, y el defensor judicial, de otro, pues las dos primeras están previstas para personas que precisen apoyo de modo continuado, estable, mientras que la última procede en cambio «*cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional*» (art. 250 CC). Así, claramente, el AAP de Pontevedra (Secc. 3.^a) 29 de marzo de 2023 (JUR 2023/344181). En la práctica, sin embargo, es

establece que «*la autoridad judicial constituirá la curatela... [sólo] cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad*»; el artículo 267 apunta que la guarda de hecho se extingue, en lo que aquí interesa, «*cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que éste se organice de otro modo*» o cuando «*la autoridad judicial lo considere conveniente*»; y el artículo 263 dispone que la guarda de hecho que se venga ejerciendo adecuadamente puede continuar desempeñándose incluso si existen medidas de apoyo voluntario o judicial, cuando éstas no se están aplicando eficazmente. Y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 757.2 establece que el Ministerio Fiscal deberá promover proceso de adopción judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad si ellas mismas no lo hubieran promovido ni tuvieran cónyuge (o pareja) no separado, ni descendiente, ascendiente o hermano, o los tuvieran pero no hubieran presentado la correspondiente demanda, «*salvo que concluyera –el Ministerio Fiscal– que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa*».

A la vista de lo cual nos encontramos con que la guarda de hecho se ha venido a convertir en el nuevo sistema en una figura plenamente jurídica, cuyos rasgos y función se pueden extraer perfectamente de la ley⁶⁸. La guarda de hecho, hoy, se puede conceputar como una medida de carácter fáctico e informal pero regular y estable, cuya función es apoyar a las personas con discapacidad para que puedan ejercer adecuadamente su capacidad jurídica de modo que logren el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad con las demás personas⁶⁹. Se trata de una figura paralela a la curatela en cuanto a

frecuente considerar que el apoyo continuado requiere de curatela –generalmente mezclando el carácter continuado del apoyo con la función representativa del mismo, como veremos en su momento–, y por tanto que en tal caso la guarda de hecho no es medida de apoyo adecuada: *vid. SAP Asturias (Secc. 6.^a) 25 de junio de 2024 (JUR 2024/302078); SAP La Coruña (Secc. 4.^a) 24 de abril de 2023 (JUR 2023/285894) y AAP Alicante (Secc. 6.^a) 4 de julio de 2024 (JUR 2024/446784).*

⁶⁸ Aunque sigue faltando en la ley la regulación de algunas cuestiones, *v. gr.*, el señalamiento claro de cuáles son las normas a las que acudir supletoriamente, en caso de insuficiencia de su regulación (PEREÑA, RDC 2018, pp. 74-75; PARRA LUCÁN, *La guarda de hecho...* 2013, pp. 253-254); o cómo proceder en caso de varios guardadores simultáneos (LECIÑENA, 2021, p. 654).

⁶⁹ El carácter estable de la guarda de hecho determina que ésta no pueda identificarse con la gestión de negocios ajenos sin mandato (arts. 1888-1894 CC), aunque en el sistema anterior lo considerara así durante un tiempo un sector de la doctrina (así se reconocía en el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, 1977, p. 29; y por BERCOVITZ, 1986, p. 786). Pero entre una figura y otra había –y hay– diferencias claras: a) La gestión de negocios ajenos normalmente hace referencia a asuntos concretos y es por tanto puntual en el tiempo, mientras que la guarda de hecho suele abarcar un conjunto de asuntos del guardado más o menos amplio, y tiene además carácter estable; b) La gestión de negocios ajenos presupone que el titular de tales negocios no es persona con discapacidad, mientras que la guarda de hecho procede precisamente sobre tal base; c)

su función y ámbito potencial de operatividad⁷⁰, distinguiéndose entre sí en que la guarda es una medida informal, que existe de hecho, mientras que la curatela es de establecimiento formal⁷¹.

Al igual que ocurría en el sistema anterior, cabe pensar que la guarda de hecho será una de las figuras más extendidas en el sistema actual, pues, aunque la ley se ocupa de regular con mucho más detalle tanto las medidas de apoyo que voluntariamente puede adoptar en ese sentido ante Notario el propio interesado como las que puede disponer un Juez, es fácil suponer que éstas seguirán sin ser mayoritarias desde el punto de vista estadístico⁷².

La regulación de la gestión de negocios ajenos atiende propiamente a actos de contenido patrimonial, mientras que la guarda de hecho comprende asuntos tanto patrimoniales como personales; d) Además, el tratamiento de los actos realizados por el gestor y por el guardador es distinto. Para el gestor, la norma a considerar es el artículo 1893 CC, que establece que el *dominus negotii* es responsable de las obligaciones contraídas en su interés por el gestor, no sólo cuando aquél aproveche las ventajas de la gestión sino también cuando, aunque no le reporte provecho, la misma se haya hecho para evitarle un perjuicio inminente y manifiesto. En relación con el guardador, en cambio, la regulación es otra: en el sistema anterior venía dada fundamentalmente por el artículo 304 CC, que establecía que la validez de los actos realizados por el guardador quedaba supeditada no sólo a que éstos se hubieran hecho en interés del guardado, sino también en su utilidad; en el sistema actual, el régimen a considerar es el que iremos viendo a lo largo de este trabajo. Para un estudio detenido de las diferencias apuntadas entre la guarda de hecho y la gestión de negocios ajenos sin mandato en el sistema anterior, y de otras posibles diferencias –algunas discutibles–, *vid.* ROGEL, 1991, pp. 862-863; LECIÑENA, 2015, pp. 49-50; y LESCANO, 2017, pp. 43-46. Es llamativa a este respecto, sin embargo, la postura de SOLÉ RESINA, que todavía hoy propugna la aplicación supletoria, a la guarda de hecho, de las normas del mandato (2021, p. 387). También MARÍN CALERO (2022, pp. 133-134) y CARRASCO PERERA (2022, p. 264) parecen considerar, tras la ley 8/2021, que el guardador puede ser considerado un gestor de negocios ajenos, y serle de aplicación los artículos 1888 ss. CC.

⁷⁰ Las facultades del guardador –dice LÓPEZ SAN LUIS– «se han visto reforzadas abarcando cualquier entorno de la esfera personal o patrimonial de la persona con discapacidad, salvo el ejercicio de los derechos de la personalidad» (2022, p. 84).

⁷¹ Las medidas de apoyo formal son la curatela y el defensor judicial –si hablamos de medidas de apoyo judiciales– y la designación de persona de apoyo o el otorgamiento de mandatos y poderes preventivos por parte de la propia persona concernida –si hablamos de medidas de apoyo voluntarias– (*vid.* DÍAZ PARDO, 2022, pp. 309-311). Se caracterizan las formales –dice SOLÉ RESINA (2021, p. 383)–, por establecerse con intervención de una autoridad (Juez o Notario) siguiendo un determinado procedimiento o protocolo (judicial o notarial) y disponerse en un instrumento formal (resolución judicial o escritura pública). Las informales, en cambio –sigue diciendo SOLÉ RESINA–, se caracterizan porque existen de hecho, sin que haya intervenido ninguna autoridad pública, sin haberse seguido procedimiento para su adopción, y sin constituirse en instrumento formal.

⁷² La curatela, tanto en el sistema anterior como en el actual, tiene en efecto una regulación más extensa que la guarda de hecho –está recogida en el Capítulo IV del Título XI del Libro I del Código civil (arts. 268 a 294)–, pero esto se explica por el carácter supletorio de la curatela, no por tener esta figura una importancia mayor. De hecho, en cierto modo cabe incluso atribuir a la guarda de hecho preferencia sobre la curatela, con base en lo dispuesto en los artículos 255 y 269 CC. Pues aquél establece que «*Sólo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria [mandatos y poderes preventivos], y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias*». Y el artículo 269, por su parte, establece que la curatela se constituirá por la autoridad judicial «*cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad*», siendo así que parece más fácil exista guarda de hecho –medida de apoyo potencialmente suficiente *ex artículo 250 del Código*– que curatela, dado que ésta ha de ser dispuesta por el Juez tras solicitud en ese sentido por

2. FUNCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO EN EL SISTEMA ACTUAL. TIPOS DE APOYO, Y CRITERIO RECTOR DE LOS MISMOS

Apoyar a las personas con discapacidad para que puedan ejercer adecuadamente su capacidad jurídica es, como se acaba de decir, la función que la ley asigna hoy a todas las medidas existentes en este tema, y por tanto también al guardador de hecho. Esto resulta claro. Otra cosa ocurre, si del principio inspirador del nuevo sistema –de formulación no del todo precisa, como corresponde a tan elevado plano– se desciende al terreno del desenvolvimiento concreto de las medidas de apoyo en el día a día, pues entonces surge la siguiente pregunta: ¿en qué consiste exactamente ese apoyo? ¿Cuál es su sustancia?

La atención de la doctrina se ha centrado mayormente en el primero de los dos planos apuntados –principio del sistema–, lo cual, si bien comprensible inicialmente habida cuenta de la radical transformación acaecida en nuestro Ordenamiento a resultas de la Convención de Nueva York de 2006 y de la Ley 8/2021, hoy resulta insuficiente. Hemos dicho ya que existe guarda de hecho cuando alguien, *de facto* pero con carácter estable, apoya a persona afectada por discapacidad y ese apoyo no se limita a actuaciones de índole material o anímica sino que comprende también, y sobre todo, los asuntos de relevancia jurídica. Pero la cuestión que se plantea ahora es, ¿en qué consiste exactamente ese apoyo? ¿Cuál es la función que las medidas de apoyo –en nuestro caso, el guardador de hecho– despliegan en relación con las personas con discapacidad?

En la regulación dispuesta en el Código civil con anterioridad a la Ley 8/2021⁷³ no existía previsión explícita con respecto al contenido de la labor del guardador. De esa regulación únicamente se derivaba que el guardador no tenía conferida la representación de la persona guardada y no estaba por tanto legitimado para actuar en su nombre⁷⁴, sin perjuicio de que los actos que realizara en interés

parte de alguien legitimado para ello (en términos semejantes, GARCÍA RUBIO, 2022, p. 235; LÓPEZ SAN LUIS, 2022, pp. 13 y 75; RUIZ-RICO, 2022, p. 279; DE VERDA, 2022, pp. 82-83; DÍAZ PARDO, 2022, pp. 313-315; PÉREZ GALLARDO, 2021, p. 476; GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, nota 586; PEREÑA, RDC 2018, núm. 3, p. 68). En contra de este entendimiento parecen manifestarse sin embargo las RRDGSJFP 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324104) y 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324105), afirmando que la guarda de hecho es un medio de apoyo subsidiario, que sólo puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

⁷³ Artículos 303 y 304 CC, en su redacción de entonces.

⁷⁴ Salvo en casos puntuales previstos en normas extracodiciales que con el tiempo fueron apareciendo. *V. gr.*: artículo 9.3.a) de la 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 (*vid. supra* nota 57); artículo 3.1.c) de la Ley 41/2003,

de esa persona –en pretendida representación suya, según la *comunis opinio* de la época– no fueran impugnables si tenían un resultado objetivamente útil para ella⁷⁵. Este planteamiento, ahora bien, no sirve para determinar cuál es la sustancia del apoyo propio del guardador de hecho hoy, no sólo por el carácter excepcional que en el sistema anterior tenía esa convalidación de los actos útiles sino sobre todo porque esa regulación ha sido derogada y no existe en el Ordenamiento actual.

¿En qué consiste entonces, en el nuevo sistema, el apoyo que el guardador presta a la persona con discapacidad psíquica? Al igual que ocurría en la regulación anterior, tampoco hoy hay una respuesta explícita a esta cuestión en el capítulo que el Código civil dedica en particular a la guarda de hecho –Capítulo III del Título XI del Libro I: artículos 263 a 267⁷⁶. Hay que buscarla en otro lugar.

A este fin cabría pensar en acudir al Preámbulo de la Ley 8/2021, cuyo apartado III, aunque hablando en términos generales, dice que «*la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que... es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la*

de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en su redacción inicial) (*vid. supra* nota 58); Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (*vid. supra* nota 59); Disposición Adicional Única de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad (*vid. supra* nota 60).

⁷⁵ Artículo 304 CC, en su redacción de entonces: «*Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del... presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*». Esto hacía que no fuera descabellado pensar que, cuando ese resultado se producía, la actuación del guardador se aproximaba a la propia del tutor. Discutieron los autores, no obstante, si en algunos casos la función del guardador se podía aproximar a la del curador. A favor de entender que el guardador podía asumir funciones tanto de tutor como de curador –con base en que también dentro de la incapacidad no declarada existían grados– se mostraron BERCOVITZ (1986, p. 794), ROGEL (1991, pp. 861-862), NÚÑEZ MUÑÍZ (RDP 1999, pp. 437-438), MARTÍNEZ DÍE (1999, pp. 198-199), FÁBREGA (2006, p. 14), JIMÉNEZ MUÑOZ (2010, pp. 638-639). En contra se pronunciaron SANCHO REBULLIDA (1989, p. 344) y LETE (1985, p. 489), argumentando que si bien las figuras legales –tutela y curatela– admitían calificación y gradación, no ocurría lo mismo con las realidades fácticas como lo es la guarda de hecho, resultando entonces a su juicio que el incapaz no incapacitado judicialmente, o bien operaba enteramente por sí solo –con base en la plena capacidad de obrar que se le presumía–, o bien lo hacía a través de otra persona (el guardador), que de hecho lo sustituía operando a modo de tutor (se excluía, por tanto, la función de curador).

⁷⁶ Así lo advertía ya AMUNÁTEGUI (2019, pp. 36-37), en relación con el Anteproyecto de junio de 2018.

toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad»⁷⁷. Esta idea, sin embargo, resulta demasiado heterogénea en su contenido y demasiado vaga en su formulación como para resolver la cuestión. Hemos de reorientar, pues, la indagación.

Para lo cual acudimos a las «*Disposiciones generales*» recogidas en el Capítulo I del Título XI del Libro I del Código civil –Título cuya rúbrica es «*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*»–, y más concretamente a sus artículos 249 y 250, en los que se atiende de forma propia y clara a la cuestión que aquí nos ocupa: determinar en qué consiste hoy la función de las medidas de apoyo. Para entender debidamente estos preceptos, ahora bien, conviene considerar la evolución experimentada, desde 1983 hasta la aprobación de la Ley 8/2021, por las dos figuras tradicionalmente principales en este tema en nuestro Derecho: la tutela y la curatela –pues de la guarda de hecho, como ya se ha dicho, muy poco útil se puede extraer de la regulación anterior–.

Y así, tenemos que en la Ley 13/1983 la tutela operaba sustituyendo el tutor a la persona con discapacidad tutelada –por haberse establecido previamente por sentencia, en procedimiento tramitado al efecto, que esta persona carecía de capacidad de obrar–, lo que se posibilitaba mediante el conferimiento a aquél de la representación de ésta, para que pudiera actuar en el tráfico jurídico en su nombre.

En caso de curatela, en cambio, el sometido a ella, aunque limitada –también por sentencia– conservaba cierta capacidad de obrar, lo que se traducía en que la función del curador consistía en complementar esa capacidad. En orden a la realización de actos afectados por esa limitación, por tanto, el curador no representaba –no sustituía– al curatelado sino que la iniciativa y la decisión de realizarlos la tenía éste, hasta tal punto que sin ella nada podía hacer el curador. La virtualidad de la actuación del curador era posibilitar al curatelado la realización válida e inimpugnable de tales actos, aportando el

⁷⁷ Esa idea es muy semejante a la que ofrece la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, que desarrolla el contenido del artículo 12 de la Convención de Nueva York diciendo (17) que «*Apoyo es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confien para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo (...) El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica –sigue diciendo– puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad –por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas... El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales...».*

complemento de capacidad necesario, o no posibilitarla si, por considerar que tales actos no eran beneficiosos para éste, no lo aportaba.

En los primeros tiempos de la Ley 13/1983 la tutela fue la figura central del sistema, quedando la curatela como una figura casi residual desde el punto de vista estadístico.

Tal planteamiento cambió sin embargo a partir de la ratificación por España de la Convención de Nueva York del año 2006⁷⁸. Porque, aunque la jurisprudencia estimó inicialmente que el sistema establecido por la Ley 13/1983, debidamente interpretado, era compatible con las exigencias de la Convención⁷⁹, en los años siguientes fue evolucionando en el sentido de considerar que la figura que debía tener mayor protagonismo en el tema no era la tutela sino la curatela, por cuanto ésta, al no sustituir la voluntad de la persona con discapacidad por la de otra, resultaba más acorde con la Convención⁸⁰. La tutela fue quedando reducida, pues, a los casos en que la persona con discapacidad no podía en absoluto formar una voluntad jurídicamente válida –ni por sí sola, ni con el complemento de otra–, optándose en general por la curatela si la persona conservaba alguna capacidad de obrar que le permitía actuar por sí misma aunque fuera contando con el complemento de otra persona. Este fue el sentido en que a partir de 2009 los tribunales vinieron progresivamente a resolver los casos que se les plantearon, disponiendo la curatela incluso en supuestos en que la modificación –la limitación– de capacidad de obrar que se decretaba en relación con una persona era muy amplia y los actos para los que se requería el complemento del curador, en consecuencia, eran importantes y numerosos.

Pero no fue sólo eso. Es que además, avanzando el tiempo, en los años inmediatamente anteriores a la aprobación de la Ley 8/2021 la separación entre las funciones de la tutela y la curatela –representar y sustituir a la persona tutelada, aquélla; complementar la capacidad de obrar de la persona curatelada, ésta– se fue diluyendo, considerándose que el curador podía desempeñar en relación con una misma persona tanto una como otra función, según cuáles fueran los actos de que se tratara. Esto se justificó aduciendo que el fin último del Ordenamiento era dotar, a las personas que no tenían plena capacidad de obrar, «de un sistema de guarda flexible adaptado

⁷⁸ *Vid.* Las exposiciones que a este respecto hacen ANDRÉU MARTÍNEZ, 2018, pp. 540-547; DE SALAS MURILLO, 2018, pp. 80-83; y DE LA IGLEIA MONJE, 2020, pp. 157-162.

⁷⁹ *Vid.* la importante y conocida STS 29 de abril de 2009 (RI 2009/2901).

⁸⁰ *Vid.* la Instrucción núm. 3/2010 de la Fiscalía general del Estado. En la doctrina, GARCÍA ALGUACIL, 2016, pp. 158-161.

a su concreta situación», y que esto hacía compatible la representación en unos casos y la mera asistencia en otros⁸¹.

Esto expuesto, ahora bien, hemos de preguntarnos: ¿es, ese modelo flexible al que se había llegado en relación con la curatela, el apoyo concebido en términos amplios de que habla el Preámbulo de la Ley 8/2021? ¿Es, ése, el apoyo que prestan hoy a la persona con discapacidad el curador o el guardador? Hablamos ahora de curador y de guardador, y no de tutor, porque en el sistema actual la tutela se ha descartado para las personas con discapacidad –ha quedado circunscrita a los menores de edad no emancipados no sujetos a patria potestad o en situación de desamparo⁸²–, y porque en el nuevo sistema existe paralelismo en este sentido entre la curatela y la guarda de hecho, contemplándose ambas como figuras de apoyo regular y estable a las personas mayores con discapacidad, una formal y otra informal pero ambas con la misma función –*vid. el artículo 250 CC*–. En todo caso, hecha esta observación, volvemos a la pregunta: ¿es, el que se ha descrito como existente en el tiempo inmediatamente anterior a la Ley 8/2021, el modo en que se configura el apoyo que tras la entrada en vigor de esa Ley prestan el curador y el guardador a las personas con discapacidad? Pues bien, la respuesta a esta pregunta ha de ser negativa, y en términos rotundos⁸³. Ha de ser negativa porque, sin negar el valor de la flexibilidad que se había llegado a alcanzar en el sistema anterior, no se puede obviar que ese sistema procedía sobre una premisa –la existencia de personas que no tenían capacidad para realizar determinados actos, por haberles sido excluida o limitada en procedimiento seguido a tal efecto– que el sistema hoy vigente no admite⁸⁴. El nuevo sistema, en efecto, ha venido precisamente a erradicarla, y de ahí se deriva como consecuencia que la función que aquellas medidas tenían en el sistema anterior no se puede trasladar sin más a las medidas de apoyo del sistema hoy vigente⁸⁵.

⁸¹ STS 8 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4760). Se refrendaban, así, los postulados que un sector de la doctrina había sostenido con anterioridad: *vid. supra* nota 75.

⁸² Artículo 199 CC en su redacción actual, dada al mismo por la Ley 8/2021.

⁸³ Antes de la Ley 8/2021, GARCÍA ALGUACIL daba sin embargo a esta cuestión una contestación de sentido positivo (2016, pp. 158-160).

⁸⁴ DE SALAS MURILLO, *Rev. doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, 2018, núm. 5, pp. 80-84.

⁸⁵ En la doctrina hoy, en ocasiones, cabe apreciar todavía resabios terminológicos o de expresión propios del sistema anterior, que parecen seguir considerando los apoyos del nuevo sistema a la luz del anterior. Así, *v. gr.* GUILARTE MARTÍN-CALERO –aunque ciertamente no es su idea, sino la impresión que resulta de alguna frase suelta–, cuando, hablando del sistema actual, dice que «la asistencia que presta el curador... es técnicamente un asentimiento», «una especie de declaración de conformidad» en relación con el acto que la persona con discapacidad quiera realizar en ejercicio de su capacidad jurídica (2021, p. 549).

¿En qué consiste entonces, en el nuevo sistema, el apoyo de que hablan los artículos 249 y 250 CC? La respuesta requiere distinguir dos tipos de apoyo: uno de carácter asistencial, otro de carácter representativo.

2.1 Apoyo de carácter asistencial

Contemplado en los párrafos primero y segundo del artículo 249 CC, este apoyo es el que procede en relación con personas afectadas por discapacidad pero que eso no obstante tienen lo que tradicionalmente se ha dado en llamar «capacidad natural de entender y querer», esto es comprensión suficiente del significado y alcance –personal y económico– de los actos y negocios jurídicos, y voluntad racional y libre para quererlos o no. En el nuevo sistema, este apoyo es el que se configura como regla general, por cuanto se parte de la base de que la mayoría de las personas con discapacidad tienen capacidad natural de entender y querer.

Pero, ¿cuál es su contenido o esencia? Según resulta de esos mismos dos párrafos, el apoyo consiste en este caso en proporcionar a esas personas la asistencia o ayuda que precisan para compensar el déficit determinado por su discapacidad y poder así llevar adelante un proceso de toma de decisiones jurídicamente relevantes en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad. Todo ello, con el fin de posibilitarles el desarrollo pleno de su personalidad⁸⁶.

En cuanto al modo de concretarse este apoyo, se explicita en el párrafo segundo del mismo artículo 249 CC –posiblemente la disposición más novedosa y fundamental del nuevo sistema, a pesar de que su formulación no sea en este punto la más adecuada⁸⁷–: pasa porque la persona de apoyo –en nuestro caso, el guardador de hecho– proporcione a la persona con discapacidad la información que ésta precise en relación con el acto o negocio que quiere realizar, así como porque le proporcione también la ayuda en el razonamiento que precise para neutralizar los efectos de su discapacidad⁸⁸. Lo que significa que el contenido del apoyo puede variar en

⁸⁶ LORA-TAMAYO, *El Notario del siglo XXI*, mayo-junio 2021, núm. 97, p. 38; GUIARTE MARTÍN-CALERO, 2021, pp. 522-523; LECIÑENA, 2021, pp. 656-657; PÉREZ GALLARDO, 2021, pp. 476 y 478; VÁQUER ALOY, 2022, pp. 509-511.

⁸⁷ No es la más adecuada, porque la proposición de ese párrafo que se ocupa de esta cuestión se sitúa a continuación de otra –la que dice que «*Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a...*»– que versa sobre cuestión distinta, como vamos a ver en este mismo apartado, y va además precedida de un adverbio –«*Igualmente...*»– que parece asignarle un valor secundario.

⁸⁸ Esta función del apoyo asistencial se reitera luego explícitamente en la regulación específica de la curatela, en el artículo 282, párrafo cuarto, CC, y no en la de la guarda de

función de lo que requiera la persona con discapacidad de que en cada caso se trate⁸⁹, aunque en la mayoría de las ocasiones seguramente no pueda limitarse a proporcionarle información sino que deba ir más allá, en el sentido de ayudarle a razonar en el asunto – la decisión, el acto, el negocio – que esté considerando⁹⁰. Que sea así se justifica por cuanto proporcionar información no es sino una actuación instrumental al servicio del fin principal que en este tema se pretende: que la persona con discapacidad comprenda y evalúe debidamente el alcance del acto que pretende realizar⁹¹. El apoyo, por tanto, puede ser de gran amplitud e intensidad.

Es éste, pues, un apoyo que presenta una sustancia muy distinta a la propia de las figuras del sistema anterior, cosa por otra parte lógica, pues si el sistema actual pretende que las personas con discapacidad sean protagonistas de sus propias vidas en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, de ahí se deriva que, como medio para hacer eso viable, la función del apoyo asistencial ha de ser distinta.

Sentado lo anterior, hemos de ver entonces cuál es el criterio que debe regir la actuación de la persona de apoyo en este caso. Para ello hay que empezar atendiendo al párrafo segundo del artículo 249 CC, en concreto a la proposición que establece que *«Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera»*. Se trata de una norma referida en principio a los casos de apoyo asistencial –por contraposición a la contenida en el párrafo tercero de ese mismo precepto, que hace referencia explícita al caso de apoyo representativo–, y que según el entendimiento hoy generalizado entre nosotros dispone como criterio rector de la actuación de la persona de apoyo, que ésta proceda con arreglo a *«la voluntad, deseos y preferencias»* de la persona a la que apoya⁹².

Por nuestra parte, sin embargo, no estamos conformes con ese entendimiento. La razón de nuestra disconformidad es que, cuando se está hablando de apoyo de carácter asistencial, carece de sentido sostener que la persona de apoyo, en su actuación, ha de proceder sometida o atenida a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona apoyada. Carece de sentido porque en este caso, en el

hecho (arts. 263 a 267 CC), pero esto no invalida lo dicho, por ser el artículo 249 CC disposición de alcance general.

⁸⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, p. 520; LECIÑENA, 2021, p. 657.

⁹⁰ SAP Asturias (Secc. 6.^a) 25 de junio de 2024 (JUR 2024/302078).

⁹¹ En este sentido se manifestó el Informe de la Relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad 2017 (37 Período de sesiones –del 26 de febrero al 23 de marzo de 2018–): A/HRC/37/56, núm. 41.

⁹² *Vid.*, entre otros, GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, p. 520; LECIÑENA, 2021, pp. 656-657; DÍAZ PARDO, 2022, pp. 317-320; LÓPEZ SAN LUIS; 2022, p. 51.

actual sistema, la iniciativa, la decisión y la voluntad –en sentido jurídico– de realizar un acto corresponden en exclusiva a la propia persona con discapacidad –pues ésta, no obstante su discapacidad, tiene comprensión y discernimiento suficientes para ello–, lo que supone que su inclinación, deseos y preferencias no son sino elementos que esa misma persona integra en su proceso de razonamiento igual que lo hace una persona sin discapacidad. Y, siendo así, no tiene sentido entonces presentar «la voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad como criterio rector de la asistencia que la persona de apoyo debe prestarle: considérese que, si fuera de este modo, la persona de apoyo asistencial no podría discrepar de la persona con discapacidad ni aconsejarle en otro sentido durante el proceso de formación de voluntad y toma de decisión por parte de ésta sino que habría de limitarse a respaldar y reforzar –a «aplaudir», en el entendimiento coloquial de este término– la idea que la persona con discapacidad tuviera fuera cual fuera, lo cual constituye un absurdo.

El criterio rector de la actuación de la persona de apoyo asistencial –en nuestro caso, del guardador de hecho– tiene por tanto que ser otro. ¿Cuál? A nuestro juicio, teniendo presente que el objetivo del apoyo asistencial es que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de razonamiento en igualdad de condiciones que las demás personas, el criterio rector de la actuación de la persona de apoyo ha de ser proceder de forma honesta, cabal y sincera al aportar a la persona con discapacidad información relativa al acto que ésta pretende realizar –información adaptada a las circunstancias de esa persona, y con lenguaje accesible⁹³– así como al ayudarle en su razonamiento sobre él, lo que incluye proporcionarle su parecer y consejo, e incluso rebatir y criticar la idea de aquélla⁹⁴. Ciertamente teniendo presentes la voluntad (en el sentido coloquial

⁹³ Lo que puede significar, entre otras cosas, que la información no sea excesiva, cuando abrumar a la persona discapaz con una gran cantidad de datos suponga, más que ayudarle, entorpecerle, dificultarle o impedirle su proceso de comprensión y deliberación. Pero teniendo presente igualmente –yéndonos al extremo contrario– que la información que se le proporcione no puede tampoco ser insuficiente (LEGERÉN, 2019, pp. 199-200; MARÍN CALERO, 2022, p. 27).

⁹⁴ *Vid.* MARÍN CALERO, que dice que «el apoyo no tiene por qué limitarse a lo informativo, pudiendo extenderse a la recomendación, el consejo o la sugerencia»; y que puede «también influir, convencer, recomendar, insistir» (2022, p. 56; *vid.* también pp. 31 y 207). En el sentido apuntado en el texto se pronuncia también PALACIOS GONZÁLEZ, 2021, p. 421; y, antes de la Ley 8/2021, SÁNCHEZ GÓMEZ, RDC 2020, p. 407. Y en sentido semejante se orientaba asimismo la Propuesta de Código civil elaborada por la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (año 2018), cuyo artículo 175-5, aunque referido al curador, establecía que su función es «proporcionar a la persona protegida información relativa a su situación personal y a los actos cuya conclusión es procedente, en particular su utilidad, la urgencia, los efectos del acto y las consecuencias de su no celebración».

del término: inclinaciones), deseos y preferencias de esta persona, pero con libertad, sin estar sometido a ellas.

Es verdad, tal como se apunta por la doctrina mayoritaria, que el párrafo segundo del artículo 249 establece que *«las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias»* de la persona con discapacidad, pero es preciso aquí advertir que dice *atendiendo*, no *ateniéndose*, y que *atender y atenerse* son términos que tienen significados muy distintos: según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, atender es «tener en cuenta o en consideración una cosa», mientras que atenerse es «ajustarse, sujetarse alguien en sus acciones a alguna cosa»⁹⁵. Y hay que advertir también, en el mismo sentido, que el artículo 250 CC establece que *«La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias»*, pero que dice *respetando*, no *ateniéndose*, siendo así que el significado de uno y otro término no es el mismo⁹⁶.

Por supuesto, el apoyo ha de llevarse a cabo sin incurrir en actuaciones que sean constitutivas de intimidación, dolo o influencia indebida, porque dirijan arteramente el proceso de toma de decisión de la persona guardada o porque fuercen indebidamente su voluntad en uno u otro sentido⁹⁷, pero esto ya es otra cosa, que entra en el terreno de las actuaciones ilícitas.

La expuesta en los párrafos anteriores es la idea que a nuestro juicio resulta en verdad conforme con lo que establece el Código

⁹⁵ Así lo dicen también las SSTS 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021/4002) y 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023/356), aunque refiriéndose literalmente a la curatela y al artículo 268 del Código civil. En contra, GARCÍA RUBIO, *Los desafíos...*, 2023, p. 29, nota 6.

⁹⁶ En refuerzo de esto se puede quizás acudir también al párrafo primero del artículo 249 del Código civil, que dice que las medidas de apoyo *«deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»*. En la misma línea nos parece que se muestra hoy, tras su reforma por la Ley 3/2024, el Código de Derecho foral de Aragón, cuyos artículos 36 –1 y 4– y 37.1 dicen que *«las medidas de apoyo deben respetar los derechos y la dignidad de la persona con discapacidad»*; que *«La persona que preste el apoyo deberá actuar en beneficio de la persona apoyada y hacer todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría una persona razonable...»*; y que *«... las acciones de quienes presten el apoyo respetarán la autonomía e independencia de la persona con discapacidad, con atención a su voluntad y preferencias, preferencias, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, siempre que sea posible»*.

⁹⁷ A este respecto, dice LEGERÉN (2019, p. 200) que «en [la] labor de suministro de información se ha de ser especialmente cuidadoso en que la transmisión sea ‘aséptica’. Dada la situación asimétrica y, por tanto, la facilidad, en algunos casos, de ‘influir’ la voluntad de la persona con discapacidad, ha de procurarse no ‘acaparar’ ni ‘orientar’ su decisión». En sentido semejante se pronuncia PALACIOS GONZÁLEZ, 2021, p. 421. Con respecto a no incurrir en influencia indebida o contraposición de intereses, MARÍN CALEIRO (2022, p. 40), aunque eso no obstante admite –con un planteamiento sin duda muy realista– que a la hora de prestar apoyo, «si se trata de familiares o amigos..., cabe incluso la insistencia y una cierta manipulación» (2022, p. 56).

civil con respecto al criterio que debe regir la actuación de la persona de apoyo, tanto en su artículo 249, párrafo segundo, como en su artículo 250, también párrafo segundo. Aunque hemos de decir también que una formulación más atinada de esa proposición del artículo 249 hubiera sido deseable. Nótese que, tal como está, incurre en una mezcla confusa derivada de la utilización que hace de los términos «*voluntad*», «*deseos*» y «*preferencias*» como si fueran sinónimos, cuando no es así desde un punto de vista jurídico. No lo es, desde este punto de vista, porque «*voluntad*» es término que hace referencia al motor de la actuación externa y vinculante de una persona, mientras que «*deseos*» y «*preferencias*» son términos que aluden a la inclinación interna y no vinculante que una persona puede tener en un determinado sentido. Es cierto que «*voluntad*» es término que admite una doble acepción: jurídica –la que acabamos de apuntar– y coloquial –equivalente a inclinación, deseo o preferencia–, y es cierto también que si se emplea la coloquial esos tres términos –voluntad, deseos y preferencias– son sinónimos, pero, si atendemos a su acepción jurídica, que es la que aquí importa, resulta entonces que «*voluntad*», de un lado, y «*deseos y preferencias*», de otro lado, son nociones que tienen significado y alcance distintos⁹⁸. En el entendimiento apuntado, sin embargo, esas nociones se mezclan, siendo ello fuente de equívocos como el visto.

2.2 Apoyo de carácter representativo

Contemplado en los párrafos primero y, sobre todo, tercero del artículo 249 CC, este apoyo procede cuando la persona con discapacidad no puede, ni siquiera contando con asistencia en los términos que se han expuesto en el apartado anterior, adoptar por sí misma una decisión ni realizar un acto de relevancia jurídica que sean atendibles, por ser su discapacidad tan grande que le impide comprender suficientemente el significado y alcance de los actos o negocios, así como le impide también tener una voluntad racional y libre en ese sentido⁹⁹.

En este caso la sustancia del apoyo es muy diferente a la que tiene en el supuesto anterior: en este caso el apoyo pasa por la representación de la persona con discapacidad. Así se establece explícitamente en el párrafo tercero del artículo 249 CC, y es inevitable que sea así –mal que le pese a la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y a cierta

⁹⁸ Hace referencia también a esto, aunque con un alcance no exactamente coincidente, VAQUER ALOY, 2022, p. 512.

⁹⁹ LECIÑENA, 2021, p. 660.

doctrina–, pues, si su discapacidad no permite en absoluto a la persona en cuestión decidir ni actuar por sí misma en la vida jurídica, no queda otra solución más que designar una persona «de apoyo» que la sustituya, decidida por ella y actúe en su nombre (en puridad, hablar de apoyo en este caso no pasa de ser un eufemismo¹⁰⁰).

Es importante destacar aquí, esto sí, que, según resulta del párrafo tercero del artículo 249 CC, esta función representativa procede sólo de modo excepcional. Es así, por cuanto el sistema actual discurre sobre la base de que la existencia de personas que no pueden adoptar por sí mismas una decisión ni aun contando con apoyo asistencial constituye un supuesto que se da sólo de modo excepcional (otra cosa es que la realidad no se acomode a esa premisa, pero en esto no entramos aquí).

Dicho lo anterior, hemos de ver entonces cuál es el criterio rector de la actuación de la persona de apoyo en este caso. Se trata de una cuestión particularmente importante, pues si aquí, a diferencia de lo que ocurre en caso de apoyo asistencial, quien actúa en el tráfico jurídico no es la persona con discapacidad sino la persona de apoyo, resulta indispensable que la ley fije el criterio por el que ésta se ha de guiar a la hora de tomar decisiones jurídicamente relevantes en relación con intereses de la persona representada.

Para resolver esta cuestión hay que empezar atendiendo al párrafo tercero del artículo 249 CC, que establece que *«En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación»*.

¿Cuál es el criterio que andamos buscando? El Código civil establece lo que hemos transcritto. Lo que ocurre es que, de modo semejante a lo que hemos visto al tratar del caso anterior, tampoco en éste nos encontramos con una norma de formulación atinada. Nótese, por lo pronto, que ese párrafo parece hacer depender el carácter representativo del apoyo, de que no se puedan determinar –es decir, conocer– la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad, y esto no es así. El carácter representativo del apoyo depende de que la persona con discapacidad no tenga discernimiento suficiente para captar el significado y alcance de las

¹⁰⁰ Así lo considera también MARÍN CALERO, 2022, p. 38.

cosas ni voluntad racional y libre para quererlas o no, pero que no tenga tal discernimiento o voluntad (en sentido jurídico) no supone necesariamente que esa persona no tenga inclinaciones (voluntad en sentido coloquial), deseos o preferencias, o que los tenga pero no se puedan conocer: es más, que tal cosa ocurra será extraordinario¹⁰¹. La norma mezcla confusamente, por tanto, el factor del que depende el carácter representativo del apoyo, con el criterio que ha de regir éste¹⁰². Y, siendo así, no se puede entonces tomar al pie de la letra lo dispuesto en ella sino que hay que proceder a su interpretación. ¿Cuál es el criterio rector en este caso?

En pura lógica, siendo coherentes con la filosofía que se dice inspira nuestro sistema actual, el criterio rector de la actuación de la persona de apoyo representativo debería ser atender, en primer lugar a «*la voluntad* (en el sentido coloquial del término, esto es, a la inclinación), *deseos y preferencias*» de la persona con discapacidad, si éstos pueden conocerse, y en segundo lugar, si eso no es posible, a «*la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración*»¹⁰³. El párrafo tercero del artículo 249 CC no debería, pues, tomarse literalmente, esto es, diciendo que en caso de apoyo representativo el único criterio a seguir es el de la trayectoria vital, creencias y valores de la persona con discapacidad. Es más, ni siquiera debería considerarse que esos elementos son los primeros a los que hay que atender en este caso. Lo que procedería es considerar que este párrafo tercero añade, a los elementos que ese mismo artículo 249 ha establecido con carácter general en su párrafo anterior –el segundo–, esos otros elementos, para los casos en que no es posible conocer aquéllos. Este, en efecto, es el criterio que parece debería guiar la actuación de la persona de apoyo representativo en el sistema actual¹⁰⁴. Con él se evidenciaría además que su función, aunque presente cierta semejanza con la que hemos visto tenía asignada el tutor en el sistema anterior, no se desarrolla en los mismos términos, pues mientras en el sistema anterior el criterio rector de la misma era

¹⁰¹ Así nos parece que lo entiende también, aunque con cierta mezcla, MARÍN CALERO, 2022, p. 40.

¹⁰² Participan de esa confusión AMUNÁTEGUI, 2019, pp. 39-40; GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, pp. 542 y 548; FERRER VANRELL, 2022, p. 611.

¹⁰³ En este sentido, LECIÑENA, 2021, pp. 660-662, y MARÍN CALERO, 2022, p. 89.

¹⁰⁴ Se trataría, pues, de leer el párrafo tercero del artículo 249 CC de modo que diga que en casos excepcionales las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas; que en estos casos se atenderá a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, cuando sea posible determinarlas, y que si esto no es posible se tendrá en cuenta la trayectoria vital, creencias y valores de esa persona, así como los factores que en su caso hubiera ella tomado en consideración. A este respecto, *vid.* las consideraciones que hace LEGERÉN, 2019, pp. 190-194.

atender al interés superior del tutelado –interés que se valoraba en términos objetivos, sin que el interés particular o subjetivo de esta persona (esto es, su inclinación, deseos y preferencias) tuviera atribuido un papel preponderante¹⁰⁵–, en el sistema actual ese criterio habría sido reemplazado por el apuntado¹⁰⁶.

Por nuestra parte, sin embargo, no estamos conformes con ese entendimiento de las cosas. No lo estamos, porque al examinar la regulación concreta aplicable al caso nos encontramos con que ése no es realmente el criterio que hoy sigue nuestro Ordenamiento. Así se evidencia si se atiende a los supuestos en que para actuar en representación de la persona con discapacidad se requiere obtener autorización judicial en expediente tramitado al efecto, y se analiza qué es lo que en ese expediente debe la persona de apoyo aducir en su solicitud y qué es lo que debe el Juez ponderar en su resolución¹⁰⁷. Tratamos a continuación de explicar nuestra idea.

Algunos autores, siguiendo la idea patrocinada por la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y apoyándose en el tenor literal del párrafo tercero del artículo 249 CC, estiman que la médula de ese expediente se cifra en aducir y ponderar si el acto para el que se solicita autorización responde o no a la voluntad (en sentido coloquial: inclinación¹⁰⁸), deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o, cuando no sea posible averiguar eso, si responde o no a la trayectoria vital, creencias, valores y demás factores que esa persona hubiera tomado en consideración en el supuesto de no necesitar representación. Y que el Juez concederá autorización si aprecia

¹⁰⁵ Aunque esto fue matizándose con el tiempo, pues si bien inicialmente el interés objetivo del tutelado era el criterio rector casi único, luego se modificó el tenor del artículo 268 CC –por obra de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional– disponiendo que «*los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos...*».

¹⁰⁶ *Vid.* la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (núm. 21), que dice que «*Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”.* (...) *El principio del “interés superior” no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de “la voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior” para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.*» Así lo sostienen en nuestra doctrina, tajante y convencidamente, GARCÍA RUBIO, 2017, pp. 11 y 17-18; GARCÍA RUBIO TORRES COSTAS, 2022, pp. 218-219. GARCÍA RUBIO, *Los desafíos...* 2023, p. 29.

¹⁰⁷ Esos casos, como veremos en su momento (*infra* IV.2.2), no son todos pero sí la gran mayoría, y de cualquier modo eso no afecta en nada a lo que aquí estamos considerando: que se requiera tal autorización depende sólo de la importancia mayor o menor que la ley considera tienen los actos para la persona con discapacidad.

¹⁰⁸ Hablamos de voluntad en sentido coloquial, porque en sentido jurídico no puede ser en este caso, por hipótesis: la persona carece de discernimiento para tomar decisiones y actuar por sí misma, ni siquiera con apoyo asistencial.

correspondencia en ese sentido y de lo contrario la denegará, pero en todo caso con independencia de si el acto en cuestión resulta necesario o conveniente, o no, para la persona con discapacidad¹⁰⁹. Se propugna, pues, una configuración de ese expediente en clave netamente subjetiva.

A nuestro juicio, sin embargo, no es así como hay que entender tal expediente. No lo es, porque el criterio que la ley señala al Juez en orden a resolver si conceder o no la autorización solicitada es de carácter más objetivo que subjetivo. Véase que la Ley de Jurisdicción Voluntaria –que es la que regula el expediente referido– establece en su artículo 65 que el Juez resolverá «*teniendo en cuenta la justificación ofrecida [del acto o negocio de que se trate] y valorando su conveniencia a los intereses... [de la] persona con discapacidad*»¹¹⁰, y que esa justificación es la que resulte de la solicitud de autorización presentada por la persona de apoyo, en la que –dice el artículo 63.1 de esta Ley– «*deberá expresarse el motivo del acto o negocio de que se trate,... se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo, se identificará... el bien o derecho a que se refiera; y se expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se obtenga*», acompañándose a la misma «*los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate, y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común realizada*»¹¹¹. Lo cual pone de manifiesto que la autorización del Juez no se hace depender propia o principalmente de que el acto en cuestión responda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o a su trayectoria vital, creencias, valores y demás factores que ésta hubiera tomado en consideración en su caso. La Ley de Jurisdicción Voluntaria, de hecho, no menciona siquiera esos elementos al regularlo, como hubiera sido lógico si fueran la médula del mismo. La clave principal de ese expediente está en que el acto para el que se solicita autorización

¹⁰⁹ Así, entre otros, GARCÍA RUBIO VARELA CASTRO, 2022, p. 668; MUNAR BENÍTEZ, 2022, p. 437; y LECIÑENA, 2021, pp. 660-661.

¹¹⁰ También comprobará el Juez en este expediente, naturalmente, que el acto cuya autorización o aprobación se solicita no contraviene las prohibiciones del artículo 251 CC, pero ésta es cuestión que se mueve en un plano distinto.

¹¹¹ Este artículo 63.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en su núm. 2, hace referencia también al documento en que se hayan sentado las bases de la transacción pretendida, pero no lo mencionamos en el texto sino aquí en nota porque en verdad no es sino un exponente particular de lo dicho en términos generales en el núm. 1 de ese mismo precepto. Por ser cuestión de detalle, traemos también aquí a nota el núm. 3 de este precepto, en el que se apunta que si la solicitud fuera para la realización de un acto de disposición y se pidiera además la celebración de venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada, «*deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar*».

sea conveniente o no para los intereses de la persona con discapacidad. Afirmación que se ve reforzada al considerar que el artículo 264.1 CC dispone que esa autorización la concederá el Juez «*en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso*», lo que no tendría sentido si el criterio determinante para ello fueran la voluntad, deseos, preferencias... de la persona con discapacidad. A lo que se puede añadir además que, en caso de que la voluntad (en sentido coloquial: inclinaciones), los deseos o las preferencias de la persona con discapacidad sean contrarios a la decisión o al acto cuya realización pretenda la persona de apoyo, aunque eso ponga fin al expediente de jurisdicción voluntaria en que se esté tramitando la autorización judicial, con ello no se cierra sin embargo definitivamente la cuestión, ya que la ley permite continuar con ella acudiendo a un procedimiento contradictorio en el que Juez puede resolver conforme a lo pretendido por la persona de apoyo, aun en contra de la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad¹¹².

Se trata, pues, de un expediente que pone en su centro un criterio de valoración de carácter fundamentalmente objetivo¹¹³. Lo cual puede quizás a primera vista parecer inconciliable con la idea que sobrevuela nuestro sistema actual –que en este tema el apoyo ha de proceder guiado por la voluntad, deseos y preferencias, o por la trayectoria vital, creencias y valores de la persona con discapacidad–, pero en verdad, si se valora la cuestión debidamente, se ve que tal choque frontal no existe.

No existe, de entrada, porque no puede olvidarse que el caso que aquí estamos viendo no es el considerado por nuestro sistema como «regular», sino excepcional: opera sólo cuando las personas tienen una discapacidad tan severa que no les permite, ni siquiera

¹¹² *Vid.* STS 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021/4002), STS 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023/356); SAP Asturias (Secc. 6.^a) 25 de junio de 2024 (JUR 2024/302078); AAP Guipúzcoa (Secc. 2.^a) 11 de julio de 2024 (JUR 2024/465618). Igual, aunque antes de la Ley 8/2021 –pero apenas unos días antes–, la STS 6 de mayo de 2021 (RJ 2021/2381). Y *vid.* también los artículos 42.bis.b).5 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que aunque no se refieren propiamente a la autorización de un acto sino al establecimiento de medidas de apoyo, le dan el mismo tratamiento.

¹¹³ Antes de la Ley 8/2021 se manifestaba también en este sentido GARCÍA ALGUA-CIL, 2016, p. 100. Y lo reconocía asimismo, aunque para criticarlo, PEREÑA, RDC, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 77-78. Ése es, además, el criterio a seguir hoy en el Derecho aragonés, tras su modificación por la Ley 3/2024, pues los artículos 36.4 y 37.2 de su Código establecen que «*La persona que preste el apoyo deberá actuar en beneficio de la persona apoyada y hacer todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría una persona razonable, actuando, como mínimo, con la misma diligencia que emplea en sus propios asuntos*» y que «*Cuando la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad no puedan conocerse, su cumplimiento resulte imposible o extraordinariamente difícil o puedan suponer un peligro significativo para su bienestar o el de las personas a su cargo o graves perjuicios a terceros, se actuará en función de lo que objetivamente sea mejor para la dignidad, los derechos e intereses de la persona afectada*».

con asistencia, captar el significado de las cosas y tener una voluntad racional y libre al respecto. Y, siendo así, no resultaría entonces descabellado ni inadmisible que en este caso el legislador se hubiera apartado de la idea referida –hablamos aquí en términos hipotéticos– y hubiera diseñado el criterio rector atendiendo de modo principal al interés objetivo de la persona con discapacidad¹¹⁴ (por nuestra parte, sin duda, creemos que esto es lo que resulta más adecuado, en razón de la situación excepcional en que se encuentra la persona concernida¹¹⁵).

Y no existe tal choque frontal, además, porque aunque la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o su trayectoria vital, creencias y valores, no estén en el centro de este expediente, ello no significa que se obvien absolutamente: nótese que los artículos 264 CC y 52.3 LJV establecen que en ese expediente el Juez «oirá a la persona con discapacidad» y que «antes de tomar una decisión... entrevistará por sí mismo a la persona

¹¹⁴ *Vid.* además, en este mismo sentido, lo dispuesto en la 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, cuyo artículo 9 (Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación) establece lo siguiente: «**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».**

¹¹⁵ Así lo considera también DE VERDA, 2002, pp. 99-101, 107 y 114, nota 83. Antes de la aprobación de la Ley 8/2021, DE SALAS MURILLO, RCDI 2020, pp. 2233-2235; y LEGERÉN, 2019, pp. 192-194.

Si perjuicio de la crítica que hemos hecho en las páginas anteriores a un entendimiento *ad pedem litterae* del párrafo tercero del artículo 249 CC, podemos aquí apuntar además que la mención que en el mismo se hace a «*los factores que [la persona con discapacidad] hubiera tomado en consideración*» podría también «leerse» de tal modo que no sólo vaya referida a la vida pasada de esa persona sino que pueda proyectarse también al futuro, dando cabida a su voluntad, deseos o preferencias hipotéticas. Lo cual deja abierto un campo de opciones mayor, ya que es plausible considerar que las inclinaciones, deseos y preferencias que esa persona tenía cuando no estaba aquejada de discapacidad, no sean los que tendría ahora que sí lo está. Y así, entendidos de este modo los «factores que ella hubiera tomado en consideración», no parece entonces descabellado que la persona de apoyo representativo pueda hoy proceder también con arreglo al «mejor interés» de la persona con discapacidad, aunque éste no se corresponda con lo que esa persona hacía cuando no tenía tal discapacidad.

con discapacidad y... a cuantas personas considere necesario oír», lo que significa que aunque el Juez no ha de atender única o principalmente a esos datos, debe tenerlos presentes, y en consecuencia que no debe dar su autorización si tras entrevistarse con la persona con discapacidad y oír a las demás personas que en el caso comparezcan aprecia choque falto de justificación entre el acto pretendido por la persona de apoyo y la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o con su trayectoria vital, creencias y valores, pues ello pondrá de manifiesto que ese acto no es el que mejor conviene al interés de esa persona. Y es que, aunque el criterio fijado por el legislador como guía de este expediente tiene principalmente un contenido objetivo, integra también los elementos subjetivos de la voluntad (en el sentido coloquial del término: inclinación), los deseos y las preferencias de esa persona, y de su trayectoria vital, creencias y valores. Pero una cosa es eso, y otra resolver la solicitud presentada única o principalmente en base a esos elementos subjetivos¹¹⁶. Esto no es así. Es más, hay que insistir aquí en que aunque en este caso el Juez ha de tener presentes también esos elementos subjetivos, no ha de guiarse sólo o principalmente por ellos: ha de hacerlo guiado sobre todo por el interés objetivo de la persona con discapacidad, lo que supone que puede autorizar un acto aunque no se corresponda con la voluntad (en sentido coloquial: inclinación), deseos o preferencias de esa persona, si estima que el acto es necesario, útil o conveniente para ella; y que puede negarse a autorizarlo, a pesar de que tal sea su

¹¹⁶ En este punto resulta fundamental el trabajo de MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2021, pp. 118-124), quien relativiza el valor de las afirmaciones radicales de la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad –según las cuales la voluntad (en sentido coloquial: inclinaciones) y preferencias de una persona con discapacidad deben reemplazar en todo caso al interés objetivo de la misma (21)– poniendo de manifiesto que tal idea no se corresponde con lo preceptuado en la propia Convención de Nueva York sino que lo excede, ya que ésta no habla sólo de voluntad y preferencias sino también de derechos e intereses de las personas con discapacidad, y que ambos elementos deben considerarse de modo complementario. En sentido semejante, aunque antes de la Ley 8/2021, *vid.* PALLARÉS NEILA (AC marzo 2020, pp. 9-15). Aunque su postura no resulta clara, quizás no está lejos de la idea que sostengamos GUILARTE MARTÍN-CALERO, pues sitúa en el mismo plano el dato objetivo de la conveniencia del acto a los intereses de la persona con discapacidad –que es además el que menciona primero– y el dato subjetivo de su voluntad, deseos y preferencias, o de su trayectoria vital (2021, p. 815). Tal vez también DE SALAS MURILLO, aunque igualmente sin claridad, y en su caso mencionando además primero el dato de la voluntad, deseos y preferencias (*Diario La Ley*, núm. 9841, mayo 2021, p. 7).

Adviértase, en este sentido, que la aplicación en clave estrictamente subjetiva del expediente que estamos viendo podría llevar a resultados difíciles o inasumibles: ¿cómo se procedería en caso de acto objetivamente necesario o conveniente para la persona con discapacidad, que además responde al deseo que ésta ha manifestado al ser entrevistada por el Juez, si días más tarde de ser autorizado por éste, al ir a ser realizado efectivamente por la persona de apoyo, aquélla manifiesta ser otro su deseo? El planteamiento que nosotros proponemos, facilita salvar esto.

voluntad (en sentido coloquial), deseo o preferencia, si estima que es perjudicial para ella¹¹⁷.

Dicho lo cual, hay que añadir aquí que la toma en consideración de los elementos subjetivos referidos se ha de hacer, no sólo por el Juez sino también por la persona de apoyo –en nuestro caso, el guardador–, lo que supone que debe tenerlos presentes, tanto al decidir si presentar o no al Juez solicitud de autorización del acto de que se trate, como después, al tiempo de llevar a cabo el acto autorizado por el Juez. Esto último es así por cuanto ni siquiera en los supuestos de actuación representativa es posible concebir siempre a la persona de apoyo como mero ejecutor –autómata– del acto autorizado por el Juez: en algunos casos, de hecho, es indispensable reconocerle cierto margen de actuación, y entonces debe tener presentes las inclinaciones (voluntad en sentido coloquial), los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad, o su trayectoria vital, creencias y valores¹¹⁸. Así se establece en el artículo 264 CC cuando dice que *«la autorización... deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad»*: nótese que dice ejercitada, no concedida¹¹⁹. ¿Supone esto, que atender la persona de apoyo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o a su trayectoria vital, creencias y valores, deviene en caso de apoyo representativo un mero *desideratum*? No es así. Lo que ocurre es que, en caso de desatención injustificada a tales elementos por parte de la persona de apoyo –porque atenderlos es compatible con lo que al interés de la persona con discapacidad resulta necesario, útil o conveniente–, la respuesta jurídica vendrá a través de la responsabilidad que es exigible a la persona de apoyo cuando en el desempeño de su función no se atiende a lo que la ley le impone¹²⁰.

El expuesto en las páginas anteriores es nuestro modo de entender el criterio rector de la actuación de la persona de apoyo representativo. Entendimiento que no infringe lo dispuesto en los artículos 249 y 250 CC, porque los otros preceptos que también hemos

¹¹⁷ *Vid. STS 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023/356).*

¹¹⁸ Así, *v. gr.*, a la hora de efectuar la venta de un inmueble autorizada por el Juez, la persona con discapacidad puede tener preferencia por vender a una persona u otra, porque tenga o haya tenido más amistad o relación con una que con otra, o porque, aunque las conozca de nuevas en el momento de la operación, una le resulta más agradable o simpática que otra. O, a la hora de contratar un seguro de vida, renta vitalicia u otros análogos, puede tener preferencia por una entidad u otra, en función de experiencias pasadas con ella, trato mejor o peor que la hayan dispensado, etc.

¹¹⁹ Refieren también la voluntad, deseos y preferencias, al ejercicio de la autorización, PALACIOS GONZÁLEZ, 2021, p. 423; DE SALAS MURILLO, 2021, p. 979; y NIETO ALONSO, 2022, p. 306, pero no estamos seguros de si con plena conciencia en este sentido.

¹²⁰ Se trata –esto sí– de una responsabilidad que habrá en su caso que reclamar *a posteriori*, por las personas legitimadas para ello.

considerado aquí, tanto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria como del propio Código civil, son igualmente de rango legal y obra de la misma Ley 8/2021 que establece aquéllos¹²¹, y que además no es inconciliable con la idea –tan repetida, a veces de manera mecánica– que se dice inspira nuestro sistema actual, de proceder con arreglo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o con arreglo a su trayectoria vital, creencias y valores, pues sucede simplemente que en este tema, en caso excepcional como se considera que es éste, hay que proceder de modo matizado.

Llegados a este punto, pasamos a analizar en detalle el régimen jurídico aplicable hoy a la guarda de hecho, considerando para ello separadamente los casos en que desempeña función asistencial y los casos en que actúa con función representativa.

III. LA GUARDA DE HECHO CON FUNCIÓN ASISTENCIAL

1. POSIBILIDAD QUE TIENEN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE REALIZAR POR SÍ MISMAS ACTOS Y CONTRATOS, CUANDO EL APOYO ES DE CARÁCTER ASISTENCIAL

Empezamos este punto planteando, a modo de introducción, la siguiente pregunta: ¿pueden estas personas actuar por sí mismas en el tráfico jurídico? Pues bien, la respuesta a la misma no puede plantear duda en nuestro Derecho actual: dado que aquí estamos hablando de personas que no obstante su discapacidad cuentan con discernimiento suficiente para entender el alcance de las cosas y voluntad racional y libre para quererlas o no –lo que tradicionalmente se ha denominado «capacidad natural de entender y querer»–, hay que afirmar de modo rotundo que estas personas pueden efectivamente actuar por sí mismas en la vida jurídica y que pueden por tanto realizar por sí mismas actos y negocios jurídicos.

Así es hoy, en efecto, en nuestro Ordenamiento, que no establece exclusión o limitación a este respecto en relación con tales personas. Véase que el artículo 1263 CC, antes de su reforma por la Ley 8/2021 establecía que «*No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores*

¹²¹ Viene bien aquí recordar el conocido brocado «*non ex regula Ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*»: el Derecho no se debe extraer de la regla que los hombres elaboran para facilitar su proceder en el día a día, normalmente simplificando las cosas y considerando el supuesto general, sino que la regla debe construirse en base al Derecho existente, pero en base a todo él, a todas las normas que lo integran.

no emancipados [ni] 2.º Los incapacitados» –y la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias asimilaban a estos efectos a quienes habían sido declarados como tales por sentencia y a quienes no lo habían sido pero estaban afectados por enfermedad o deficiencia que los inhabilitaba para el gobierno de sí mismos–, mientras que en su redacción actual establece solamente que «*Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales*». Ha desaparecido de este precepto, pues, toda referencia a incapacitados o incapaces, es decir a las actualmente denominadas personas con discapacidad, lo que determina que éstas, al menos como regla, no pueden ser excluidas en orden a actuar por sí mismas en el tráfico jurídico¹²².

Idea que se refuerza si consideramos además que el Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020¹²³ pretendió modificar ese precepto dándole una redacción menos restrictiva que la entonces existente pero no tan posibilitadora como la actual –«*Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas*», era el tenor proyectado del mismo–, y que tal disposición finalmente no fue aprobada, precisamente por causa de su referencia a limitaciones en este sentido. En nuestro Ordenamiento actual, por tanto, hay que partir de la base de que la discapacidad intelectual no es, *per se*, impedimento para que las personas puedan realizar actos o celebrar negocios por sí mismas. Sólo lo será cuando la discapacidad sea de grado tal que determine en la persona falta de comprensión o de voluntad racional y libre al respecto¹²⁴, circunstancia que, como ya se ha dicho, el sistema actual considera excepcional. Siendo importante

¹²² En este punto conviene reproducir las palabras de ATAZ LÓPEZ, quien dice que «si leemos el nuevo texto legal sin prejuicios..., veremos que ya no se puede decir de él que se refiera a la *capacidad contractual* en general. Es, simplemente, una norma habilitadora de la contratación por parte de menores de edad en ciertos casos; con lo que resulta que nuestro Código ya no tiene ningún precepto que se refiera a la *capacidad contractual*, por lo que ésta habrá de regirse por las reglas generales y por el propio significado de la noción de consentimiento» (2022, p. 149). MONJE BALMASEDA, por su parte, dice a este respecto que «actualmente el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y la imposibilidad de que aquélla pueda ser limitada, justifica su ausencia en el artículo 1263 CC. (...) La discapacidad –añade– no se configura como una limitación a la capacidad de contratar, otra conclusión... sería discriminatoria para ella... y determinaría una limitación no acorde con el artículo 12 CDPD» (2022, p. 1122). Para un análisis detenido del artículo 1263 CC a la luz de la Ley 8/2021, *vid.* GARCÍA RUBIO, 2022, pp. 623-630.

¹²³ Proyecto de Ley 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 (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de julio de 2020, Serie A, núm. 27-1).

¹²⁴ MARÍN CALERO, 2022, p. 39.

destacar aquí que lo que hoy se requiere para que las personas con discapacidad puedan actuar por sí mismas es que tengan comprensión suficiente del acto o negocio de que se trate y de sus consecuencias, no que tengan comprensión plena de todo ello: esto es así por cuanto el nuevo sistema reconoce capacidad jurídica a estas personas sin condicionar ese reconocimiento a que superen su discapacidad, sino contando con que la tienen y con que ella conllevará algunas consecuencias¹²⁵. Basta por tanto con que tengan comprensión suficiente en ese sentido, cosa que además no se ha de valorar en abstracto y en términos generales sino en relación con cada persona y con cada acto concreto que pretendan realizar¹²⁶. Y que sea así no puede sorprender, pues esto resulta consustancial a un sistema que pretende –*vid. el Preámbulo de la Ley 8/2021 y el artículo 249 CC*¹²⁷– que las personas con discapacidad sean protagonistas de sus propias vidas y alcancen el desarrollo pleno de su personalidad: si ésa es su finalidad, hay entonces que reconocerles la iniciativa y la decisión en orden a realizar actos atinentes a sus derechos e intereses.

Esto es así incluso si se trata de operaciones que se quieren instrumentar en documento público, pues, si la persona en cuestión tiene efectivamente comprensión suficiente al respecto –juicio que, como es lógico, corresponde al Notario¹²⁸–, éste no puede dejar de

¹²⁵ Esta atinada observación es de MARÍN CALERO, 2022, pp. 30-31, 90 y 170. A este respecto, ahora bien, afirma este autor que, cuando el apoyo que se preste a una persona con discapacidad sea de gran intensidad pero se pretenda tiene carácter asistencial, para que pueda ser calificado así es imprescindible que, llegado el momento, sea la propia persona con discapacidad la que, teniendo comprensión suficiente del acto o negocio de que se trate, decida realmente su realización y declare libremente su voluntad en ese sentido (pp. 40, 56, 90 y 207). También hay que tener presente aquí la Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado (de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad), que admite que la persona con discapacidad comparezca ante Notario «acompañada de otras de su confianza *que le ayuden a comunicarse con el notario*» (p. 3; la cursiva es nuestra), lo que parece permitir que sea una de estas otras personas la que en mayor medida hable, comunique o explique al Notario lo que la persona con discapacidad quiere. Eso, ahora bien, será así –entendemos advierte MARÍN CALERO– siempre que el Notario constate de algún modo que ésa es efectivamente la voluntad real y libre de la persona con discapacidad.

¹²⁶ LEGERÉN, 2019, p. 181. Para esa valoración, naturalmente, se atenderá a la mayor o menor complejidad del acto.

¹²⁷ El Preámbulo, partiendo de que «*el propósito de la Convención [de Nueva York] es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente*», afirma –I– que se impone un cambio de sistema, sustituyendo al anterior por uno nuevo en que la persona con discapacidad «será la encargada de tomar sus propias decisiones». Y el artículo 249 CC, en consonancia con ese Preámbulo, establece que la finalidad de las medidas de apoyo en el nuevo régimen es «*permitir [a las personas con discapacidad] el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad*».

¹²⁸ El deber del Notario de emitir juicio con respecto al otorgante sigue existiendo y siendo trascendente [arts. 17.bis.2.a) de la Ley del Notariado y 167 del Reglamento notarial], aunque su reflejo en el documento deba adaptarse terminológicamente para encajar

autorizar la escritura que aquélla pretenda otorgar: la discapacidad intelectual, por evidente que sea, no constituye *per se* un impedimento para ello.

2. SOBRE SI LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PUEDEN REALIZAR ACTOS Y NEGOCIOS POR SÍ SOLAS, O PRECISAN PARA ELLO LA INTERVENCIÓN DEL GUARDADOR. ALCANCE DE LA ACTUACIÓN DEL GUARDADOR

Hemos dicho que las personas con discapacidad que estamos considerando aquí pueden realizar actos y negocios jurídicos por sí mismas. Pero, ¿pueden además realizarlos por sí solas, o requieren para ello la intervención, de algún modo, de la persona de apoyo – en nuestro caso, del guardador de hecho –?

Esta es la cuestión más importante que se plantea en este caso, y que hemos de tratar ahora. Porque en un momento anterior del trabajo hemos visto cuál es la sustancia del apoyo de carácter asistencial¹²⁹ pero no hemos visto qué papel corresponde a la persona de apoyo al tiempo de la realización efectiva de actos o negocios por parte de la persona con discapacidad. Es preciso aquí, por tanto, considerar el asunto desde esta otra perspectiva: ¿es necesaria, en el preciso momento de emitir su voluntad la persona con discapacidad y realizar un acto o negocio concreto, la intervención de la persona de apoyo, o puede aquélla realizarlo por sí sola? La pregunta se justifica por cuanto, si tan revolucionario y posibilitador es para las personas con discapacidad, como se dice, el nuevo régimen, se hace necesario ver en qué se traduce desde esta perspectiva.

Pues bien, la respuesta a esa pregunta ha de ser que la intervención de la persona de apoyo no es necesaria en ese sentido. Y la razón es que aquí estamos hablando de apoyo de carácter asistencial, esto es de apoyo a persona que, no obstante su discapacidad, tiene discernimiento suficiente para comprender el significado del acto o negocio que va a realizar y voluntad racional y libre para quererlo o no, lo que determina que, al preciso efecto de realizar ese acto o negocio, la intervención de la persona de apoyo no resulte necesaria, sea cual sea el concepto en que se plantee. Por lo siguiente.

No procede su intervención como otorgante o agente principal, por supuesto, porque ese papel corresponde únicamente a la persona

en el nuevo sistema. En este sentido, sugiere LORA-TAMAYO referir el juicio del Notario, no a «la capacidad del otorgante» sino a su «aptitud para ejercer su capacidad jurídica» (*El Notario del siglo xxi*, mayo-junio 2021, núm. 97, p. 41), aunque no es la única fórmula posible. *Vid.* también LECIÑENA, 2021, pp. 657-658.

¹²⁹ *Supra*, II.2.1.

con discapacidad –si el acto o negocio es unilateral–, o a la persona con discapacidad y a la contraparte –si es bilateral–. Esto es claro, y no requiere más consideración.

No procede tampoco su intervención con virtualidad de complemento de capacidad de la persona con discapacidad, porque esto es inconciliable con el sistema actual, que procede sobre la base de que todas las personas tienen igual capacidad jurídica, que ésta no puede ser limitada, y que esa capacidad supone no sólo aptitud para ser titular de derechos sino también para realizar actos con relevancia jurídica. Lo cual excluye que la voluntad de estas personas, para poder ser ejercitada, precise ser complementada por otra persona.

Y no procede tampoco su intervención en calidad de apoyo a la persona con discapacidad porque, aunque se denomine de modo distinto, en verdad ello supondría mantener en lo esencial el sistema de curatela anterior, en el que para la realización de actos y contratos por parte del curatelado se requería que el curador interviniere prestando asentimiento a los mismos –hablamos de curatela, porque éste es el supuesto más comparable aquí–, poniéndose con ello en sus manos una suerte de voto en relación con las posibilidades de actuación de aquél, voto que aplicaría –no interviniendo o no prestando su asentimiento– cuando estimara que el acto que el curatelado pretendía realizar no era adecuado o conveniente¹³⁰. Esto, ahora bien, no puede admitirse hoy, por ser inconciliable con el nuevo sistema¹³¹. Si se admitiera, nos encontraríamos ante un caso en que se haría cierto el conocido adagio que reza: «*que todo cambie, para que todo siga igual*».

Hay que concluir, pues –parezca ello lo que nos parezca–, que, referida propiamente a la realización de actos o negocios por parte de personas con discapacidad, la intervención de la persona de apoyo asistencial –en nuestro caso, del guardador de hecho– no es necesaria en nuestro Derecho actual¹³². Lo cual, por lo demás, es

¹³⁰ Así lo pone de relieve DE SALAS MURILLO, *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, núm. 5, 2018, pp. 84 y 103-106; también en RCDI 2020, pp. 2249-2250 y 2257.

¹³¹ Así también GARCÍA RUBIO VARELA CASTRO, 2022, pp. 649-650, 654, 659 y 664; y TENA ARREGUI, 2022, pp. 44-45. El planteamiento que hemos criticado nos parece sin embargo que encuentra reflejo en LECIÑENA (2022, pp. 276-278) y ÁLVAREZ LATA (2021, p. 994). Pero no es así, sino como hemos dicho: repárese, en este sentido, que la Ley 8/2021 afirma en su Preámbulo –número IV– que «*particularmente afectadas van a resultar algunas reglas relativas... al Derecho de contratos, [cuestión] en la que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran trascendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva*».

¹³² El expuesto es un planteamiento de operatividad general, es decir, procedente no sólo cuando quien desempeña la función de apoyo asistencial es un guardador de hecho sino también cuando es un curador o persona de apoyo voluntario. Es verdad que en caso de guardador eso resulta más fácil de admitir, habida cuenta de que se trata de un apoyo que no

perfectamente conciliable con lo dispuesto en el artículo 249 CC cuando dice que la finalidad de las medidas de apoyo es posibilitar a las personas con discapacidad el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, pues que sea así no tiene porqué traducirse en supeditar, la realización de actos o contratos por parte de las personas con discapacidad, a la intervención en los mismos de la persona de apoyo¹³³.

Conclusión, ésa, que se podría incluso reforzar si se admite que las personas con discapacidad pueden rechazar los apoyos puestos a su disposición, por ser éstos un derecho que tienen, no una limitación ni algo que se les pueda imponer¹³⁴. Pues si, aunque con ello cometan una equivocación, pueden rechazarlos –«derecho a equivocarse», igual que las personas sin discapacidad–, ello evidencia que la realización de actos y negocios por su parte no precisa de la intervención de la persona de apoyo¹³⁵. Esta, sin embargo, no es cuestión pacífica en la doctrina, por lo que nosotros aquí simplemente la apuntamos a mayor abundamiento.

se ha establecido formalmente y cuya existencia, por tanto, puede no ser conocida por la otra parte ni por el Notario. Pero, con independencia del mayor o menor reparo que pueda suscitar, el planteamiento expuesto es referible igualmente a todas las medidas de apoyo asistencial, por ser el que resulta conforme al sistema instaurado por la Ley 8/2021. Así parece además que lo asume, en relación con la guarda de hecho, la Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado (de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad), cuando dice –p. 5– que «la guarda de hecho... no... representa un condicionante para la actuación de la persona con discapacidad». En relación con el curador, sin embargo, esta Circular parece sostener lo contrario –p. 5– (también DE VERDA, 2022, p. 98), lo que a nuestro entender no es posible: el criterio ha de ser el mismo en ambos casos. En el sentido que hemos defendido en el texto se manifiestan también PÉREZ GALLARDO (2021, pp. 477-480), LÓPEZ BARBA (2021, pp. 605-608); PALLARÉS NEILA (2022, pp. 264-266) y MONJE BALMASEDA (2022, pp. 1121-1123). De forma contradictoria, sin embargo, se pronuncia GUILARTE MARTÍN-CALERO (2021), pues en p. 549 parece no requerir la participación en el acto de la persona de apoyo, pero en p. 551 sostiene lo contrario.

¹³³ Y, si en la realización efectiva del concreto acto o negocio no es necesaria la intervención de la persona de apoyo asistencial, menos procedente aún es plantear la necesidad de autorización judicial en ese sentido, ni siquiera si se trata de actos de gran trascendencia personal, familiar o patrimonial –*i.e.*, los actos contemplados en el artículo 287 del Código civil–: la razón es, de nuevo, que aquí hablamos de personas que no obstante su discapacidad tienen discernimiento suficiente para entender el acto en cuestión y voluntad racional y libre para quererlo, es decir de personas que realizan esos actos por sí mismas, no a través de persona de apoyo representativo, que es el supuesto para el que ese precepto exige autorización judicial.

¹³⁴ Así GARCÍA RUBIO, 2022, p. 627; y LECINENA, 2022, pp. 260 y 278. Sobre el derecho a rechazar los apoyos, *vid.* GARCÍA RUBIO VARELA CASTRO, 2022, p. 653; PEREÑA, 2022, pp. 163-164; y LEGERÉN, 2019, pp. 195-199. De SALAS MURILLO, sin embargo, al menos en línea de principio niega a la persona con discapacidad la posibilidad de rechazar los apoyos (RCDI 2020, pp. 2235-2238, 2243-2246 y 2253-2254).

¹³⁵ Así también GARCÍA RUBIO VARELA CASTRO, 2022, pp. 652-653. Otra cosa es que luego el régimen dispuesto en el nuevo sistema a efectos de impugnación de los actos realizados sin apoyo no sea coherente con esto: sobre ello, *vid. infra* III.3 –2 y 3–.

Lo dicho, ahora bien, no significa que la persona de apoyo asistencial –en nuestro caso, el guardador de hecho– no juegue un papel extraordinariamente importante en relación con los actos o negocios que la persona con discapacidad lleve a cabo. Todo lo contrario: lo juega, porque, aunque esta persona tenga comprensión suficiente del significado de un determinado acto o negocio, eso no significa que el proceso de formación de su voluntad se desarrolle en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, ya que para que sea así precisa que el déficit que tiene en ese sentido por causa de su discapacidad se neutralice o compense, lo que a su vez depende de que durante tal proceso cuente con el apoyo adecuado¹³⁶.

El apoyo juega en este caso, por tanto, un papel muy importante. Pero, si es así, ¿cómo conciliar esto con lo antes dicho, de que para realizar la persona con discapacidad un acto o negocio no es necesario que la persona de apoyo intervenga en él? La respuesta pasa por caer en la cuenta de que en el sistema actual el apoyo de carácter asistencial opera propiamente durante el proceso de formación de voluntad de la persona con discapacidad¹³⁷, no al tiempo de culminar ese proceso y emitir esta persona su voluntad.

Hay aquí, pues, que distinguir. Una cosa es que en caso de apoyo asistencial sean las personas con discapacidad las que realicen, por sí mismas y por sí solas, los actos y contratos que hayan decidido hacer, y que la intervención de la persona de apoyo, referida precisamente a la realización (perfección) de esos actos o contratos, no sea necesaria. Y otra cosa es que en el proceso previo de formación de su voluntad –lo que implica no sólo conocer el significado del acto que pretenden realizar, sino también valorar el alcance personal, familiar, social y económico del mismo en su concreto caso– la persona de apoyo sí pueda y deba ser sujeto activo, y con un papel muy relevante¹³⁸. Lo es, efectivamente, hasta tal punto que aunque su falta no impide a la persona con discapacidad

¹³⁶ Siempre que la discapacidad afecte al concreto acto o negocio: recuérdese que, aunque el apoyo sea asistencial, la discapacidad es una circunstancia que no ha de afectar necesariamente a todas las actuaciones de la persona concernida. En relación con los actos o negocios de esa persona no afectados por su discapacidad, por tanto, su tratamiento jurídico será el mismo que se aplica a cualquier persona.

¹³⁷ LEGERÉN, 2019, p. 201; GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, p. 517; SÁNCHEZ GÓMEZ, RDC 2020, pp. 406-407. En contra, para el sistema anterior a la Ley 8/2021, *vid.* DE SALAS MURILLO, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil* 2018, núm. 5, pp. 84 y 86.

¹³⁸ En otras palabras: su intervención es relevante en relación con la operación personal o económica que con ese acto o negocio se pretende realizar, considerada esa operación en su conjunto, pero no en relación con la efectiva celebración del acto o contrato a través del cual aquélla se pretende articular. Así también, aunque en relación con el testamento, GÓMEZ VALENZUELA, RDC 2023, pp. 112-114.

realizar actos y negocios, sí abre la puerta a su eventual impugnación posterior¹³⁹.

Es así porque, aunque en la ponderación de intereses tradicionalmente concernidos en este tema –«proteger a las personas con discapacidad de las consecuencias de sus propios actos»¹⁴⁰ y proteger la seguridad jurídica, de un lado; y permitirles desarrollar su personalidad y ejercitar su voluntad con autonomía, del otro¹⁴¹– el sistema instaurado por la Ley 8/2021, invirtiendo los términos en que procedía el sistema anterior, ha optado por dar prevalencia inicial al interés señalado en segundo lugar, esto no significa que haya hecho desaparecer el apuntado en primer lugar. Lo que ha hecho es dejar su eventual entrada en juego para un momento posterior, permitiendo en determinadas circunstancias la impugnación de los actos o negocios realizados por esas personas sin apoyo.

En el sistema anterior, en efecto, las actuaciones de las personas con discapacidad inadecuadas para sí mismas, o los abusos de tales personas por parte de otras, se combatían principalmente tratándose de impedir su acaecimiento¹⁴². En el sistema actual, en

¹³⁹ No estamos nosotros de acuerdo, pues, con ÁLVAREZ LATA cuando, hablando de la «capacidad para contratar», afirma –aunque en verdad estas palabras nos parece que no reflejan del todo bien su idea– que, «a la luz del actual artículo 1302 CC, cabe mantener que la propia persona con discapacidad la conserva también para realizar actos o negocios para los que se hayan establecido medidas de apoyo (...), frente al contratante de buena fe (*rectius*: aquél que no esté en las circunstancias del artículo 1302.3 CC). Y ello –dice– porque según el artículo 1302 CC no es impugnable... el contrato realizado por la persona con discapacidad en el que se ha prescindido del apoyo si el co-contratante es de buena fe» (2021, p. 994). A nuestro entender, sin embargo, ese planteamiento no es correcto: la «capacidad para contratar» a que la autora hace referencia, se tiene o no se tiene –y en nuestro Ordenamiento actual, como regla, se tiene–, y no varía en función de las circunstancias de la persona con quien contrate. Otra cosa es que las circunstancias concurrentes –falta de apoyo– puedan determinar la eventual impugnación posterior del contrato celebrado.

¹⁴⁰ Así se habría dicho al amparo del régimen anterior, aunque hoy esta expresión parece habrá de descartarse, por ofensiva. Por eso la entrecomillamos en el texto.

¹⁴¹ CASTRO-GIRONA, 2016, pp. 37 y 41; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2016, pp. 19 y 22-23. Se habla de proteger la seguridad jurídica en razón de que la eventual posterior impugnación del acto realizado por persona con discapacidad naturalmente afecta de modo negativo (perjudica) a quienes hayan realizado con ella tal acto o contrato.

¹⁴² A lo que se sumaba además que, en caso de que efectivamente se realizaran, se facilitaba de un modo extraordinario su impugnación. Era así porque para ello no se requería más que probar el acto realizado y la restricción de la capacidad de obrar en ese sentido de la persona que lo había hecho, para lo cual bastaba con acompañar la correspondiente sentencia previa en la que se había establecido qué actos no podían esas personas realizar, o no podían realizar por sí solas. Sólo cuando se trataba de personas incapaces pero no incapacitadas –i.e., personas cuyas facultades mentales no les permitían su autogobierno pero cuya situación no se había decretado oficialmente, y cuya capacidad de obrar, por tanto, no se había modificado formalmente en el correspondiente procedimiento judicial– era preciso, para impugnarlo, probar que la persona en cuestión carecía de capacidad de obrar suficiente en el concreto momento en que había realizado ese acto (con la dificultad que es inherente a ello), pues, dado que en este caso se partía de la presunción de que tales personas tenían plena capacidad de obrar, de ahí se derivaba que el acto o contrato que hubieran celebrado se reputaba en principio válido.

cambio, se procede considerando que las personas con discapacidad pueden en principio realizar por sí mismas y por sí solas cualquier acto jurídicamente relevante, sin perjuicio de que eventualmente se pueda luego proceder a su impugnación si lo han realizado sin contar con el apoyo preciso. Se pasa, por tanto, de un sistema enfocado a actuar fundamentalmente *a priori*, a otro que opera *a posteriori*, a modo de reacción. Lo cual, además de por consideraciones de principio se viene a justificar también considerando que, aunque en relación con personas con discapacidad pueden darse actuaciones inadecuadas, irregulares o de abuso, éstas no son tantas ni tan graves como para que haga necesario que el Ordenamiento las combatá negando de raíz a tales personas la posibilidad de actuar por sí solas: «el Derecho –se ha dicho– no puede construirse desde la patología sino desde la situación de normalidad, remitiendo las actuaciones patológicas al campo de la actuación judicial»¹⁴³.

Este modo de proceder es indudable que lleva aparejadas ciertas consecuencias –ciertos riesgos– para las personas con discapacidad, pero esto es inherente al nuevo sistema, por lo que no puede por esa razón negarse o desvirtuarse algo que resulta consustancial al mismo. En otras palabras: no cabe aducir la idea de «salvaguardia» para pretender que la actuación de las personas con discapacidad se supedita a la intervención de la persona de apoyo¹⁴⁴.

Sentado lo cual, nos encontramos entonces con que la realización de actos y negocios por parte de personas con discapacidad es tema que hay que analizar de forma conjunta con el de su eventual impugnación¹⁴⁵, considerándolos como cara y cruz de una misma moneda. Nos ocupamos de ello a continuación.

¹⁴³ LEÑA, 2000, pp. 153-154.

¹⁴⁴ Así lo apuntaba ya el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley (año 2018), *vid.* p. 33, núm. 95. En sentido semejante se pronuncia MARÍN CALERO, 2021, pp. 128-129.

¹⁴⁵ Así EGUSQUIZA, 2022, pp. 1151, y GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, pp. 542 y 548. También NÚÑEZ ZORRILLA, ya en 2014, aunque con referencia a la figura de la «Asistencia» propia del Derecho catalán regulada por su Ley 25/2010 (2014, pp. 113 y 115). LECIÑENA, por su parte, aunque su idea de fondo nos parece que coincide con la nuestra, en su expresión creemos que se muestra algo confusa a este respecto, ya que mezcla los dos planos apuntados (2021, pp. 656-657).

3. SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE ACTOS Y NEGOCIOS REALIZADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD SIN EL APOYO ASISTENCIAL QUE PRECISAN

3.1 Consideraciones generales

A pesar de que la impugnación de actos y contratos realizados por las personas con discapacidad que estamos viendo constituye cuestión extraordinariamente importante¹⁴⁶, la Ley 8/2021 apenas hace referencia a ella en su Preámbulo, limitándose a decir en su apartado IV que «*particularmente afectadas van a resultar algunas reglas relativas... al Derecho de contratos, [cuestión] en la que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran trascendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva*». Es en su articulado –o, dicho en otras palabras, en la nueva redacción que por obra suya se da a las normas correspondientes del Código civil– donde se encuentra el régimen específico de invalidez –de impugnación– de tales actos y contratos, para analizar el cual hemos de atender especialmente a los artículos 1261, 1300 a 1304, 1307, 1308 y 1314 CC. Veamos qué es de ello.

Tenemos de entrada, tal como hemos avanzado antes, que cuando una persona con discapacidad realiza un acto o contrato sin haber contado con el apoyo asistencial oportuno, nuestro Ordenamiento abre la puerta a su impugnación, al menos en principio. Así se deriva de la consideración conjunta de los artículos 1261, 1300 y 1301.4.^º CC. Pues el artículo 1261 señala como uno de los requisitos esenciales de los contratos el consentimiento de las partes, esto es el concurso de las voluntades de una y otra; el artículo 1300 dispone que los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley; y el artículo 1301.4.^º, relativo al plazo de ejercicio de la correspondiente acción de impugnación, se refiere expresamente al caso de «*contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas*», evidentemente porque considera que la falta de apoyo constituye un defecto que incide en la adecuada formación de la voluntad de tales personas¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Como «uno de los más grandes retos» de la Ley de reforma del sistema anteriormente vigente, la califica DE SALAS MURILLO, RCDI 2020, p. 2252.

¹⁴⁷ También MARÍN CALERO (2022, pp. 284-285) y GUILARTE MARTÍN-CALEIRO (2021, p. 547) consideran reductible a esos preceptos la cuestión que estamos analizando aquí. EGUSQUIZA, aunque coincide en considerar que el régimen instaurado hoy en nuestro Derecho hace depender la impugnación de tales contratos de que las medidas de

La impugnabilidad de los actos y contratos realizados resulta en tal caso, pues, clara y de alcance general.

Es verdad que, si el sustento principal de la misma se sitúa en el artículo 1302.3 CC, esa impugnabilidad parece de alcance menos general. Porque este precepto dispone que podrán ser anulados «*los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas...*», lo que cabe entender deja fuera al guardador de hecho, ya que, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, «proveer» significa «suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin», y esto se puede pensar que sólo cuadra de modo perfecto si se refiere a medidas de apoyo establecidas por la propia persona con discapacidad ante Notario o dispuestas por un Juez (medidas de apoyo voluntarias o judiciales)¹⁴⁸. Y porque, aunque el término «*provistas*» se entienda de modo laxo y en consecuencia se considere que en el supuesto de hecho de este precepto se puede subsumir también al guardador, en todo caso se trata de una norma que, considerada literalmente, parece aplicable sólo a supuestos en los que efectivamente exista persona de apoyo, lo que plantea la duda de qué ocurre con los actos o negocios realizados por personas con discapacidad en relación con las cuales *de facto* no exista tal apoyo¹⁴⁹.

Lo que ocurre es que el fundamento jurídico-positivo de esa impugnabilidad no se debe situar en ese artículo, que es un precepto que atañe al régimen concreto de la acción de impugnación y que por tanto hay que situar en un plano inferior en este sentido, sino en la combinación de los tres preceptos antes apuntados: los

apoyo establecidas se hayan aplicado o no, no lo sustenta exactamente en esos mismos preceptos (2002, p. 1152). Otro tanto ocurre con LÓPEZ BARBA, 2021, pp. 599-600.

¹⁴⁸ Restringen la impugnabilidad al caso de personas con discapacidad que tengan medidas judiciales de apoyo, DE VERDA, 2022, pp. 90, nota 23, y 98; RUIZ-RICO, 2022, pp. 304-305; PALACIOS GONZÁLEZ, 2021, p. 424; LÓPEZ BARBA, 2021, pp. 606-607; CARRASCO PERERA, 2021, pp. 6-8; Id.: 2022, pp. 242, 246 y 261 (este último siempre que además la contraparte proceda de mala fe); y AMUNÁTEGUI, 2019, pp. 57-58 (aunque refiriéndola al artículo 1301.4.º del Anteproyecto de Ley 8/2021). También MARÍN CALERO parece compartir la idea de que el artículo 1302.3 del Código civil requiere que se trate de medidas formales (judiciales) de apoyo, sin perjuicio de criticar la imprecisión terminológica de la ley a este respecto –ya que habla de medidas de apoyo «precisas», «previstas», «provistas», «previstas cuando sean precisas», «establecidas cuando sean precisas», aunque él las considera equivalentes, y referidas todas al curador o defensor judicial– (2022, pp. 130 y 284-287; con respecto a este autor, ahora bien, hemos de decir que no nos movemos con seguridad en cuanto a su planteamiento, ya que toma como base la noción de «apoyos obligatorios», denominación que no aparece en la ley y que parece referirse a apoyos impuestos forzosamente a las personas con discapacidad, incluso contra su voluntad, cosa que no resulta conciliable con el nuevo sistema: por esta razón, no nos resulta del todo claro a qué casos se refiere).

¹⁴⁹ ALBERRUCHE considera que en este caso los actos serán válidos, a pesar de la falta de discernimiento de la persona en cuestión (2022, p. 504).

artículos 1261, 1300 y 1301.4.^o CC. Pues con base en ellos, y considerados de forma conjunta, sí resulta clara y de alcance general la posibilidad de impugnar los actos y contratos realizados por personas con discapacidad sin contar con el apoyo asistencial que precisan, apoyo que puede ser el de un guardador, y sin importar si el acto se ha realizado sin apoyo porque aunque lo tenían no han contado con él, o porque no lo tenían. Así resulta tanto por razones literales como de principio. Literales, porque el artículo 1301.4.^o CC emplea el término «*previstas*», no «*provistas*», y en aquél tienen cabida todas las medidas de apoyo contempladas en la ley, así las formales que requieren establecimiento ante Notario o por parte de un Juez como las no formales que proceden por vía de hecho, cual es el caso del guardador. Y de principio, porque, ya sea que no se haya utilizado el apoyo porque no se ha querido o porque no se tenía, entre ambos casos existe identidad de razón, lo que justifica que el tratamiento jurídico aplicable a ambos debe ser sustancialmente semejante¹⁵⁰.

Dicho lo cual queda entonces, como idea firme, que los actos y contratos realizados por personas con discapacidad sin contar con el apoyo asistencial preciso son, al menos de entrada, susceptibles de impugnación.

3.2 La concreta acción de impugnación y su régimen

Pasamos aquí a considerar de modo más concreto la acción de impugnación operativa en nuestro Derecho hoy. ¿De qué acción se trata? De rescisión, no, como se evidencia a la vista del tenor literal de los preceptos que la regulan –los artículos 1300 y siguientes CC–, de la sede en la que esos preceptos se sitúan –no en el Capítulo V del Título II del Libro IV del Código, que lleva por rúbrica «*De la rescisión de los contratos*», sino en el Capítulo VI del mismo, cuya rúbrica es «*De la nulidad de los contratos*»–, y de la función que el actual Ordenamiento confiere a esa acción, que no es la de impugnar actos regularmente celebrados pero que producen un resultado económico inicuo y contrario a Derecho sino la de invalidar actos o contratos que adolecen de un defecto de origen: su realización por persona con discapacidad sin haber contado con la

¹⁵⁰ Además, dice ATAZ LÓPEZ, «tanto encaja en la literalidad de la norma considerar que las medidas de apoyo son *precisas* si se da el supuesto de hecho necesario para su adopción, como considerar que son *precisas* sólo las medidas de apoyo ya establecidas» (2022, p. 150). En sentido semejante, LÓPEZ CÁNOVAS, 2022, pp. 158-160; y LECIÑENA, 2022, p. 282.

asistencia oportuna¹⁵¹. Pero, entonces, ¿acción de nulidad o de anulabilidad¹⁵²?

Bajo el imperio del régimen anterior a la Ley 8/2021 se planteó cuestión semejante en relación con la acción de impugnación de actos y contratos realizados por persona sometida a curatela sin contar con el complemento de capacidad del curador, y, aunque durante un tiempo se discutió al respecto con tono de importante problemática, finalmente vino a prevalecer la idea de que se trataba de acción de anulabilidad, principalmente por razones pragmáticas cifradas en ser ése el régimen que mejor convenía a los intereses de la persona discapaz –porque así la persona capaz no se veía legitimada para impugnar, como sin embargo podía hacerlo si se trataba de nulidad, y porque además así la posibilidad de impugnación se sometía a plazo, lo que no ocurría si se tratara de nulidad–¹⁵³, pero también por consideraciones de principio –nulidad y anulabilidad son regímenes de ineeficacia que se distinguen entre sí fundamentalmente por razones de finalidad: la nulidad atiende más a proteger intereses públicos e indisponibles, la anulabilidad a proteger intereses privados y por tanto disponibles¹⁵⁴, siendo así que el caso encajaba claramente mejor en el segundo de ellos–.

¿Y en el régimen actual? Pues, a pesar de que la letra de sus normas siga siendo incierta –los artículos 1301 y 1302 CC mantienen el término «nulidad»¹⁵⁵, pero esto, como es sabido, no resulta determinante en el tema¹⁵⁶–, y a pesar de que no quepa establecer sin más paralelismo entre el sistema anterior y el actual –ya que la realidad subyacente en uno y otro, como también sabemos, es distinta–, creemos que la acción de anulabilidad continúa siendo la que se acomoda mejor al régimen de impugnación dispuesto hoy en el Código civil en relación con nuestro caso, tanto por la razón de principio como por las de conveniencia antes apuntadas¹⁵⁷.

¹⁵¹ EGUSQUIZA, 2022, pp. 1159.

¹⁵² Para una reseña de otras propuestas que se plantearon en su momento a este respecto, *vid.* MESSÍA DE LA CERDA, 2018, pp. 502-503.

¹⁵³ *Vid.*, por todos, LEÑA, 2000, pp. 187-193. En sentido contrario, ZURITA, 2004, pp. 223-229.

¹⁵⁴ Sobre esto, fundamental, GORDILLO CAÑAS, 1986, pp. 249-274.

¹⁵⁵ EGUSQUIZA, sin embargo, afirma –sorprendentemente– que el nuevo artículo 1302.1.^º CC ha aclarado expresamente «que la referencia al tipo de invalidez que prevé la norma constituye un supuesto de anulabilidad y no de nulidad, disponiendo que *pueden ejercitarse la acción de anulabilidad de los contratos...*» (2022, p. 1163). No es ése, sin embargo, el tenor del precepto resultante de la Ley 8/2021, que literalmente habla de nulidad: «*Pueden ejercitarse la acción de nulidad...*».

¹⁵⁶ El Código civil habla siempre de «nulidad», sin distinguir terminológicamente entre nulidad y anulabilidad, pero luego dispone dos regímenes distintos, aplicando uno u otro en función del caso. Esta es la razón por la que la doctrina, para evitar la confusión, propone hablar de nulidad y anulabilidad.

¹⁵⁷ Así también GARCÍA RUBIO VARELA CASTRO, 2022, pp. 657 y 659. En el Derecho foral aragonés, tras su reforma por la Ley 3/2024, la idea de anulabilidad es clara: *vid.* los

Sentado lo cual, pasamos a exponer el régimen de esa acción.

En cuanto a la legitimación para ejercitárla, el artículo 1302.3 CC la confiere a los siguientes sujetos¹⁵⁸: a la propia persona con

artículos 45 –1 y 2–, 45-1, 45-2, 45-3, 45-4 y 45-5 de su Código (aunque en el artículo 45.3 se establece que «*No obstante, el acto será nulo si vulnera leyes que exigen una capacidad específica, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto*», previsión cuya justificación no entendemos). El Derecho civil catalán, aunque con referencia a la asistencia, también se inclina por la anulabilidad: *vid.* el artículo 226-5 de su Código civil, obra del Decreto ley 19/2021 (actualmente en trámites de reforma).

ÁLVAREZ LATA (2021, pp. 1006, 1012, 1013, 1020 y 1021) y TENA ARREGUI (2022, p. 41), en cambio, consideran que, si la persona con discapacidad realiza un acto sin apoyo porque éste *de facto* no existe, esa irregularidad hay que llevarla al terreno de la nulidad radical del acto o contrato, por falta absoluta de consentimiento. Este planteamiento, ahora bien, nos parece a nosotros que lo refieren estos dos autores a los casos en que la persona con discapacidad no tiene discernimiento ninguno, los cuales, aunque posibles, no son el único supuesto, ni el más común. Y entonces, aunque ese planteamiento fuera correcto en esos casos extremos, ¿qué hacer con los supuestos más frecuentes, de personas aquejadas de algún tipo de discapacidad intelectual o psíquica que eso no obstante no pueden considerarse absolutamente enajenadas de la realidad? La anulabilidad, como hemos dicho, es la acción que mejor cuadra con nuestro Ordenamiento actual. EGUSQUIZA, por su parte, aunque no se pronuncia con respecto a esta cuestión de forma decidida (2022, pp. 1152-1154 y 1165-1166), apunta una posible tercera vía, de solución pragmática a la misma: que esos actos se puedan atacar por las reglas generales de los vicios del consentimiento –error, violencia, intimidación y dolo–, pero planteando «si el tratamiento será semejante en cuanto a la prueba y valoración de los requisitos para que se adviertan esos vicios tratándose de una persona con discapacidad, y no supondrá que se atemperen las exigencias probatorias o valorativas... En la práctica –afirma–, la idea de que la situación fáctica de la discapacidad... entraña una situación de vulnerabilidad y por ende una mayor facilidad para que el consentimiento quede afectado por algún vicio de la voluntad, puede ser la solución» (p. 1154). Pero esto, aunque en algunos casos pueda ser operativo, no es en verdad una solución, porque no hace sino rehuir la cuestión planteada.

¹⁵⁸ El tenor del actual artículo 1302.3 CC es resultado de la tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021, en la que se consideraron varias opciones a este respecto:

En el Anteproyecto de 2019, la norma decía así: «*Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo, por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan, o por sus herederos, durante el tiempo que faltara para completar el plazo si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitarse la acción*».

En el Proyecto de 17 de julio de 2020, se disponía lo siguiente: «*Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitarse la acción. Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal*» (art. 1302).

Y en el Informe de la Ponencia sobre el Proyecto (18 de marzo de 2021) se propuso, como fórmula transaccional, la siguiente redacción: «*Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por dichas personas*.

Cuando haya existido mala fe por parte del otro contratante, los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de ellas cuando fueran precisas podrán ser anulados, además de por las personas enumeradas en el párrafo anterior, por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. También podrán ser anulados por sus herederos

discapacidad¹⁵⁹; a sus herederos, por el tiempo que falte hasta completar el plazo de ejercicio de esta acción, en caso de que aquélla muera antes del transcurso del mismo; y también a la persona a la que hubiera correspondido prestar apoyo a la persona con discapacidad, aunque en este caso sólo cuando el otro contratante, al tiempo de celebrar el contrato, hubiera tenido conocimiento de la existencia de tal medida de apoyo —que sin embargo no se había utilizado—, o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad de su contraparte obteniendo una ventaja injusta¹⁶⁰.

De donde se deriva que el guardador de hecho ha de considerarse legitimado para ejercitar esta acción de impugnación, pues aunque en la doctrina se ha suscitado cierta discusión al respecto —por ser el guardador medida de apoyo fáctico y alcance no concretado¹⁶¹—, en verdad no puede haber duda ninguna en este sentido, en razón de lo dispuesto en este artículo 1302.3 y de lo antes dicho al tratar de los artículos 1261, 1300 y 1301.4.^o CC. Otra cosa es la dificultad que en la práctica pueda tener el guardador para impugnar con éxito, pues para ello habrá de probar, no sólo que la persona en cuestión, al realizarlo, tenía discapacidad y que ésta afectaba precisamente a ese acto o contrato —no basta con probar la existencia de una discapacidad genérica: recuérdese que nuestro Ordenamiento presume que toda persona mayor de edad está en situación de ejercitar por sí misma su capacidad jurídica, y que la discapacidad no es

durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiera fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.

Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal. La redacción del Proyecto de 25 de marzo de 2021 quedó coincidente con esa fórmula transaccional.

Sobre esos cambios de redacción del precepto durante la tramitación de la Ley, *vid.* DE SALAS MURILLO, RCDI 2020, pp. 2249-2254; EGUSQUIZA, 2022, p. 1161; y GARCÍA RUBIO VARELA CASTRO, 2022, pp. 654-656.

¹⁵⁹ A este respecto, ahora bien, hay que plantearse si debe la persona con discapacidad contar necesariamente «*con el apoyo que precise*» para poder impugnar el acto o contrato previamente hecho por ella —tal como dice el artículo 1302.3 CC—, o si puede impugnarlo sin él. A nuestro juicio, en tanto la persona con discapacidad tenga discernimiento suficiente para entender y querer la impugnación de que se trate, la concurrencia del apoyo en cuestión no es necesaria, por las razones dichas *supra sub III.3 –1 y 2–*.

¹⁶⁰ Sobre la legitimación de las personas de apoyo y su evolución durante la tramitación de la Ley 8/2021, *vid.* EGUSQUIZA, 2022, pp. 1162-1163; y ÁLVAREZ LATA, 2021, pp. 1013-1014.

¹⁶¹ En sentido contrario a la legitimación del guardador de hecho, ATAZ LÓPEZ (2021, p. 153), y en principio también CARRASCO PERERA y ÁLVAREZ LATA, aunque luego estos dos últimos matizan su postura considerando, uno, que podrá ejercitar la acción de impugnación si esa guarda se ha institucionalizado de algún modo (2021, p. 11), y otra, que podrá impugnar si la existencia de la guarda se ha exteriorizado, ya sea a través de autorizaciones judiciales, ya sea porque el guardador ha actuado como apoyo en ocasiones anteriores (2021, pp. 1006, 1007 y 1017). EGUSQUIZA, por su parte, se muestra dubitativa a este respecto: 2022, pp. 1156-1157 y 1169-1170.

un estado general sino que ha de ser referida a actos concretos–, sino además que quien pretende impugnar es efectivamente guardador de hecho de esa persona. Lo cual puede ciertamente, como decíamos, hacer difícil la impugnación en este supuesto¹⁶², pero ésta es una cuestión probatoria que no empece a lo dicho, que en el plano de los principios es claro.

La parte no-discapaz del acto o contrato, en cambio, no está legitimada para impugnar *ex artículo 1302.4 CC*. Tampoco el Ministerio Fiscal –pues, habiéndose valorado su posible legitimación en este sentido durante los trabajos parlamentarios, quedó sin embargo excluido en la redacción de este precepto que finalmente se aprobó en la Ley 8/2021¹⁶³–. Y el Juez, por su parte, no puede tampoco apreciar de oficio la invalidez de lo realizado sin apoyo por persona con discapacidad.

En cuanto al plazo de ejercicio de esta acción –plazo de caducidad¹⁶⁴–, dispone el artículo 1301.4.º CC que es de cuatro años desde la celebración del contrato. Su duración, por tanto, es la misma que tradicionalmente ha estado establecida en tema de anulabilidad, aunque en nuestro caso ahora cambia su *dies a quo*: en el sistema anterior el plazo corría «*desde que* [las personas incapacitadas que hubieran realizado el contrato en cuestión] *salieren de la tutela*» o curatela¹⁶⁵; en el sistema hoy dispuesto, en cambio, el plazo no se cuenta desde que la persona en cuestión deje de precisar apoyo sino desde la celebración del contrato¹⁶⁶. Pasado ese plazo, el acto o contrato realizado deviene inimpugnable, y por

¹⁶² Así lo apunta también EGUSQUIZA, 2022, pp. 1156-1157 y 1170.

¹⁶³ En tema de discapacidad, el Ministerio Fiscal puede y debe intervenir en los procesos encaminados a la adopción de medidas judiciales de apoyo a tales personas y en aquellos en que esté comprometido el interés de las mismas (*vid. arts. 748, 749, 756 y 757 LEC; arts. 4 y 42.bis.a) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria; y arts. 56.1 y 57.3 de la Ley del Notariado*, todos ellos en su redacción tras la Ley 8/2021). Pero una cosa es eso, y otra que esté legitimado directamente para impugnar los actos realizados por las personas con discapacidad. Esto último no es así.

¹⁶⁴ *Vid. la STS 23 de diciembre de 2021 (RJ 2022/566). Apunta aquí EGUSQUIZA que «el legislador ha aprovechado... la reforma para cerrar la cuestión discutida sobre la naturaleza del plazo de ejercicio de la acción, considerada en ocasiones de prescripción... y calificada en otras de caducidad» (2022, p. 1159).*

¹⁶⁵ *Vid. los artículos 293 y 1301 CC en su redacción anterior.*

¹⁶⁶ La regulación de este punto varió sensiblemente durante la tramitación de la ley. Pues en el Proyecto de 17 de julio de 2020 se daba al artículo 1301.4.º del Código civil la siguiente redacción: «*La facultad de anular el contrato caducará a los cuatro años, y este tiempo empezará a computarse: (...) Cuando la facultad se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad, desde que dejen de precisar apoyo para celebrar el contrato*», añadiendo a continuación que «*en todo caso, no podrá ejercitarse pasados cinco años desde la celebración del contrato*». Pero luego, en el Informe de la Ponencia sobre el Proyecto (18 de marzo de 2021), se propuso cambio en el mismo, con la siguiente fórmula transaccional: «*Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas, cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato*», desapareciendo además la referencia antes hecha a los cinco años. Y el Proyecto de 25 de marzo de 2021 mantuvo esta última

tanto firme y definitivo. Firmeza que puede alcanzar también antes del transcurso del plazo, si la persona con discapacidad confirma lo hecho –contando, al confirmar, con la asistencia de la oportuna medida de apoyo, o haciéndolo una vez ha desaparecido la discapacidad¹⁶⁷. No cabe sin embargo enervar la impugnabilidad del acto en cuestión con algún tipo de intervención de la persona de apoyo en momento posterior al de realización de aquél, pues, si la función del apoyo es asistir a la persona con discapacidad en el proceso de formación de su voluntad, una vez concluido tal proceso y realizado el acto ya no es posible cambiar eso.

Por cuanto hace a las consecuencias dimanantes en caso de que efectivamente se impugne con éxito, son las siguientes.

De los artículos 1303 y 1304 CC se deriva, como regla, que la persona sin discapacidad, por su parte, ha de restituir la cosa objeto del contrato con sus frutos o el precio con sus intereses. Y que la persona con discapacidad, por la suya, sólo ha de restituir la prestación recibida en cuanto se haya enriquecido con ella cuando el otro contratante *«fuerá conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta»*¹⁶⁸, lo que leído a contrario significa que cuando el contratante no-discapaz no fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo o no se hubiera aprovechado de la situación, la persona con discapacidad debe restituir lo mismo que la persona capaz, esto es el precio con sus intereses o la cosa con sus frutos, en su integridad¹⁶⁹ –se introduce aquí, por tanto, un cambio sensible con respecto al régimen existente en el sistema anterior, en el

redacción, que fue luego la definitivamente aprobada. A este respecto, *vid.* las consideraciones de LÓPEZ CÁNOVAS, 2022, pp. 161-162; y GARCÍA RUBIO, 2022, pp. 638-642.

¹⁶⁷ Esa confirmación puede hacerse de forma expresa o tácita: artículo 1311 CC.

¹⁶⁸ En línea semejante al artículo 1304 se muestra el artículo 1163, en relación con el pago hecho a persona con discapacidad. Lo cual supone que puede tener que devolver menos de lo recibido. Así ocurrirá, sirviéndonos del ejemplo que antes de la reforma de la ley 8/2021 se acostumbraba a utilizar a este respecto, si lo recibido por la persona con discapacidad ha sido una cantidad de dinero y esta persona ha realizado con él inversiones fallidas o gastos no útiles: en tal caso, se concluye, puesto que no le ha supuesto enriquecimiento, la cantidad dedicada a eso no viene obligado a devolverla. En relación con la «utilidad» del gasto, ahora bien, *vid.* las interesantes precisiones de LAUROBA, 2021, pp. 986-988.

¹⁶⁹ ÁLVAREZ LATA, CCJC septiembre-diciembre 2023, núm. 123, pp. 228-229. Otro entendimiento del artículo 1304 que se ha hipotizado es considerar que lo dispuesto en él –restitución, por parte de la persona con discapacidad, sólo de aquello en que se haya enriquecido con la prestación recibida– opera únicamente cuando quien impugna el acto es la persona de apoyo –pues la legitimación de ésta para impugnar, recuérdese, sólo se da cuando el contratante capaz, al tiempo de celebrar el contrato, era conocedor de la existencia de medida de apoyo (que sin embargo no se estaba utilizando) o se ha aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad de su contraparte, obteniendo una ventaja injusta–. Pero esta interpretación no casa con el tenor literal de la norma ni cuenta con base en una voluntad del legislador en ese sentido, por lo que no debe admitirse.

que la persona incapaz, fuera cual fuera el caso, restituía sólo aquello en lo que se hubiera enriquecido¹⁷⁰—.

La que acabamos de exponer es la regla en este punto, y tan esencial es que, mientras la parte con discapacidad (o sus herederos) no devuelva a la otra lo que le debe, no puede compelir a ésta a que le devuelva lo que a su vez le incumbe (artículo 1308 CC).

Sin perjuicio de la cual, el Código civil establece además una serie de disposiciones particulares. En su artículo 1307 establece que, en caso de que la cosa se haya perdido, lo que debe restituirse es el valor de la misma cuando se perdió, más los frutos percibidos y los intereses desde entonces. Y en su artículo 1314, que cuando esa pérdida se haya producido por dolo o culpa de la persona legitimada para impugnar un acto o contrato, la acción se extingue (párrafo primero), salvo que se trate de persona con discapacidad, hipótesis en la que conserva esa acción¹⁷¹ siempre que el otro contratante hubiera tenido conocimiento de la existencia de medida de apoyo en el momento de contratar o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta (párrafo tercero)—lo que supone que la persona con discapacidad no conserva esa acción si el otro contratante no tuvo tal conocimiento o no se aprovechó de esa situación—¹⁷².

¹⁷⁰ El tenor de este artículo 1304 fue variando significativamente a lo largo de la tramitación de la Ley. Pues en el Proyecto de 17 de julio de 2020 se le daba la siguiente redacción: «*Cuando la nulidad proceda... de la discapacidad de uno de los contratantes, este contratante no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida*», lo que suponía que tal previsión era aplicable siempre, fuera quien fuera el impugnante. Y en el Informe de la Ponencia sobre el Proyecto (18 de marzo de 2021) se propuso darle la siguiente redacción: «*Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución haya actuado de mala fe*». El Proyecto de 25 de marzo de 2021 mantuvo esta última redacción. Ninguna de esas redacciones, sin embargo, fue la finalmente aprobada.

¹⁷¹ Así lo establece el precepto, aunque no es fácil, en caso de discapacidad, imaginar un proceder doloso o culposo en ese sentido por parte de la persona en cuestión.

¹⁷² Igualmente hay que entender, aunque no se diga así hoy explícitamente en el precepto, que la excepción dicha no opera cuando la pérdida la haya causado la persona en cuestión, dolosa o culposamente, después de haber cesado su discapacidad, en cuyo caso la consecuencia será la que se establece en el artículo 1314, párrafo primero, CC: la acción de impugnación se extingue. En apoyo de este entendimiento de las cosas, *vid.* el artículo 1314 CC en su redacción anterior: «*También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitarse aquélla. / Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad*».

El artículo 1314 es un precepto para cuya debida inteligencia se requiere considerar, además de lo dispuesto en él en su redacción anterior, también las propuestas habidas al respecto durante la tramitación de la Ley 8/2021.

En el Proyecto de 17 de julio de 2020, la redacción que se daba a este precepto era del siguiente tenor: «*Si la causa de la acción fuera... la discapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber cesado la causa de la impugnación*».

3.3 Valoración crítica del régimen de impugnación dispuesto hoy en nuestro Derecho para este caso

Ha quedado, con lo anterior, expuesto el régimen de invalidez –de impugnación– establecido por la Ley 8/2021 en relación con los actos o contratos realizados por persona con discapacidad sin contar con el apoyo asistencial oportuno. Que es el que procede aplicar hoy, si nos movemos en el plano *de lege lata*: en eso hay poco margen de maniobra. Otra cosa es si la cuestión se lleva al plano valorativo, en el que ese régimen no resulta a nuestro juicio satisfactorio¹⁷³.

Una primera crítica que cabe hacer al mismo ataña a la legitimación para impugnar que el artículo 1302.3 CC concede a las personas de apoyo –en nuestro caso, al guardador de hecho–. Y es que, cuando se trata de apoyo de carácter asistencial –que es el caso que aquí estamos considerando–, concederles tal legitimación creemos que carece absolutamente de justificación, ya que supone admitir que la persona de apoyo puede proceder al margen de la persona discapaz –esto es, sustituirla a ese efecto–, cosa que hoy no es de recibo¹⁷⁴. Esta crítica, pues, no se sustenta meramente en que esa legitimación la concede el artículo 1302.3 CC a la persona de apoyo sin ponerla en conexión con la voluntad, deseos y preferencias de la

En el Informe de la Ponencia sobre el Proyecto (18 de marzo de 2021) se recogió la siguiente fórmula transaccional: «*También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla. (...) Si la causa de la acción fuera haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas y hubiera existido mala fe por parte del otro contratante, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca.*

En el Proyecto de 25 de marzo de 2021 se daba al precepto la siguiente redacción: «*También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla. / (...) / Si la causa de la acción fuera haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas y hubiera existido mala fe por parte del otro contratante, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca».*

Y finalmente, la redacción dada a este precepto por la Ley 8/2021, que ha quedado así (en lo que aquí interesa): «*También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de estos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella. / (...) / Si la causa de la acción fuera haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, siempre que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».*

Sobre este precepto y su interpretación, *vid.* EGUSQUIZA, 2022, pp. 177-179.

¹⁷³ Así lo consideran también, entre otros, GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, pp. 543-544; CARRASCO PERERA, 2021, pp. 1-16; y ALBERRUCHE, 2022, p. 503. También ALVAREZ LATA, que habla de «incongruencias» derivadas de normas concretas que se separan de la premisa sobre la que procede el actual sistema (2021, p. 991).

¹⁷⁴ Así lo apuntaba atinadamente, en relación con el Anteproyecto de Ley, AMUNÁ-TEGUI, 2019, p. 58.

persona con discapacidad, pues esta objeción se podría salvar recurriendo a lo establecido en ese sentido en el artículo 249 CC, situado entre las disposiciones generales en este tema¹⁷⁵. La esencia de esta crítica radica en que, tratándose de apoyo asistencial, quien debe tener legitimación para impugnar es sólo la persona con discapacidad (o, llegado el caso, sus herederos), porque es persona que, sin perjuicio de su discapacidad, tiene discernimiento para entender el significado de las cosas y voluntad racional y libre para quererlas o no. La decisión de impugnar debería quedar, pues, sólo en sus manos¹⁷⁶. Por ello la norma, tal como está formulada, no es respetuosa con las personas con discapacidad que sólo precisan apoyo asistencial –hipótesis que, recuérdese, para la ley constituye hoy la regla–, ni resulta conforme con el nuevo sistema¹⁷⁷.

Otra crítica tiene que ver con los efectos que se derivan para la persona con discapacidad en caso de impugnación, que no entendemos sean distintos en función de que la parte sin discapacidad, al tiempo de realizar con aquélla el acto o contrato de que se trate, fuera o no conocedora de la existencia de medida de apoyo no utilizada –recuérdese cuáles son esos efectos: si conocía su existencia, la parte con discapacidad debe devolver sólo aquello en que se haya enriquecido con la prestación recibida; si no la conocía, debe devolver íntegramente la prestación recibida– (arts. 1303 y 1304 CC). A nuestro juicio, los efectos deberían ser iguales en ambos supuestos. La razón es que, en un sistema que considera que las personas con discapacidad tienen igual capacidad jurídica que las personas sin discapacidad y que tienen derecho a tomar sus propias decisiones –que por consecuencia han de considerarse buenas para ellas, aunque vistas desde fuera y con una perspectiva económica puedan considerarse «erróneas»–, no resulta procedente repercutir en la parte no-discapaz las consecuencias de la «mala utilización» –inversiones fallidas, gastos no útiles– que la persona con discapacidad haya hecho de la prestación recibida¹⁷⁸. La existencia de tal

¹⁷⁵ ÁLVAREZ LATA, sin embargo, considera que el artículo 1302.3 CC permite a la persona de apoyo impugnar lo hecho por la persona con discapacidad incluso en contra de la voluntad de ésta (2021, p. 1019).

¹⁷⁶ No es óbice para lo dicho que durante el proceso de formación de la idea de impugnar la persona con discapacidad requiera apoyo, tal como dice el artículo 1302.3, apartado primero, CC, pues una cosa es eso, y otra que la decisión de impugnar sea sólo suya.

¹⁷⁷ Así también AMUNÁTEGUI, 2019, p. 58. Y no es posible salvar lo dispuesto en esa norma circunscribiendo la legitimación de las personas de apoyo a los casos excepcionales en que operen con carácter representativo, porque en el tenor del precepto no hay base para ello.

¹⁷⁸ Hemos entrecomillado las expresiones «mala utilización» y «decisiones erróneas», porque, aunque responden a una idea tradicional entre nosotros, no resultan aceptables en el nuevo sistema: recuérdese, una vez más, que estamos hablando aquí de personas que tienen capacidad natural de entender y querer.

conocimiento por parte de la persona capaz no debería ser hoy un dato determinante en este sentido –pero adviértase que hablamos de haber tenido conocimiento, no de haberse aprovechado de la otra parte y haber obtenido ventaja injusta–, y los efectos de la impugnación deberían en consecuencia ser los mismos en ambos supuestos: que la parte con discapacidad, al igual que la parte sin discapacidad, restituya en todo caso en su integridad la prestación recibida, más de sus frutos o intereses (sin perjuicio de que la persona con discapacidad pueda además, si se dan las debidas circunstancias, impugnar las operaciones que con la prestación recibida haya realizado con terceros a fin de resarcirse o deshacer las consecuencias económicamente inconvenientes de esos actos, pero ésta es cosa independiente de aquélla). La dispuesta en el artículo 1304 CC es norma que en el nuevo sistema carece de justificación, y que no se explica más que por arrastre de la norma tutiva de los incapaces contenida en la regulación del Código previa a la Ley 8/2021¹⁷⁹.

Las críticas anteriores, ahora bien, sin perjuicio de su importancia hay que reconocer que no afectan a la médula del régimen de impugnación dispuesto hoy en este tema sino que atañen a cuestiones concretas, y por tanto susceptibles de ser corregidas con cambios puntuales en las normas.

La principal crítica que a nuestro juicio procede hacer al sistema hoy vigente atañe al modo en que se configura la posibilidad de impugnar, por parte de la propia persona con discapacidad (o sus herederos), los actos o contratos realizados previamente por ella sin apoyo. Y es que, como resulta claramente del artículo 1302.3 CC, nuestro Ordenamiento le permite impugnar esos actos y contratos en todo caso, siempre, sin supeditar tal impugnación a ningún condicionamiento o requisito añadido, lo que significa que puede hacerlo simplemente en base a su discapacidad. A nuestro entender esto no es aceptable, ni en el plano teórico, ni en el práctico.

En el plano teórico, porque no es coherente con los principios en que el nuevo sistema se sustenta. No lo es, porque si hoy las personas con discapacidad tienen reconocida igual capacidad jurídica que las personas sin discapacidad, y derecho al libre desarrollo de su personalidad mediante la toma de sus propias decisiones, en coherencia con ello esas personas deberían también, al menos como regla, asumir las consecuencias de sus actos, lo que es tanto como decir que no deberían poder anularlos posteriormente

¹⁷⁹ Norma paralela al artículo 1304 CC se encuentra en el artículo 1163 del mismo: sobre este precepto y su nuevo tenor, *vid.* LAUROBA, 2021, pp. 980-988; y VARELA CASTRO, 2022, pp. 613-621.

ad nutum, meramente en razón de su discapacidad¹⁸⁰. La situación nueva en que la Ley 8/2021 coloca a las personas con discapacidad debería, en efecto, ir acompañada de su correspondiente contrapartida¹⁸¹. Y así, puesto que estas personas, teniendo entendimiento y voluntad suficientes para ello, tomaron la decisión de realizar un acto o contrato sin apoyo, deberían luego también, al menos como regla, asumir sus consecuencias¹⁸². Planteamiento, éste, cuya atendibilidad se refuerza cuando se advierte que la regulación de la impugnación por parte de la persona con discapacidad o sus herederos, tal

¹⁸⁰ Comparten esta idea MESSÍA DE LA CERDA, 2018, pp. 505-506; AMUNÁTEGUI, 2019, pp. 59-60; GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, pp. 547 y 549; GÓMEZ GÁLLIGO, 2021, pp. 502-503; ATAZ LÓPEZ, 2022, p. 150; LECIÑENA, 2022, p. 281; CARRASCO PERERA, 2022, pp. 240-241, 247-248. En sentido semejante se pronunció MORO ALMARAZ en el debate de la ponencia en el Congreso de los Diputados: «La mera discapacidad o la actuación de las personas con discapacidad sin los apoyos no puede ser determinante por sí sola de anulabilidad del contrato o negocio, porque... las medidas de apoyo son un derecho de la persona, no una obligación» (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 316, sesión 18, celebrada el 16 de marzo de 2021, p. 9). La idea que hemos apuntado en el texto encuentra apoyo además en el artículo 299 CC, que atribuye a las personas con discapacidad responsabilidad efectiva por los daños que causen a terceros.

¹⁸¹ Abundando en ello, aunque en otro plano, repárese en que hoy parece ha de considerarse incluso ofensivo decir a una persona con discapacidad que puede impugnar libremente lo que previamente ha hecho ella misma, simplemente porque lo hizo teniendo discapacidad.

¹⁸² A una conclusión sustancialmente semejante llegan GARCÍA RUBIO VARELA CASTRO, 2022, pp. 649-650; y TENA ARREGUI, 2022, p. 45. ÁLVAREZ LATA, por su parte, aunque coincide con lo dicho, considera que separarse de tal consecuencia lógica ha sido un acierto de un legislador pragmático (2021, p. 1008). EGUSQUIZA, aunque no se pronuncia al respecto con rotundidad, destaca la perplejidad que suscita el régimen dispuesto por la ley en este punto, incoherente con los principios en que se sustenta el actual sistema (2022, pp. 1157-1158).

En relación con lo dicho en el texto, ahora bien, es preciso aquí plantear la siguiente cuestión: ¿es anulable el acto o contrato realizado por persona con discapacidad sin haber contado con la asistencia de la persona de apoyo, cuando fue la propia persona discapaz la que lo rechazó? Esta cuestión fue planteada hace ya un tiempo por DE SALAS MURILLO (RCDI 2020, p. 2254), y a ella responde un sector importante de la doctrina diciendo que no: GARCÍA RUBÍO, 2022, p. 643; ATAZ LÓPEZ, 2022, p. 152; GARCÍA RUBÍO VARELA CASTRO, 2022, pp. 652-653 y 664. Por nuestra parte, aun entendiendo el planteamiento de ese sector, pensamos lo contrario. No porque nuestro Ordenamiento contemple un procedimiento judicial contencioso para el establecimiento de medidas de apoyo cuando se frustre el procedimiento de jurisdicción voluntaria en ese sentido por haber oposición de la persona en cuestión –lo que se dice evidencia que se pueden imponer apoyos a la misma aun en contra de su voluntad: ejemplo de ello que se suele citar, es la STS de 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021/4002)–, ya que este argumento se podría salvar considerando que una cosa es que judicialmente se pueda constituir el apoyo aunque la persona con discapacidad no quiera, y otra que ésta pueda rechazar el apoyo a la hora de realizar un acto concreto (es decir, que ese procedimiento se llevaría a cabo para poner a disposición de ésta el apoyo oportuno, pero no implicaría que, contra su voluntad, se le pueda imponer contar con él llegado el momento de realizar un acto). La razón de nuestra postura es que el pilar de tal planteamiento –que la persona en cuestión rechazó el apoyo– no es suficientemente sólido a este efecto, porque esa persona, teniendo discapacidad, procedió a tomar esa decisión sin contar con la asistencia necesaria para decidir en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, de tal modo que es la propia falta de asistencia al decidir el rechazo lo que mina la decisión tomada. Por tanto, también en este caso creemos que puede impugnarse el acto realizado, siempre que se den los demás requisitos necesarios (así también EGUSQUIZA, 2022, pp. 1157-1158; y LECIÑENA, RDC 2022-1, pp. 278 ss.).

como está establecida hoy en el Código civil no presenta apenas diferencia con la regulación que antes de su reforma por la Ley 8/2021 disponía para los casos de curatela. En el sistema anterior, en efecto, los actos y contratos realizados por personas incapacitadas sometidas a curatela podían ser anulados por el mero hecho de haber sido realizados sin contar con el complemento de capacidad del curador –necesario en razón de la falta de capacidad suficiente de aquéllas–, y en el nuevo sistema los actos y contratos realizados por personas con discapacidad pueden también ser impugnados simplemente por el hecho de haber sido realizados sin contar con apoyo –necesario en razón de su discapacidad, cabe colegir–. Prácticamente, pues, el mismo régimen –no es diferencia relevante, desde la perspectiva que ahora estamos considerando, que esa impugnación la plantee hoy la propia persona con discapacidad–, lo que evidencia que la regulación actual no es adecuada, pues, si en el sistema anterior ese régimen era coherente, no puede serlo también en el actual, que procede sobre unas premisas sustancialmente diferentes. Posiblemente lo que ha ocurrido aquí es, de nuevo, que el tratamiento tutivo que nuestro Ordenamiento dispensó tradicionalmente a los incapacitados sigue estando presente en el legislador aunque sea de un modo inconsciente, habiendo ello determinado que la Ley 8/2021 no haya sido en este punto coherente con los principios de que parte¹⁸³. Pero esto, aunque pueda entenderse no puede justificarse, ni debe ser óbice para reconocer que lo que hemos propugnado antes es lo consecuente con el nuevo sistema, y por tanto lo que debía haberse establecido¹⁸⁴.

En todo caso, esta crítica principal al modo en que nuestro sistema configura hoy la impugnación por parte de las personas con discapacidad (o sus herederos) no atañe sólo al plano teórico, sino también al terreno práctico. Es así porque esa omnímoda posibilidad de impugnar que la ley les concede tiene un efecto negativo muy importante para ellas mismas en la medida en que, aunque no *de iure*, *de facto* sí determina que su «capacidad efectiva» para actuar en la vida real se vea notablemente menguada en relación con la amplitud que podría –y, en la filosofía del nuevo sistema, debería– tener, ya que, ante el temor a que puedan luego impugnar libremente lo que previamente hayan hecho sin apoyo, pocas serán las personas sin discapacidad que estén dispuestas a realizar actos

¹⁸³ En sentido semejante, ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 991.

¹⁸⁴ No decimos, con esto, que ése sea el sistema que a nosotros nos parezca ideal en tema de discapacidad –ya dejamos apuntado, al inicio del trabajo, que, aunque el propósito que anima al nuevo sistema es digno de elogio, no compartimos en su integridad la forma en que eso se ha concretado–. Lo que decimos es que, siendo nuestro sistema hoy como es, lo coherente sería proceder tal como hemos apuntado en el texto.

o celebrar negocios con aquellas solas¹⁸⁵. Exigirán para ello siempre la concurrencia de persona de apoyo¹⁸⁶, con la consecuencia de capitidismuinirlas y rebajarles en la práctica las posibilidades de «autorrealización» que la ley inicialmente les promete, siendo éste un resultado que choca abiertamente con el propósito pretendido tanto por la Convención de Nueva York como por nuestro legislador, lo que pone de manifiesto, de nuevo, que la regulación dispuesta en este punto no es acertada.

A la vista de todo lo cual nos parece queda justificada la afirmación antes hecha, de que la impugnación por parte de las personas con discapacidad (o sus herederos), de los actos y contratos realizados previamente por ellas sin apoyo asistencial, no debería admitirse sin más sino supeditándola a algún requisito añadido. ¿Cuál, ahora bien, sería éste?

Un sector de la doctrina lo cifra en que la parte sin discapacidad, al tiempo de celebrar el acto o contrato de que se trate, tenga conocimiento de que la otra parte cuenta con medida de apoyo que sin embargo no ha utilizado. Lo que fundamenta en que ese conocimiento es exponente de mala fe por parte de aquélla, que el Ordenamiento no puede amparar¹⁸⁷. A nuestro entender, sin embargo, ésta no es solución adecuada en el sistema instaurado por la Ley 8/2021¹⁸⁸. Por dos consideraciones: una, de congruencia con el nuevo sistema; otra, de carácter más pragmático.

La primera consideración –de congruencia con el nuevo sistema– se cifra en que no nos parece pueda decirse que existe necesariamente mala fe cuando una persona sin discapacidad realiza un acto o contrato con persona con discapacidad sabiendo que ésta no ha utilizado la medida de apoyo oportuna. No puede decirse, porque en el actual sistema es perfectamente posible que la persona no-discapaz, «a pesar de conocerlas [las medidas de apoyo existentes y no utilizadas] y no remediarlo, no persiga en esa actuación un fin deshonesto o malicioso ni su intención sea espuria, sino que colabore en la propia autonomía contractual de la persona

¹⁸⁵ Denuncian este peligro también LECIÑENA, 2022, pp. 280-281; MARÍN CALERO, 2022, pp. 131-132; LÓPEZ BARBA, 2021, p. 612; DE SALAS MURILLO, *Diario La Ley*, 2021, pp. 3-5; y AMUNÁTEGUI, 2019, p. 60.

¹⁸⁶ Pues, como se ha dicho, hoy «cuesta poco» conseguir la designación de tal persona –se está pensando, evidentemente, en medidas formales de apoyo– en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (MARÍN CALERO, 2022, p. 131).

¹⁸⁷ Así DE SALAS MURILLO, *Diario La Ley*: 2021, p. 4. Sobre la mala fe a este respecto y su consideración durante la tramitación de la Ley 8/2021, *vid.* LÓPEZ BARBA, 2021, pp. 609-611.

¹⁸⁸ Que no cuadra con el sistema de la Ley 8/2021 lo piensan también AMUNÁTEGUI, 2019, p. 60; y FERNÁNDEZ CAMPOS, 2022, p. 67. Y también, aunque en términos más generales, MARÍN CALERO, 2022, pp. 131 y 289.

discapaz»¹⁸⁹. Aquella afirmación, por tanto, es hoy un apriorismo. Y, ¿acaso deben las personas sin discapacidad negarse a realizar actos o celebrar contratos con personas con discapacidad pero que tienen capacidad natural de entender y querer, cuando saben que estas últimas no se han servido del apoyo meramente asistencial oportuno? Creemos que no, pues negarse a ello supone no tratar a las personas con discapacidad igual que a las demás y esto resulta abiertamente disconforme con las premisas sobre las que procede nuestro sistema actual, a saber: que las personas con discapacidad tienen igual capacidad jurídica que las personas sin discapacidad; que esa capacidad jurídica comprende no sólo aptitud para ser titular de derechos sino también para tomar decisiones y realizar actos y negocios; y que los apoyos que la ley contempla son un derecho de las personas con discapacidad, no una limitación a las mismas ni algo que se les pueda imponer contra su voluntad. Negarse a realizar actos o contratos con las personas con discapacidad cuando éstas resuelven proceder sin apoyo asistencial, por tanto, no puede ser algo forzoso para las personas sin discapacidad. Si así fuera ello supondría además, en la práctica, imposibilitar a las personas con discapacidad para actuar por sí solas, pues ninguna persona sin discapacidad se atrevería a realizar actos o celebrar contratos con ellas en esas circunstancias, produciéndose en consecuencia una situación en cierta forma parecida a la que se daba con la curatela en el régimen anterior a la Ley 8/2021. Por todo lo cual entendemos que la mala fe no se puede presumir aquí sino que hay que demostrarla, y con prueba particular en cada caso.

La segunda consideración en que sustentamos nuestra crítica a la propuesta que ahora estamos analizando –supeditar la impugnación a que la parte sin discapacidad, al tiempo de realizar un acto o contrato con persona con discapacidad, haya tenido conocimiento de la existencia de medida de apoyo no utilizada–, la derivamos del régimen de cognoscibilidad dispuesto en la misma Ley 8/2021 en relación con esas medidas de apoyo. Para desarrollar esta consideración, de carácter más pragmático, hacemos primero una reflexión general y luego nos ocupamos de la cuestión específicamente en relación con la guarda de hecho.

Por cuanto hace a la reflexión general, nos encontramos de entrada con que la Ley 8/2021 afirma en un momento, en el número IV de su Preámbulo, que «*el Registro Civil se convierte en una pieza central*» del nuevo sistema, pero tenemos también que esa

¹⁸⁹ ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 1018, nota 1431. También CARRASCO PERERA, 2022, pp. 267-268. En CCJC septiembre-diciembre 2023, núm. 123, p. 228, sin embargo, ÁLVAREZ LATA parece sostener lo contrario.

misma Ley discurre luego –tanto en su Preámbulo, inmediatamente a continuación de lo anterior, como en la regulación concreta que dispone al respecto, hoy recogida en la Ley del Registro Civil– por derroteros distintos de los que aquella afirmación primera parece anunciar¹⁹⁰. Pues la Ley 8/2021, cambiando radicalmente el criterio tradicional de nuestro Ordenamiento en este tema –que daba publicidad amplia a las resoluciones judiciales de modificación de capacidad de obrar que se dictaran, permitiendo a los terceros conocer si la persona con la que pretendían realizar un acto o un contrato tenía o no limitada esa capacidad así como, en su caso, conocer cuál era el concreto régimen que le era aplicable¹⁹¹–, dispone hoy que las concretas medidas de apoyo que se establezcan para personas con discapacidad tienen una publicidad restringida. Es así porque, aunque el artículo 15 de la Ley del Registro Civil, bajo la rúbrica «*Principio de publicidad*», establece en sus núms. 2 y 3 que «*el Registro Civil es público*» y que «*podrá obtenerse información registral..., cuando se refiera[n] a persona distinta del solicitante, siempre que conste la identidad del solicitante y exista un interés legítimo*», a continuación el número 4 de este mismo precepto prescribe que «*quedan exceptuados del régimen general de publicidad los datos especialmente protegidos, que estarán sometidos al sistema de acceso restringido al que se refieren los artículos 83 y 84 de la presente Ley*», artículos, estos dos últimos, que establecen que «*a los efectos de la presente Ley se considerarán datos especialmente protegidos:... b) La discapacidad y las medidas de apoyo*», y que «*sólo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos...*». Esto, como es evidente, plantea preguntas de enorme calado, pues ¿no se desvirtúa con ello, en gran medida al menos, la función propia del Registro Civil? No es necesario para los fines de este trabajo que nos adentremos en esta cuestión¹⁹², pero lo que en todo caso resulta indudable es que el

¹⁹⁰ Sobre medidas de apoyo y Registro Civil, *vid.* Alicia SÁNCHEZ SÁNCHEZ, 2022, pp. 1277-1304, y Emma SÁNCHEZ SÁNCHEZ, 2022, pp. 1307-1330.

¹⁹¹ Nótese que este régimen se mantenía incluso en la redacción inicial de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, esto es apenas diez años antes de su modificación por la Ley 8/2021.

¹⁹² Aunque no nos adentremos aquí en esta cuestión, sí diremos que la razón que se aduce como justificativa de esa publicidad restringida no nos parece atendible. Esa razón es proteger la intimidad y los datos personales de las personas con discapacidad: «*el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su intimidad y la protección de sus datos personales*–dice el Preámbulo de la Ley 8/2021 (IV)–, han llevado a considerar que las medidas de apoyo accedan al Registro como datos

nuevo régimen incide de modo esencial en nuestro tema, ya que, al no dar publicidad a las concretas medidas de apoyo que existan en relación con determinadas personas, los terceros no pueden conocerlas. ¿Cómo puede entonces alguien saber, no sólo que la persona con la que pretende realizar un acto o contrato está afectada de discapacidad sino además que su discapacidad afecta precisamente a ese acto o contrato y por tanto que para la realización del mismo precisa apoyo, y cuál es éste? Recuérdese que la discapacidad es hoy una circunstancia que se ha de valorar *super casum*, y repárese además en las numerosas discapacidades que existen pero que a simple vista resultan de difícil o imposible detección y valoración por los particulares (además de en la edad avanzada, que indudablemente afecta al entendimiento de las personas pero que en muchos casos es difícil saber hasta qué punto). Pues bien, siendo eso así, ¿cómo puede entonces supeditarse el ejercicio de la acción de impugnación a que la otra parte tenga conocimiento de la existencia de tales medidas (no utilizadas)? Pretender tal cosa, en un sistema que no permite a los particulares el acceso al Registro a fin de poder conocer las que existen, no es una solución plausible¹⁹³. Es, nos atreveríamos incluso a decir, un sinsentido.

sometidos al régimen de publicidad restringida». Pero ésta, tal como decíamos, no es razón atendible, pues una cosa es no dar publicidad a las circunstancias personales físicas o psíquicas determinantes de la discapacidad de las personas –esto no plantea dificultad ninguna para admitirlo–, y otra no dar publicidad a las medidas de apoyo existentes en favor de tales personas, cuando esas medidas resultan luego determinantes de la validez o invalidez de lo actuado por ellas en el tráfico jurídico (*vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, 2022, p. 637-639*; también FERNÁNDEZ CAMPOS, 2022, pp. 69-70).

¹⁹³ La regulación establecida hoy en nuestro Ordenamiento nos permite dejar aquí a un lado la disputa que bajo el régimen anterior se planteó acerca de si las modificaciones de la capacidad de obrar dispuestas en resolución judicial que no se inscribieran en el Registro de la Propiedad eran o no oponibles a quienes, como adquirentes, celebraran contratos con personas que dicho Registro publicaba como titulares de derechos –y realmente lo eran– pero de los que no podían disponer válidamente por sí solas en razón de lo establecido en tales resoluciones. Esa disputa se concretaba en los dos planteamientos siguientes.

Uno, claramente mayoritario en la doctrina, sostenía que tales modificaciones de capacidad eran oponibles a quien contrataba con el titular registral aunque no estuvieran inscritas. Por dos razones principales. Una, porque ésta no es materia de contenido patrimonial sino personal, en la que no cabe plantear un sistema de protección de la apariencia semejante al que el Derecho Hipotecario establece en relación con las adquisiciones de derechos reales por parte de terceros de buena fe: la protección de la persona con capacidad judicialmente modificada es interés preferente a la protección del interés del tráfico. Y otra, porque en el caso aquí discutido no se plantea un problema de tercero –que es al que propiamente se refiere el expediente de protección de la apariencia en el ámbito hipotecario– sino un problema *inter partes* (titular registral-persona que celebra contrato con él).

El otro planteamiento, sostenido por un número de autores reducido pero de gran autoridad –GORDILLO CAÑAS, 1986, *passim*, pero especialmente pp. 82-89, 98-116, 124-137, 141-144, 164-185 y 194-195; y HERMIDA LINARES, RCDI 1952, pp. 20-26 y 442-448–, consideraba que la incapacidad / modificación de capacidad declarada judicialmente, si no era cognoscible por el adquirente de un bien porque no se había inscrito en el Registro de la Propiedad, no le era oponible. El Registro –decía GORDILLO–, creado para ser reflejo fiel de la realidad, proyecta una imagen falsa –apariencia– cuando no se lleva a

Y esta objeción que acabamos de apuntar no se salva con la excepción a tal restricción de conocimiento que la ley hace en favor de Administraciones y funcionarios públicos –los más relevantes para nuestro caso, aunque no los únicos, son los Notarios y los Registradores–, cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de las medidas de apoyo (artículo 84 de la Ley del Registro Civil, en su actual redacción)¹⁹⁴. No puede salvarse con esa excepción, por las tres razones siguientes.

Una, porque no todos los actos y contratos pasan por Notarios, Registradores u otros funcionarios públicos. Posiblemente sí lo hacen los de mayor importancia, pero no todos, ni siquiera todos

él lo que es susceptible de inscripción, resultando entonces que otra persona puede celebrar contrato con el titular registral confiando en esa apariencia, y en este caso, por razones de seguridad jurídica, la realidad no debe serle oponible posteriormente. Este planteamiento, que se aplica sin duda ninguna en caso de defecto de titularidad o de poder de disposición, es aplicable también –decía GORDILLO– en caso de defecto de capacidad del transmisor, pues aunque la capacidad de una persona no sea cosa transmisible, no es menos cierto que sí afecta a las posibilidades de actuación válida y eficaz de esa persona. Por eso –añadía– se disponen instrumentos para publicar las modificaciones de capacidad existentes –el Registro Civil y el Registro de la Propiedad–: para que todos puedan saber a qué atenerse en su relación con tales personas. Y por ello –concluía–, si la resolución judicial que modifica la capacidad de obrar de una persona, titular registral de un derecho real inmobiliario, no se inscribe en el Registro de la Propiedad y entra en juego un sujeto que celebra negocio adquisitivo con tal titular confiado en la apariencia que resulta del Registro, esa confianza debe ser protegida, no pudiéndose oponer aquella modificación para anular el negocio. Es cierto –reconocía– que las cuestiones de capacidad no plantean estrictamente un problema de tercero sino de partes, pero eso –respondía– no impide aplicar lo dicho, ya que el interés en juego es sustancialmente el mismo: la protección de la seguridad jurídica. Siendo así además –añadía– que el argumento en contrario sustentado en el artículo 33 LH –que dice que la inscripción no sana ni convalida los actos nulos– no es determinante aquí si se considera el Derecho hipotecario en su conjunto –i.e., no sólo el artículo 33 sino también los artículos 2.4.^o y 42.5 LH (en su redacción anterior a la Ley 8/2021) y 23 LH en su redacción originaria (de 1861)–, de donde se puede concluir que el artículo 33 LH establece la regla general –que la inscripción no convalida los actos nulos– pero que esa regla tiene una excepción: cuando la causa de anulabilidad es un defecto de capacidad del transmisor que, pudiéndose haber inscrito en el Registro de la Propiedad, sin embargo no lo ha hecho.

Esta disputa, ahora bien, tal como avanzábamos al inicio de esta nota, ha perdido su razón de ser después de la Ley 8/2021, porque hoy la Ley Hipotecaria, tras disponer que las resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo sólo se pueden inscribir en el Libro sobre administración y disposición de bienes del Registro de la Propiedad (antes denominado Libro de incapacitados) (arts. 2.4.^o y 242.bis LH), establece que a esas inscripciones no tendrán acceso general los terceros (*vid.* el art. 222.9 LH). Con lo cual el planteamiento que sosténía la tesis minoritaria –que la modificación de la capacidad de obrar del titular registral no era oponible a terceros de buena fe cuando no estuviese inscrita en el Registro de la Propiedad– se sitúa hoy en un terreno completamente distinto, ya que hoy, aunque las medidas de apoyo establecidas en relación con una persona se hayan inscrito en el Registro, los terceros no pueden saber si existen o no, ni conocerlas (el Libro sobre administración y disposición de bienes queda hoy exclusivamente como un medio interno y auxiliar a efectos de calificación: GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, 2022, p. 1401). Por cuanto hace al reflejo de las medidas de apoyo en el Registro de la Propiedad, es importante también tener presente lo dispuesto en el artículo 755.2 LEC.

¹⁹⁴ Artículo 84 de la Ley del Registro Civil: «(...) *Las Administraciones públicas y los funcionarios públicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos del apartado 1.b) del artículo 83 cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de las medidas de apoyo*».

los importantes: recuérdese que en nuestro Ordenamiento la escritura pública como forma requerida *ad validitatem* y la inscripción registral con valor constitutivo son supuestos excepcionales. El sistema establecido por la Ley 8/2021 parece centrado en los actos y contratos que efectivamente pasan por Notarios, Registradores u otros funcionarios públicos¹⁹⁵, pero la realidad es más amplia, y por ello esa excepción a favor de funcionarios públicos no es suficiente. La restricción al conocimiento de tales circunstancias repercuten gravemente en el tráfico restante¹⁹⁶.

Otra, porque, incluso si el acto o contrato se instrumenta en escritura pública, hacer depender el tráfico –tanto en sentido jurídico como económico– de la advertencia que los Notarios, llegado el momento, hagan a los sujetos del mismo, no será siempre solución satisfactoria. Pues, ¿qué ocurrirá con los gastos y las pérdidas de tiempo y de oportunidad derivados de actuaciones que antes de llegar a la Notaría haya hecho la parte sin discapacidad –desplazamientos, estudios técnicos, búsqueda de financiación, etc.– al efecto de cerrar una operación que a la postre no se acaba realizando en razón del temor generado en esa parte a verla posteriormente invalidada por la otra parte –la parte con discapacidad– en base a haber procedido sin asistencia de la persona de apoyo, cuya existencia descubre el Notario a la parte no-discapaz justamente al irse a otorgar la escritura? ¿Será preciso que las personas, para evitar tales gastos y pérdidas de tiempo y de oportunidad, al iniciar tratos con otras empiecen preguntándoles si tienen o no discapacidad y medidas de apoyo, o, más aún, que les requieran autorización para acceder al Registro Civil y comprobar por sí mismas tales circunstancias? Esto es absurdo¹⁹⁷.

Y otra, porque, aunque la diligencia de los Notarios lo haga harto improbable, ¿qué ocurrirá si en un caso, por falta suya, no

¹⁹⁵ El nuevo sistema registral –dice Alicia SÁNCHEZ SÁNCHEZ– «prioriza el acceso a la información del Registro Civil por las Administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y bajo su responsabilidad... relegando al particular y dificultando el acceso a la información registral» (2022, p. 1286).

¹⁹⁶ Debe además tenerse presente aquí –dicen EGUSQUIZA, 2022, p. 1171; y ÁLVAREZ LATA, 2021, pp. 1018-1019– la dificultad inherente a la contratación de consumo a distancia y a través de mecanismos digitales, muy frecuentes hoy, en las que las circunstancias personales del consumidor no son conocidas por la otra parte.

¹⁹⁷ En este sentido, apunta MARÍN CALERO que «no cabe presumir mala fe de la contraparte [la parte sin discapacidad] por el hecho de que se omitan medidas de apoyo que estén inscritas en el Registro civil, pues sería inaceptable para la normalidad del tráfico (y por lo tanto expulsaría de él a las personas con discapacidad) exigir a todo el que contrate con [personas con discapacidad] –que además no siempre sabrá que son “ellas”– que haga una previa e inmediata consulta a ese Registro, algo que, además, sólo podrá hacer con la colaboración de la propia persona con discapacidad, pues se trata de una información de publicidad restringida» (2022, p. 289). Cabe, además, que la persona con discapacidad oculte a la otra tal circunstancia a propósito.

advierten a la parte sin discapacidad de la existencia de medida de apoyo en relación con la otra parte de una operación? Incurrirán, posiblemente, en falta y sanción, pero, ¿impedirá eso que la parte con discapacidad pueda luego impugnar el acto o contrato realizado? Pensamos que no. Y en todo caso, sea de eso lo que sea, lo que con ello se evidencia es que carece de justificación no permitir, a quienes van a realizar un acto y son por tanto los principales interesados en él, conocer por sí mismos la existencia de medidas de apoyo en relación con las personas con las que pretenden celebrarlos (sin perjuicio de que puedan y deban conocerlas también Notarios, Registradores y otros funcionarios públicos).

Terminamos con esto la reflexión general y pasamos a ocuparnos del caso específico de guarda de hecho, que presenta particularidades propias en este sentido. Es así porque, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de curador o medida voluntaria prevista por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, que son apoyos formales cuyo establecimiento es inequívoco –se constituyen cuando un Juez dicta la correspondiente resolución, sea en procedimiento de jurisdicción voluntaria o contenciosa, o cuando se otorga la correspondiente escritura pública¹⁹⁸–, cuyo alcance está bien delimitado –el que se haya determinado en la resolución o escritura–, cuya inscripción en el Registro civil es obligatoria¹⁹⁹ y cuyo reflejo registral se hace en asiento cuyo contenido se presume exacto y al que se atribuye plena eficacia probatoria –asiento de inscripción²⁰⁰–, cuando se trata de guarda nos encontramos con un supuesto que presenta notas contrarias a las dichas, ya que su establecimiento no se produce formalmente sino por vía de hecho, su alcance no está en principio delineado de forma nítida y oficial, su reflejo registral no

¹⁹⁸ Artículo 269 CC, para las medidas de apoyo judiciales. Para las medidas de apoyo voluntarias: artículo 255 CC.

¹⁹⁹ *Vid.* artículo 300 CC. En caso de medidas judiciales, *vid.* artículo 755 LEC, que impone al Letrado de la Administración de Justicia su comunicación de oficio al Registro Civil. En caso de medidas de apoyo voluntarias, el artículo 255, apartado cuarto, CC, impone tal deber al Notario.

²⁰⁰ Artículo 4 de la Ley del Registro Civil: «*Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles: (...) 10.º Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes. 11.º Las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.*»

Artículo 39 de la Ley del Registro Civil: «*1. La inscripción es la modalidad de asiento a través de la cual acceden al Registro Civil los hechos y actos relativos al estado civil de las personas y aquellos otros determinados por esta Ley. 2. Los efectos de la inscripción son los previstos en los artículos 17 y 18 de la presente Ley.*»

Artículo 17 de la Ley del Registro Civil: «*1. La inscripción en el Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos.*»

Artículo 16.2 de la Ley del Registro Civil: «*Se presume que los hechos inscritos existen y los actos son válidos y exactos mientras el asiento correspondiente no sea rectificado o cancelado en la forma prevista por la ley.*»

es obligatorio y además, en caso de que se produzca, no se hace mediante asiento de inscripción sino de anotación, que no tiene valor probatorio sino meramente informativo²⁰¹. Lo que hace que en caso de guarda de hecho de carácter asistencial sea más inadecuado aún que cuando se trata de curatela, supeditar la impugnación del acto o contrato a que la parte capaz haya tenido conocimiento de la existencia de tal medida. Porque en la realidad no será frecuente –todo lo contrario– que la guarda de hecho se haya anotado en el Registro; porque, aunque se haya hecho así, tendrá publicidad restringida y por tanto las personas capaces que vayan a realizar con aquéllas un acto o contrato no podrán tener por sí mismas conocimiento de su existencia; y porque, aunque se haya anotado en el Registro y el acto o negocio de que se trate se instrumente en escritura pública, el Notario sólo podrá informar a la parte capaz de su posible existencia –sólo posible, porque en este caso no se presume que lo anotado en el Registro se corresponda con la realidad–.

A la vista de lo cual, concluimos ratificándonos en la afirmación que avanzamos en su momento: que supeditar la impugnación que estamos viendo a que la parte sin discapacidad haya conocido que la persona con la que celebra un acto o contrato presenta discapacidad relevante para el mismo y que no ha contado al efecto con el apoyo asistencial oportuno, no es solución adecuada en el sistema actual, ni en general, ni en particular en caso de guarda de hecho²⁰².

Que esa solución no sea adecuada en nuestro Ordenamiento, ahora bien, no significa que debamos resignarnos a admitir una acción de impugnación de ejercicio libre y a voluntad de la persona con discapacidad o sus herederos. Esto no es lógico, ni justo, pues la seguridad de quienes entran en contacto con personas con discapacidad y celebran actos y negocios con ellas es también una exigencia de equidad y de Justicia²⁰³. Los intereses de quienes tratan con personas con

²⁰¹ Artículo 40 de la Ley del Registro Civil, en su nueva redacción: «*1. Las anotaciones registrales son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción. (...) 3. Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos: (...) 9.º El acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho.*» Se extenderán estas anotaciones –dice el actual artículo 40.2 LRC– a petición del Ministerio Fiscal o del cualquier interesado –lo que comprende por tanto al guardador–. Para ello será necesario aportar la oportuna documentación, principalmente acta de notoriedad (arts. 300 CC y 209. Quinto del Reglamento notarial); pero *vid. infra* V.1.2 en relación con el Auto en expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 265 CC y 52 LJv) o con el Decreto del Ministerio fiscal en los que se constate la existencia de guarda de hecho.

²⁰² En sentido semejante, LÓPEZ CÁNOVAS, 2022, p. 169.

²⁰³ Hacen también referencia en este punto al interés de los terceros y a su protección, ATAZ LÓPEZ, 2022, p. 151; MARÍN CALERO, 2022, pp. 132 y 134-137; DE LA CERDA BALLESTEROS, 2022, pp. 388-389; GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, 2022, pp. 1380, 1397, 1401 y 1405; MESSÍA DE LA CERDA, 2022, p. 400; FERNÁNDEZ CAMPOS, 2022, pp. 69-70; LÓPEZ CÁNOVAS, 2022, pp. 168-169.

discapacidad son tan legítimos como los de estas personas, y el Ordenamiento debe protegerlos igual. Esa impugnación debe por tanto condicionarse a algún requisito añadido. Pero, ¿a cuál?

A nuestro juicio ese requisito debería cifrarse en que la persona sin discapacidad, al realizar el acto o contrato de que se trate, se haya aprovechado de que la persona con discapacidad haya actuado sin apoyo, obteniendo para sí –la persona sin discapacidad– una ventaja injusta y causando con ello, correlativamente, un perjuicio injustificado a la persona con discapacidad.

Cómo se concrete esa ventaja injusta, es cuestión que correspondería al legislador decidir. A nivel teórico existen dos fórmulas principales: una, proceder con base en un concepto jurídico indeterminado –*obtención de ventaja injusta*– que luego los jueces tendrán que concretar en cada caso; otra, fijar la ventaja injusta en términos cuantitativos, de tal modo que sólo se considere jurídicamente relevante si llega a tal medida –*v. gr.*, lesión a la persona con discapacidad en más de la cuarta parte del valor del bien o de la prestación objeto del acto o contrato–. Cada una de esas opciones tiene sus pros y sus contras –la primera tiene a su favor que permite valorar las circunstancias particulares de cada caso, la segunda tiene la ventaja de que su aplicación es más fácil–, y es el legislador a quien correspondería decidir²⁰⁴.

En todo caso, con independencia de cómo se concrete eso, lo importante ahora es dejar sentado que la única circunstancia que a nuestro entender debería posibilitar la impugnación, por parte de la persona con discapacidad o sus herederos, de un acto o contrato realizado por ella sin apoyos, es que tal acto o contrato haya procurado una ventaja injusta a la persona sin discapacidad y, correlativamente, un perjuicio injustificado a la persona con discapacidad²⁰⁵. Fórmula, ésta, que se justifica por cuanto es la única que

²⁰⁴ La primera encajaría mejor en el artículo 1302.3 CC, tal como está redactado hoy. La segunda, sin embargo, además de su más fácil aplicación, es la seguida en el artículo 1291.1.º CC en relación con la impugnación de contratos celebrados por personas de apoyo representativo sin autorización judicial. En la doctrina hay pareceres diversos. Así, LÓPEZ CÁNOVAS destaca que la segunda es de aplicación más fácil (2022, p. 173), pero añade (pp. 171-172) que la ventaja injusta debe conceptuarse de forma amplia, para abarcar no sólo los casos de obtención de beneficio económico excesivo sino también aquellos en que la ventaja es de otro tipo, *v. gr.* en la forma de pago o en las causas de resolución del contrato. EGUSQUIZA, por su parte, considera que la ventaja injusta «debería ser apreciada en sí misma, sin que para ello resulte exigible la existencia de una notoria desproporción u onerosidad para la persona con discapacidad. (...) no sería necesario –dice– que existiera una concreta cuantificación de la lesión sufrida por el contratante con discapacidad, basando que el negocio resultase injustamente desproporcionado» (2022, pp. 1172-1173; en sentido semejante, ÁLVAREZ LATA, 2021, pp. 1019-1020).

²⁰⁵ Así también GARCÍA RUBIO, 2022, p. 629; y GARCÍA RUBIO, VARELA CASTRO, 2022, pp. 653-656, 658 y 664; ALBERRUCHE, 2022, pp. 512-513; CARRASCO PERERA, 2022, pp. 266-269.

posibilita coherenciar armónicamente todos los intereses en juego –la autonomía de las personas con discapacidad, la seguridad jurídica, y la recusación del enriquecimiento injusto–, y llegar a una solución justa y equitativa. De este modo –se ha dicho muy atinadamente–, «se equilibra el interés de la persona con discapacidad, quien ve reconocida su capacidad para vincularse jurídicamente a través de contratos, con el interés de la confianza del otro contratante, quien sólo se hallará desprotegido si en realidad no merece tutela por haberse aprovechado de la situación de discapacidad de otro, obteniendo una ventaja injusta. En consecuencia, la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona con discapacidad sólo adquiere relevancia anulatoria cuando el contrato resulta injustamente desequilibrado; o lo que es lo mismo, es el desequilibrio y no la discapacidad la razón que hace quebrar la plena validez del negocio»²⁰⁶.

Esta fórmula, además, pensamos que no puede causar asombro ni rechazo, ya que el propio Código la establece en su artículo 1302.3, párrafo segundo, cuando quien impugna es la persona de apoyo²⁰⁷. Si bien conviene precisar que, aunque así lo haga este precepto en relación con la persona de apoyo, no es atinado proceder en este punto supeditando la impugnación al cumplimiento alternativo de uno de los dos requisitos siguientes: que la persona sin discapacidad haya actuado teniendo conocimiento de que la persona con discapacidad contaba con medida de apoyo de la que sin embargo no se había servido para realizar el acto o contrato que ahora se pretende impugnar, «o» que la persona sin discapacidad se haya aprovechado de la discapacidad de la otra parte obteniendo para sí, con ese acto o contrato,

²⁰⁶ GARCÍA RUBIO VARELA CASTRO, 2022, pp. 665.

²⁰⁷ Esta referencia hecha en el texto a lo dispuesto en el artículo 1302.3, párrafo segundo, CC, ahora bien, no significa que consideremos que esa norma es aplicable directamente a la impugnación planteada por la propia persona con discapacidad o sus herederos. No es así, porque esa norma se refiere propiamente sólo al caso de impugnación por parte de la persona de apoyo: esto se evidencia al considerar que su tenor literal subraya que lo dispuesto en él se aplica «en este caso», y además que eso se dispone en un párrafo distinto –el segundo– de aquel en que se trata de la impugnación por la propia persona con discapacidad o sus herederos –el párrafo primero–. GARCÍA RUBIO VARELA CASTRO (2022, pp. 653-656, 658 y 664), sin embargo, consideran que el requisito de haberse aprovechado la parte capaz de la situación de discapacidad de la otra parte obteniendo una ventaja injusta es aplicable también a la impugnación planteada por la propia persona con discapacidad o sus herederos, pues aunque el tenor del artículo 1302.3 CC dice otra cosa, ello es fruto –consideran– de las distintas versiones y enmiendas que el legislador barajó al tratar este precepto, que hicieron que el texto definitivamente aprobado no resultara plenamente coherente en este punto. Pero, eso no obstante, ése es –dicen– el sentido correcto con el que debe aplicarse la norma, ya que entre la impugnación por la persona de apoyo y la impugnación por la propia persona con discapacidad o sus herederos hay identidad de razón en este sentido. El planteamiento de estos autores, ahora bien, aunque lo compartimos en un plano valorativo, no es el que resulta de la ley.

una ventaja injusta²⁰⁸. Para nosotros, el único factor determinante a efectos de impugnación debe ser la obtención de ventaja injusta por parte de la persona sin discapacidad y la correlativa causación de un resultado lesivo a la persona con discapacidad, no el hecho de conocer aquélla que ésta estaba operando en la vida jurídica sin apoyo asistencial²⁰⁹: este conocimiento, aunque exista, no debe bastar por sí solo, sino que para ser relevante debe traducirse en un resultado material, en los términos apuntados²¹⁰. Por ello, si la parte capaz ha tenido conocimiento de tal circunstancia pero el resultado del acto o contrato ha sido equilibrado para ambas partes, nos parece que permitir la impugnación es una reacción desproporcionada²¹¹.

La fórmula que propugnamos, es verdad que aleja esta impugnación del terreno de la anulabilidad en que la ley actual la sitúa²¹² y la aproxima al terreno de la rescisión, pero ocurre que ésta, debidamente dibujada, nos parece que hubiera sido la acción más adecuada aquí²¹³. Y conseguirlo es algo que no sería difícil si el legislador

²⁰⁸ Aunque la alternatividad de los requisitos que establece el artículo 1302, párrafo segundo, CC, es *communis opinio* en la doctrina, GARCÍA RUBIO, con base en la locución «*de otro modo*» empleada en él, considera que esos requisitos han de aplicarse de modo cumulativo (2022, pp. 662-663). Pero esto no es lo que resulta de la letra de la norma –*vid.* la conjunción disyuntiva «*o*» que emplea–, ni de la intención del legislador. Sobre estos requisitos alternativos, *vid.* EGUSQUIZA, 2022, pp. 1170-1174. CARRASCO PERERA, por su parte, considera «completa necedad» que la legitimación de las personas de apoyo se condicione a alguna de las dos circunstancias apuntadas (2021, p. 7).

²⁰⁹ GARCÍA RUBIO VARELA CASTRO, llevando este planteamiento al extremo, consideran que, aunque haya habido apoyo, el acto o contrato realizado por persona con discapacidad es anulable si reporta ventaja injusta a la parte capaz (2022, p. 659). Nosotros no estamos de acuerdo con esto.

²¹⁰ Ese conocimiento, además, va implícito en el hecho de obtener una ventaja injusta aprovechándose de la discapacidad de la otra persona.

²¹¹ Aunque considera la cuestión desde otra perspectiva, *vid.* LÓPEZ CÁNOVAS, 2022, p. 172.

²¹² Para una crítica de la anulabilidad como acción adecuada en este tema en el sistema establecido por la Ley 8/2021, *vid.* LÓPEZ BARBA, 2021, pp. 598-606.

²¹³ Así también ÁLVAREZ LATA: «no falta razón a quienes entienden que la opción de la rescisión permitiría huir de fórmulas como la anulabilidad, en las que claramente subyace la falta de capacidad para contratar y la protección de la persona, que asimismo pueden resultar contradictorias con los principios proclamados por la [Convención de Nueva York]; la posibilidad de rescindir el negocio hecho por la persona con discapacidad con o sin medidas en caso de lesión... hubiera sido probablemente una buena decisión para evitar las incongruencias del sistema a las que conduce la regulación de la mera anulabilidad» (2021, pp. 998-999). También LÓPEZ BARBA (2021, pp. 598-599, 611 y 613-614), sin perjuicio de que no convengamos con ella en situar el fundamento primigenio de la acción de rescisión en el artículo 12.5 de la Convención de Nueva York –que ordena a los Estados partes velar «*porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria*»– (pp. 594-598), ya que entendemos que esa norma no se refiere a impugnar resultados inadecuados o injustos de una actuación realizada voluntariamente por persona con discapacidad sino a impedir privaciones procedentes «de fuera», principalmente de los poderes públicos. También se refieren a la acción de rescisión en este sentido, DE SALAS MURILLO, *Diario La Ley*, 2021, p. 7; y ALBERRUCHE, 2022, pp. 511 ss. Y comparten el planteamiento, aunque sin hablar explícitamente de rescisión, ATAZ LÓPEZ, 2022, pp. 151-152; y LÓPEZ CÁNOVAS, 2022, pp. 162-168 y 174. En esta línea se mueve también hoy el Derecho aragonés –tras su reforma por la Ley 3/2024–, pues el artículo 45-6 de su Código establece que «*Será rescindible el contrato de una persona con*

quisiera hacerlo: bastaría con modificar el tenor de los artículos 1302.3, párrafo primero, 1291 y 1293 CC, y eso no plantearía especial complejidad, pues no supondría cambios sustanciales desde el punto de vista del régimen concreto de tal acción. Es así, porque la regulación prevista en el Código para la acción de rescisión resulta igual o muy parecida a la que hemos visto establece hoy el Código para la acción de anulación en este caso. En cuanto al plazo, porque el artículo 1299, párrafo primero, CC señala para la acción de rescisión el de cuatro años, el mismo que el artículo 1301.4.^º CC señala a la acción de anulación –lo único que se requeriría es decidir cuál sería el *dies a quo* de la acción de rescisión en este caso, pues el párrafo segundo del artículo 1299 lo fija en el momento en que se extinga la medida de apoyo mientras que el artículo 1301.4.^º CC lo fija en el día de celebración del contrato–. Y en cuanto a los efectos, porque es también sustancialmente semejante lo dispuesto para la acción de rescisión en el artículo 1295 CC –obligación de devolver las cosas objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, sin hacer lo cual no puede llevarse a efecto la rescisión– y lo dispuesto para la acción de anulación en los artículos 1303, 1304 y 1308 CC –únicamente habría que añadir a aquél, si se quisiera, la previsión particular contenida hoy para la anulación en el artículo 1314 CC–.

discapacidad, tanto si ha sido celebrado por sí sola como con alguna medida de apoyo, cuando el otro contratante se haya aprovechado de la situación de discapacidad para obtener una ventaja injusta...» (nosotros no estamos de acuerdo con admitir la rescisión cuando la persona con discapacidad ha actuado con apoyo), matizando con ello la disposición que establece en el artículo 45-3, que excluye la anulación del acto realizado cuando la parte sin discapacidad no conoció ni pudo razonablemente conocer que la parte con discapacidad había actuado sin contar con el apoyo oportuno. Y esta acción es la que parece entender procedente también NÚÑEZ ZORRILLA en relación con la figura de la «asistencia» regulada en el Derecho catalán por su Ley 25/2010 (2014, pp. 114-116 y 129-130; y es que –advertimos nosotros– aunque esta autora, al referirse a esta impugnación emplea el término «anular», luego dice que se trata de una anulabilidad diferente a la ordinaria, diferencia que cifra en hacer depender la impugnación de que se haya causado perjuicio a la parte con discapacidad). GUILARTE MARTÍN-CALERO, por su parte, aunque considera en principio que, «si los apoyos faltan, debería ser esta circunstancia y no otras (mala fe, ventaja injusta del otro contratante) los que determinen la reacción del Ordenamiento jurídico» (2021, p. 545), luego sostiene que para la impugnación por parte de la propia persona con discapacidad o de sus herederos debería requerirse un perjuicio a aquélla, o una maquinación fraudulenta de la persona de apoyo (p. 549).

Tajantemente en contra de la rescisión, y a favor de la anulabilidad, se muestran sin embargo GARCÍA RUBIO VARELA CASTRO, considerando que la anulabilidad es «un mecanismo más flexible, que puede ser activado tanto judicial como extrajudicialmente, y que, a diferencia de la rescisión, no posee carácter subsidiario; además –dicen–, de producirse la declaración anulatoria, se ocasionan plenos efectos restitutorios, lo que no sucede con la rescisión» (2022, p. 649). Por nuestra parte, sin embargo, no entendemos este planteamiento, máxime cuando estos autores justifican la impugnación únicamente en base a la causación de un perjuicio injusto a una de las partes, dato que se suele relacionar directamente con la acción de rescisión, conforme al entendimiento común de estas acciones.

En general sobre la rescisión de los actos y contratos realizados por personas con discapacidad, *vid.* las consideraciones que antes de la Ley 8/2021 hacían MESSÍA DE LA CERDA, 2018, pp. 505-509, y LEGERÉN, 2019, p. 205.

IV. LA GUARDA DE HECHO REPRESENTATIVA

1. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL

Como ya hemos visto, tras la reforma del Código civil por la Ley 13/1983 la guarda de hecho pasó a tener entre nosotros cierto reconocimiento legal, aunque muy limitado. En cuanto a su función, es claro que la ley no atribuyó entonces al guardador operatividad representativa, por lo que en ningún caso podía considerarse legitimado para actuar en nombre de la persona «guardada»²¹⁴ –sin perjuicio de que se contemplara la posible convalidación *a posteriori* de los actos que el guardador realizara *de facto* en interés del guardado, cuando esos actos hubieran resultado de utilidad para éste²¹⁵.

Con el paso del tiempo la situación fue cambiando, en parte a través de leyes especiales que establecieron que en ciertos sectores y casos el guardador sí estaba legitimado para realizar válidamente actos en nombre de la persona guardada²¹⁶; en parte a través de

²¹⁴ Por todos, *vid.* BERCOVITZ, 1986, p. 790; SANCHO GARGALLO, 2000, p. 232; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2014, pp. 122-124 y 141; LECIÑENA, 2015, pp. 50-51.

²¹⁵ Artículo 304 del Código civil, en su redacción de entonces: «*Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del... presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*». La regla del artículo 304 del Código civil, decía entonces MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014, p. 124, apoyándose en Parra Lucán), «sirve... para desincentivar la contratación con el guardador de hecho: puesto que el tercero no puede controlar el destino de la prestación entregada al guardador de hecho ni la finalidad con la que el guardador realiza el acto, son los terceros los que deben protegerse, evitando la contratación o negándose a realizar el acto requerido por un guardador que no esté dotado de la debida legitimación para actuar el nombre del guardado».

²¹⁶ Recuérdese, en este sentido, lo dispuesto en las Leyes 41/2002, 41/2003, 39/2006 y 1/2009.

– La 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, vino a establecer en su artículo 9.3 que, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones y carezca de representante legal, pueden prestar consentimiento por representación las personas vinculadas a él, además de por razones familiares, también por razones de hecho (Una exposición descriptiva al respecto puede verse en LESCANO, 2017, pp. 108-113).

– La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, estableció en su artículo 3.1.c) –en su redacción de entonces– que el guardador, en beneficio de la persona con discapacidad, podía constituir un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado en herencia, o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario (Una exposición descriptiva al respecto puede verse en LESCANO, 2017, pp. 113-124).

– La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, aunque no contemplaba propiamente la legitimación del guardador de hecho en este sentido, al pasar al terreno de su aplicación práctica dio lugar a que la Resolución de 16 de julio de 2007 del Instituto de Mayores y Servicios sociales del Ministerio de Trabajo estableciera un modelo para que el guardador pudiera presentar solicitud de inicio de procedimiento para el reconocimiento de la persona con discapacidad como persona dependiente, siendo así que luego las Comunidades

resoluciones jurisprudenciales que consideraron válidas determinadas actuaciones del guardador y que además le reconocieron legitimación activa y pasiva desde el punto de vista procesal²¹⁷; y en parte también a través de la modificación del propio Código civil, a cuyo artículo 303.1 se añadió por la Ley 26/2015 un párrafo segundo que permitió que en determinada circunstancia pudieran los jueces otorgar facultades tutelares al guardador²¹⁸. Pero se trataba en todo caso de supuestos acotados, por lo que la regla seguía siendo la antes dicha.

La aprobación de la Ley 8/2021, sin embargo, ha operado aquí un cambio radical. Por un lado, porque la guarda de hecho ha pasado a ser reconocida por la ley como medida regular de apoyo a las personas con discapacidad, al mismo nivel que las demás medidas de apoyo legales. Y por otro lado, porque, aunque con carácter excepcional –pero con la misma excepcionalidad que se predica de las medidas judiciales de apoyo–, la ley reconoce abiertamente al guardador la posibilidad de operar también con función representativa: así lo dice el Preámbulo de esa Ley²¹⁹, y lo establecen los artículos 249 –párrafo tercero– y 264 –párrafos primero, segundo y tercero– CC²²⁰. Lo que supone que la guarda de hecho puede hoy tener una operatividad que anteriormente le estaba vedada.

autónomas han considerado al guardador legitimado también para gestionar –en interés de la persona con discapacidad– la prestación que se le conceda (Una exposición descriptiva al respecto puede verse en LESCANO, 2017, pp. 124-132).

– La Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, en su Disposición Adicional única considera al guardador de hecho legitimado para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable de la persona guardada que sea de interés para el ejercicio de las funciones de aquél (Una exposición descriptiva al respecto puede verse en LESCANO, 2017, pp. 132-140).

²¹⁷ *Vid.* LECIÑENA, 2015, pp. 152-156; PÉREZ MONGE, 2016, p. 1360; LESCANO, 2017, pp. 90-92.

²¹⁸ Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El artículo 303.1 CC quedó así: «*Si perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiere precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. (...).

²¹⁹ «Cabe añadir incluso –dice en términos generales el Preámbulo (III) de la Ley 8/2021– que, en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo..., éste puede concretarse en la representación en la toma de decisiones». Añadiendo luego que «Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa...».

²²⁰ La atribución de ciertas facultades de representación al guardador ya estaba reconocida en el Derecho civil aragonés antes de la Ley 8/2021: artículo 159 del Código de Derecho civil foral de Aragón, en su redacción por el Decreto legislativo 1/2011 (hoy, más

Esto se explica porque, aunque la Convención de Nueva York establece que «*las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*» (artículo 12.2) y la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad explica ese precepto diciendo que «*la capacidad jurídica incluye la capacidad... de actuar en Derecho*», que ello supone reconocer a la persona con discapacidad «*como actor facultado para realizar transmisiones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin*», y que a estas personas no se les puede «*denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar)*» (apartados 12 y 13), hay aquí que tener presente que esa idea de máximo se ha trasladado a nuestro Derecho de forma matizada, ya que después de su reforma por la Ley 8/2021 se sigue en él reconociendo que las personas con discapacidad no pueden siempre ejercitar por sí mismas esa capacidad ni pueden siempre, por tanto, intervenir en el tráfico jurídico y realizar por sí mismas actos y negocios.

2. LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA DEL GUARDADOR EN NUESTRO DERECHO, HOY

2.1 Sobre cuándo procede el apoyo con función representativa

Por lo que hace a cuándo procede que el guardador pueda operar con tal función, la cuestión es clara en línea de principio: procede cuando la persona guardada no puede, ni siquiera con asistencia, tomar por sí misma una decisión o realizar un acto de relevancia jurídica que sea atendible, por ser tan severa su discapacidad que no le permite entender el significado de tal decisión o acto, ni tener una voluntad racional y libre al respecto –en otras palabras: cuando la persona en cuestión no tiene capacidad natural de entender y querer el acto o negocio de que se trate²²¹. En tal supuesto es la «persona de apoyo» –en nuestro caso, el guardador– quien, en representación de la persona con discapacidad, decide y actúa por

ampliamente, en su artículo 169-12, obra de la Ley 3/2024). También, aunque en menor medida, en el artículo 225-3 del Código civil de Cataluña, en la redacción dada al mismo por la Ley catalana 25/2010 (hoy en trámites de reforma).

²²¹ No compartimos la idea de FERRE VANRELL, quien sostiene que, «para los actos enumerados en el artículo 287 CC (ex párrafo 2 del artículo 264 CC “en todo caso”), la actuación del guardador debe ser en todo caso representativa» (2022, pp. 610-611). No la compartimos, porque entendemos que el factor determinante a estos efectos no es el tipo de acto que se trate de realizar, sino la aptitud de la persona con discapacidad en orden a realizarlo por sí misma.

ella en la vida jurídica –hablar aquí de apoyo, como ya hemos dicho en otras ocasiones, es un eufemismo–. Función representativa que se justifica porque la realidad de las personas que se encuentran en tal situación sólo se puede resolver permitiendo que otra persona actúe en su nombre –aunque esto, según se dice, atente contra los derechos humanos–. Y es que, aunque todas las personas tienen igual dignidad y capacidad jurídica, no cabe cerrar los ojos al hecho de que no todas pueden ejercitar esa capacidad por sí mismas ni siquiera con apoyo, ni pueden en consecuencia actuar en el tráfico jurídico ejercitando derechos y realizando actos o negocios por sí mismas.

El campo de posible actuación representativa del guardador es amplio, ya que puede comprender tanto asuntos de índole personal como patrimonial, y en este último caso tanto actos de administración como de disposición. Así resulta del artículo 264 CC, que no establece limitación ninguna en este sentido, y de la remisión que ese precepto hace al artículo 287 del mismo código, en sede de curatela²²². Sólo quedan fuera de su posible campo de actuación los actos que por su naturaleza –en particular, los personalísimos– o por disposición de norma especial no lo permiten.

En nuestro Ordenamiento actual, ahora bien, la función representativa de la persona de apoyo está pensada como hipótesis excepcional, ya que el sistema se asienta sobre la premisa de que en general, contando con apoyo asistencial, las personas con discapacidad pueden ejercer por sí mismas su capacidad jurídica. Lo que por otra parte supone sea posible que en relación con una misma persona el apoyo tenga en unos casos carácter asistencial –cuando, contando con él, la persona con discapacidad pueda formar por sí misma, en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, una voluntad atendible en orden a realizar un determinado acto– y en otros carácter representativo –cuando, por la índole de la discapacidad que padece, la persona no pueda formar por sí misma tal voluntad, ni siquiera con apoyo–²²³: recuérdese

²²² Así también DÍAZ PARDO, 2022, pp. 322-323. En relación con el sistema anterior, apuntaban en el mismo sentido, entre otros, BERCOVITZ, 1986, p. 788; MARTÍNEZ DÍE, 1999, p. 202; FÁBREGA, 2006, pp. 14 y 60-61; JIMÉNEZ MUÑOZ, 2010, p. 639; BERROCAL LANZAROT, RCDI 2010, p. 2867; LECIÑENA, 2015, pp. 151-152; LESCANO, 2017, pp. 84-85. En el Proyecto de Ley de fecha 17 de julio de 2020, sin embargo, en el ámbito patrimonial sólo se permitía la representación en relación con actos de administración, no de disposición (artículo 263): «... *La autorización podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo*» (y lo defendía alguna doctrina: PEREÑA, RDC 2018, núm. 3, pp. 76-77). En el Derecho civil catalán, el artículo 225.3.1 de su Código civil, en su redacción por Ley 25/2010 (actualmente en trámites de reforma), sólo admite actos de administración.

²²³ En sentido semejante, CABANAS TREJO, en <https://www.notariosyregisradores.com>, sub 1.1 y IV.1. Igualmente el *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la*

que en el actual sistema el apoyo debe ser adaptado a las circunstancias de cada caso, y que uno de los principios inspiradores del mismo es el de intervención mínima. Lo dicho resulta claro en el plano teórico. Otra cosa es que en su concreción en el tráfico diario puedan plantearse dificultades, por cuanto la apreciación de cuándo nos encontramos ante un supuesto de apoyo asistencial o de apoyo representativo es cosa que habrá que valorar *super casum*, pero ésta es una cuestión de hecho que hay que asumir.

2.2 Requerimientos adjetivos para el desenvolvimiento del apoyo con función representativa

No tan clara como la anterior, en cambio, resulta la cuestión relativa a los requisitos de carácter adjetivo que se exigen para poder efectivamente el guardador operar con función representativa. A este respecto hemos de centrar la atención en el artículo 264 CC, que es el precepto de referencia en este punto, y que se articula en tres párrafos.

El primero establece que «*Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, éste habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria (...)*».

El segundo dispone que, «*En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287*». Artículo 287, éste, que a lo largo de nueve números relaciona una serie amplia de supuestos: los habitualmente considerados más importantes, ya desde el punto de vista personal, ya desde el punto de vista patrimonial²²⁴.

Y el párrafo tercero, por su parte, establece que «*No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que ésta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*».

Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias. Doc. I. La guarda de hecho en la Ley 8/21, publicado en julio de 2023, pp. 6-7. Antes de la Ley 8/2021 sostenían un planteamiento semejante –naturalmente, salvando la distancia que existe entre el régimen de entonces y el actual– ROGEL, 1991, pp. 861-862; MARTÍNEZ DÍE, 1999, pp. 198-199; FÁBREGA, 2006, p. 14; JIMÉNEZ MUÑOZ, 2010, pp. 638-639; y PEREÑA, RDC 2018, núm. 3, pp. 66-67. En contra, LETE, 1985, p. 489.

²²⁴ Para una panorámica general del artículo 287 CC, *vid.* GUILARTE MARTÍN-CALEIRO, 2021, pp. 795-813; y MUNAR BERNAT, 2022, pp. 433-442.

A la vista del cual tenemos que la ley distingue entre actuaciones en representación de la persona con discapacidad para las que el guardador precisa autorización judicial, y actuaciones para las que no la precisa. Y que aquéllas constituyen la regla (dentro de la excepcionalidad que la función representativa se pretende tiene en el sistema actual), y éstas la excepción a esa regla²²⁵. Nos ocupamos de cada una de ellas en los apartados siguientes.

A) La regla: necesidad de autorización judicial

La exigencia de autorización judicial constituye la regla cuando se trata de actuaciones con función representativa. Y su justificación no resulta difícil: se trata de supuestos en que no va a ser la propia persona con discapacidad la que tome decisiones y actúe por sí misma en relación con sus intereses sino que va a ser otra la que lo haga en su nombre –en nuestro caso, el guardador–, lo que constituye razón suficiente para requerir, a modo de salvaguarda, que el guardador cuente para ello con autorización judicial²²⁶.

En tales casos, dice el artículo 264 CC, el guardador «*habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria...*», expediente que se regula fundamentalmente en el Capítulo VIII del Título II de la Ley de Jurisdicción Voluntaria –artículos 61 a 66–²²⁷, aunque no sólo en él: han de considerarse además otros preceptos, entre los cuales destacan el artículo 52.3 LJV y, también, el propio artículo 264 CC. Se inicia este expediente mediante solicitud de la persona de apoyo –del guardador de hecho, en nuestro caso– dirigida al Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia de la persona con discapacidad. Una vez admitida a trámite esa solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia citará a comparecencia al Ministerio Fiscal, a las personas que según el caso exijan las leyes, a la

²²⁵ Resulta por ello excesiva e inadecuada la afirmación que hace SOLÉ RESINA cuando dice que «las medidas de apoyo no formalizadas no otorgan por sí mismas la representación legal de la persona concernida, que solamente puede ser conferida... por decisión judicial con una autorización judicial *ad hoc* (así se dispone –precisa la autora– para la guarda de hecho, art. 264 CC)» (2021, p. 385). Pero no es así. La exigencia de autorización judicial en orden a poder el guardador actuar en representación de la persona guardada es, ciertamente, la regla, pero regla general, no absoluta, como se evidencia al constatar que el propio artículo 264, en su párrafo tercero, contempla explícitamente supuestos de actuación representativa del guardador de hecho no precisados de autorización judicial.

²²⁶ En el Derecho aragonés, sin embargo, el control o salvaguarda en este sentido no se pone sólo en manos del Juez sino también –alternativamente– de la Junta de parientes de la persona con discapacidad: *vid.* el artículo 169-12.6 del Código de Derecho foral, tras su reforma por Ley 3/2024.

²²⁷ Ese capítulo lleva por rúbrica «*De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de los menores y personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica*».

persona con discapacidad y, en su caso, a los peritos oportunos²²⁸. Y finalmente, tras oírlas, el Juez resolverá concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada.

Los pasos de este expediente son, pues, bastante simples, no teniendo nosotros más que decir sobre ello. Otra cosa es cómo cohonestar el requerimiento de autorización que establece el párrafo primero del artículo 264 CC con la autorización que también requiere el párrafo segundo de ese mismo artículo, cuestión con respecto a la cual la norma no es clara en absoluto. Y es que si, según resulta de su letra, el requerimiento de autorización del párrafo primero del artículo 264 es de alcance general –esto es, para cualquier actuación representativa del guardador, salvo las excepcionadas en el párrafo tercero–, ¿qué sentido tiene la exigencia añadida de autorización que establece el párrafo segundo de ese mismo precepto en relación con determinados actos –los enumerados en el artículo 287 CC? ¿Son dos autorizaciones, o es una sola?

En la doctrina que se ha ocupado de este asunto no se encuentra un planteamiento claro al respecto, y en muchos casos los autores pasan de puntillas por el asunto y se limitan a apuntar la cuestión, sin más²²⁹.

Por nuestra parte, creemos hay aquí que empezar asumiendo que no es posible encontrar a esos dos párrafos un encaje perfecto, lo que seguramente es debido a la novedad del sistema instaurado por la Ley 8/2021, con lo que ello supone de falta de referentes previos, de dudas y de imperfecciones. Por eso pensamos que lo oportuno aquí es, sencillamente, buscar el entendimiento de esos párrafos que resulte más razonable. Para lo cual conviene empezar acudiendo a los antecedentes del precepto en cuestión, que en este caso se circunscriben a los Proyectos y Anteproyectos de esa Ley y a lo dicho al respecto por el legislador en sus correspondientes Preámbulos.

Para desarrollar nuestra idea, consideramos a continuación por separado los dos párrafos en juego de ese precepto.

Y así, por cuanto hace al párrafo primero tenemos que la redacción del mismo finalmente aprobada –la hoy vigente– dispone que *«Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa*

²²⁸ Cuando proceda dictamen pericial –que se acordará de oficio o a instancia de parte–, dice el artículo 64 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que éste se emitirá antes de la comparecencia, y que se citará al perito a esa comparecencia, si así se acuerda, para que responda a las cuestiones que se le planteen.

²²⁹ Sobre esto, *vid.*, por todos, CABANAS TREJO, en <https://www.notariosyregistradores.com, sub IV.3.a>); DÍAZ PARDO, 2022, pp. 319-322; GARCÍA RUBIO, 2022, p. 234; LÓPEZ SAN LUIS, 2022, pp. 84-88; LECÍÑENA, 2021, pp. 663-664; MARÍN CALERO, 2022, pp. 231-232; NIETO ALONSO, 2022, pp. 305-306; PALACIOS GONZÁLEZ, 2021, pp. 422-423; DE SALAS MURILLO, 2021, pp. 979-980; SOLÉ RESINA, 2021, pp. 385 y 389.

del guardador de hecho, éste habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria»; tenemos que el párrafo correlativo del Proyecto de Ley de 25 de marzo de 2021 era exactamente igual al que acabamos de transcribir²³⁰; tenemos que el correlativo del Proyecto de 17 de julio de 2020 decía que «*(...) Cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria...*»²³¹; y tenemos que el correlativo del Anteproyecto de junio de 2018 era exactamente igual a este último²³². A la vista de lo cual advertimos una diferencia sensible entre el tenor literal de la norma definitivamente aprobada y el de la prevista en el Proyecto de julio de 2020 / Anteproyecto de junio de 2018, en el sentido de que, aunque en todas ellas la idea es sustancialmente la misma, la redacción prevista inicialmente era menos clara, porque parecía hacer depender la exigencia de autorización judicial de la naturaleza del acto que se tratara de realizar, y porque mezclaba las nociones de «autorización de la representación» y de «acreditación de la representación». La redacción definitiva y actualmente vigente de ese párrafo, en cambio, viene a afirmar con mayor rotundidad el requerimiento de autorización judicial, requerimiento que además, según resulta claramente de su letra, no depende de la naturaleza del acto a realizar sino que es de alcance general, esto es siempre que el guardador vaya a actuar con función representativa.

Idea, ésta, que se refuerza atendiendo a las consideraciones manifestadas al respecto por el legislador en los Preámbulos correspondientes. Pues aquí tenemos que el Preámbulo de la Ley 8/2021 finalmente aprobada dice (III) que, «*Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc (...)*»; tenemos que el del Proyecto de 25 de marzo de 2021 era igual en este punto al que acabamos de transcribir; tenemos que el del Proyecto de 17 de julio de 2020 decía (III) que «*Para los casos en que se requiera al guardador que acredite la representación, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc (...)*»; y tenemos que el del Anteproyecto de junio de 2018 era literalmente igual a este último. A la vista de lo cual, destacan dos

²³⁰ Aunque entonces figuraba como párrafo segundo del artículo 263. La razón del cambio es que el actual artículo 263 recoge sólo lo que entonces era el párrafo primero de aquél, al tiempo que los párrafos segundo y tercero del entonces artículo 263 pasan al artículo 264 actual como párrafos primero y segundo.

²³¹ Este precepto también llevaba el número 263.

²³² Aunque entonces figuraba como párrafo segundo del artículo 261.

cosas. Una: que, tal como hemos visto ocurría con la letra del precepto, también los Preámbulos del Proyecto de julio de 2020 y del Anteproyecto de junio de 2018 mezclaban las nociones de «autorización de la representación» y de «acreditación de la representación», mientras que el Preámbulo de la Ley definitivamente aprobada es más claro en este sentido. Y otra: que, por su generalidad, esas palabras del legislador, tanto del Preámbulo de la Ley 8/2021 como de los Proyectos de marzo de 2021 o julio de 2020, o del Anteproyecto de junio de 2018, van referidas propiamente a la norma contenida en el párrafo primero del actual artículo 264 CC y en sus correlativos en los Proyectos dichos, no a la norma contenida en el párrafo segundo del actual artículo 264 y sus correlativos en esos Proyectos, lo que permite concluir sin lugar a dudas que el requerimiento general de autorización judicial para los casos en que el guardador de hecho intervenga con función representativa ha sido una exigencia que el legislador ha establecido con plena conciencia.

Pasamos entonces al párrafo segundo del artículo 264 CC. Este párrafo, en su redacción finalmente aprobada –la hoy vigente– dispone que, «*En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287*»; el párrafo correlativo del Proyecto de marzo de 2021 era igual al que acabamos de transcribir²³³; el correlativo del Proyecto de julio de 2020²³⁴ decía que, «*En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial a través del proceso indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos que impliquen actos de trascendencia personal, a salvo lo dispuesto en materia de internamiento (...)*»; y el correlativo del Anteproyecto de junio de 2018, por último, decía que «*En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial por el proceso indicado en el párrafo anterior, para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando ésta no pueda prestarlos*»²³⁵. Analizado lo cual desde el punto de vista que ahora interesa advertimos que, sin perjuicio de algunos cambios en su tenor literal, en todos esos párrafos hay coincidencia en cuanto a requerir autorización judicial para realizar los actos particulares referidos en ellos (no importa

²³³ Aunque entonces figuraba como párrafo tercero del artículo 263. La razón del cambio es la que se ha apuntado en la nota 230.

²³⁴ Aunque entonces figuraba como párrafo tercero del artículo 263. La razón del cambio es la que se ha apuntado en la nota 230.

²³⁵ Entonces figuraba como párrafo cuarto del artículo 261.

aquí que los actos a que tales párrafos hacen referencia no sean exactamente iguales²³⁶), pero con la diferencia, con respecto al párrafo primero del artículo 264 CC, de que al requerimiento de autorización del párrafo segundo no hace referencia el legislador en los Preámbulos antes dichos –ni en el de la definitiva Ley 8/2021, ni en el del Proyecto de marzo de 2021, ni en el del Proyecto de julio de 2020, ni en el del Anteproyecto de junio de 2018–, lo que nos deja huérfanos de explicación al respecto, que es precisamente lo que en este punto más nos interesa.

Y así, volvemos al punto de partida: ¿qué sentido tiene la exigencia añadida de autorización judicial a que hace referencia el párrafo segundo del artículo 264 en relación con determinados actos, si el requerimiento de autorización del párrafo primero de ese mismo precepto es de alcance general?

Visto que ni los antecedentes legislativos del precepto ni las consideraciones hechas por el legislador en sus Preámbulos resultan esclarecedores, intentaremos encontrar respuesta a ello analizando el caso de la otra medida legal y estable de apoyo que existe hoy en nuestro Derecho –la curatela–, por si nos puede proporcionar luz. Para lo cual hemos de atender a los artículos 269 y 287 CC, de los que resulta que el régimen aplicable a la misma a este respecto se concreta en lo siguiente: que, cuando sea necesaria representación de la persona con discapacidad, el Juez, en su resolución de constitución de la curatela determinará de manera precisa los actos en que el curador habrá de asumir tal función²³⁷, pero que sin perjuicio de ello el curador necesitará además autorización judicial para realizar en nombre de la persona con discapacidad los actos para los que en la resolución judicial haya requerido al Juez tal autorización, y en todo caso para los relacionados en el artículo 287 CC. Lo que significa que en este caso hay en la curatela un conferimiento anticipado de función representativa al curador –desde que esa curatela se constituye, no concomitante con cada acto cuya realización se plantee como necesaria²³⁸–, pero que ésa es una resolución sobre la procedencia de representación formulada en abstracto, no sobre la realización actual y efectiva, por parte

²³⁶ En todo caso, aunque la índole de esos concretos actos no sea dato especialmente relevante al efecto que aquí estamos considerando, tiene razón DÍAZ PARDO (2022, p. 320) cuando destaca que la remisión del artículo 264, párrafo segundo, del Código civil, al artículo 287 del mismo, es una novedad de última hora de la Ley 8/2021, ya que no existía en los Proyectos previos.

²³⁷ Hacerlo de este modo es imperativo, en razón de los principios que el artículo 249 CC establece en orden a la provisión de medidas de apoyo.

²³⁸ Esto se explica por cuanto el Juez establece la curatela previa constatación de las circunstancias que la hacen precisa, lo que posibilita que al tiempo de constituirla ya conozca que en relación con determinados actos la persona con discapacidad previsiblemente va a requerir representación.

del curador, de un acto concreto en representación del curatelado. Esta distinción es fundamental, porque es la que hace que en relación con la curatela tenga sentido la doble instancia apuntada: primero –artículo 269 CC–, resolución judicial determinante en abstracto de la función representativa que el curador habrá de asumir en caso de que sea necesario realizar determinados actos, y luego –artículo 287 CC–, autorización judicial para la realización actual y efectiva, por parte del curador, de los actos concretos relacionados en la resolución constitutiva de la curatela y en todo caso de los relacionados en este artículo²³⁹. Adviértase, en este sentido, que incluso los términos de esos dos preceptos patentizan que estamos ante cosas distintas: el artículo 269 CC habla de *resolución* motivada en la que el Juez *determina* los actos en que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad, mientras que el artículo 287 habla de *autorización judicial* para la realización de actos.

Eso es así en la curatela. En la guarda de hecho, sin embargo, esa doble instancia no es posible. No lo es, porque en ésta no hay un «conferimiento anticipado» de función representativa al guardador²⁴⁰, lo que se debe a que la guarda es medida de apoyo que procede por vía de hecho, al margen de procedimiento judicial. Por eso el guardador ha de solicitar y obtener autorización judicial para cada acto que vaya a realizar en representación de la persona guardada²⁴¹: porque el Juez debe en primer lugar verificar que la persona de cuyo interés se trata carece efectivamente en ese momento de discernimiento suficiente para entender y querer por sí misma el acto objeto del expediente²⁴², y porque debe además verificar que

²³⁹ La determinación de actos que hace la resolución judicial que constituye la curatela tiene, pues, una doble operatividad: por un lado, señala cuáles son los actos atinentes a intereses de la persona con discapacidad en los que hay que proceder por representación –actos que luego, en caso de que se vayan a realizar efectivamente, requerirán además autorización del Juez–, y por otro lado apunta también, aunque de modo reflejo, que para los actos no incluidos en esa resolución no cabe en principio plantear actuación representativa por parte de la persona de apoyo.

²⁴⁰ CABANAS TREJO, en <https://www.notariosyregisradores.com>, *sub* IV.3.a).

²⁴¹ Este es uno de los rasgos propios de la nueva regulación de la guarda de hecho. Así lo apuntaba ya PAU PEDRÓN en relación con los trabajos preparatorios de lo que luego llegaría a ser la Ley 8/2021 –en concreto, en relación con el Anteproyecto de junio de 2018–: «Se prevé la posibilidad –decía– de que el guardador de hecho pueda realizar actos representativos concretos a través de autorizaciones judiciales también concretas, sin necesidad de que haya tenido lugar un previo procedimiento judicial de determinación de apoyos»; cuando hayan de realizar un acto jurídico en su nombre, seguía diciendo, «no será necesario un procedimiento judicial de prestación de apoyos –lo que hasta ahora se ha venido llamando, aunque con distinto alcance, un procedimiento de incapacitación–, sino que bastará con que el Juez otorgue una autorización concreta para el acto de que se trate» (RDC. 2018, vol. V, núm. 3, p. 19).

²⁴² *Vid.* El artículo 52.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que dice que el Juez, antes de decidir, «podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de [la persona con discapacidad]». Que esto ha de ser comprobado por el Juez en este expediente

quién pretende realizar tal acto en calidad de «apoyo representativo» es efectivamente en ese momento guardador de hecho de esa persona²⁴³. Esto explica que la intervención judicial se concentre necesariamente en el momento de autorizar (o no) la actuación representativa solicitada por el guardador (párrafo primero del artículo 264 CC), y que además haya de ser puntual para ese acto (autorización *ad hoc*, dice el Preámbulo de la Ley). Pero, siendo así, ¿qué sentido tiene entonces el requerimiento de autorización judicial que acto seguido –en su párrafo segundo– añade ese mismo artículo 264 en relación con determinados actos? Pues, en pura lógica, ninguno: dado que para poder el guardador actuar en representación de la persona guardada se le exige con carácter general autorización judicial, requerir una autorización más cuando el acto en cuestión es uno de los comprendidos en el artículo 287 CC resulta redundante e innecesario²⁴⁴. A nuestro entender, la contenida en el párrafo segundo del artículo 264 CC es norma que el legislador ha establecido movido por la idea de lograr un paralelismo entre el régimen dispuesto para la curatela y el de la guarda de hecho, sin advertir que las diferencias que existen entre aquélla y ésta lo privan de sentido²⁴⁵. Porque –volvemos a insistir en ello–, dado que para actuar en representación de la persona guardada el guardador requiere siempre autorización judicial, que además en principio ha de pedir de modo particular para cada acto, requerir otra autorización cuando se trata de realizar alguno de los elencados en el artículo 287 CC es reiterativo e inútil. En el tráfico jurídico debe bastar con que el guardador solicite y obtenga una sola autorización judicial –claramente referida, esto sí, al acto que se pretenda realizar–.

Sentado lo anterior, procede entonces analizar lo dispuesto en el último inciso del párrafo primero del artículo 264 CC, que dice que «*La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo*». ¿Qué significa esto? En un primer momento podría pensarse que tal disposición ampara una «guarda dotada de representatividad amplia o

lo admiten también LECIÑENA (2021, p. 660) y GARCÍA RUBIO (2022, p. 234), a pesar de que su postura global en este punto sea la que nosotros estamos criticando.

²⁴³ Lo cual conlleva, por otra parte, que el expediente de que estamos hablando no sea en este caso tan simple y expeditivo como a veces se pretende.

²⁴⁴ Así lo entiende también RUIZ-RICO, 2022, p. 277, nota 9. Y también en principio MARÍN CALERO (2022, p. 232), aunque este último, en relación con un supuesto concreto, sí lo encuentra necesario: valoramos ese supuesto en el párrafo siguiente del texto.

²⁴⁵ Tal inadvertencia cabe quizás apreciarla también en la Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, p. 5. Y también en CABANAS TREJO, en <https://www.notariosyregistradores.com>, sub IV.3.a), y en GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, p. 792.

general»²⁴⁶, pero ésta es una idea que hay que desechar²⁴⁷, porque supone abrir la puerta a una hipótesis difícilmente conciliable tanto con los presupuestos del sistema actual, en el que el apoyo representativo se plantea como algo excepcional, como con la propia índole de la guarda, que es apoyo de hecho, desempeñado de forma espontánea y voluntaria pero sin obligación legal de hacerlo. Su significado, por tanto, ha de ser otro. Pero ¿cuál?

Considerar la cuestión desde un punto de vista cuantitativo no es útil para responder a esta pregunta, porque, al referirse ese inciso a «uno o varios actos», comprende todas las posibilidades. Y tampoco es útil considerarla desde un punto de vista cualitativo, porque al no discriminar la norma entre tipos de actos –*v. gr.*, personales o patrimoniales, de administración o de disposición–, los puede comprender todos²⁴⁸. ¿Cuál, entonces, es el entendimiento correcto de este inciso? No hay, en el Preámbulo de la Ley, alusión ninguna al mismo que facilite su inteligencia.

Desde luego, parece perfectamente atendible considerar que ese inciso permite que no haya de solicitarse autorización judicial en relación con cada acto considerado de forma rigurosamente individual sino que una misma autorización baste para realizar, además del acto o contrato principal cuya realización se pretende, también los actos instrumentales, previos, consecuenciales o conexos que acompañen naturalmente al mismo²⁴⁹.

Circunscrito a eso el entendimiento de este inciso, ahora bien, es evidente que la actuación del guardador resulta menos ágil que la del curador. Esta es, precisamente, una de las razones por las que es frecuente que los tribunales procedan a sustituir la guarda de hecho existente por una curatela, cuando el apoyo representativo que se requiere es de carácter continuado y alcance más o menos general: facilitar la prestación del mismo sin tener que pedir autorizaciones

²⁴⁶ Esta posibilidad la admite MARÍN CALERO (2022, p. 232) –éste es el supuesto al que hemos hecho alusión en la nota 244–, considerando que es él al que propiamente hace referencia la autorización de que habla el párrafo segundo del artículo 264 CC. No creemos nosotros, sin embargo, que éste sea el entendimiento correcto de esta norma, sino el que apuntamos a continuación en el texto.

²⁴⁷ Así también LECIÑENA, 2021, p. 663; y DÍAZ PARDO, 2022, p. 319.

²⁴⁸ El Anteproyecto de Ley de junio de 2018 –artículo 261, párrafo tercero–, sin embargo, sí distingüía: «*La autorización judicial –decía– podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo*». Pero esta distinción de actos acabó desapareciendo durante los trabajos de elaboración de la Ley 8/2021.

²⁴⁹ Ejemplo de esto, apunta GUILARTE MARTÍN-CALERO, es «la disposición de un bien inmueble [perteneciente a la persona con discapacidad] para adquirir otro adaptado a la discapacidad y hacer los gastos extraordinarios que exigen las condiciones de habitabilidad y, si fuere necesario, tomar dinero a préstamo» (2021, p. 788, nota 1036).

judiciales continuadas (una para cada acto)²⁵⁰. Esta menor agilidad de la guarda de hecho, es verdad, podría tal vez justificarse considerando que se trata de una medida de apoyo cuyo funcionamiento se desenvuelve más alejado del Juez que la curatela, pero, ¿es realmente así?

En la doctrina, un destacado autor presenta el inciso del artículo 264 CC que estamos viendo como norma paralela a la dispuesta para la curatela en el artículo 288 CC, que establece que el Juez puede autorizar al curador la realización «*de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica*»²⁵¹. ¿Es esto posible? Admitirlo hay que reconocer que no es tan simple como en la curatela, ya que en ésta esa autorización discurre sobre la base de una resolución previa en la que el Juez ha determinado los actos en que el curador ha de asumir función representativa, cosa que en caso de guarda de hecho no existe. Pero si, inspirados en los principios que informan el nuevo sistema, se procede con criterio flexible y práctico, pensamos que no existe razón que impida admitir que, pedida autorización judicial por quien acredita ser guardador de hecho de una persona, pueda el Juez resolver el expediente con un Auto en que le conceda autorización para realizar una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica²⁵². Este entendimiento de las cosas, de hecho, encaja bien en lo que expresa el artículo 264 CC cuando dice, en caso de guarda de hecho, que «*la autorización podrá comprender unos o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo*». Admitido lo cual se puede además superar la objeción que como hemos dicho lleva frecuentemente a los tribunales a sustituir la guarda por una curatela. En esta cuestión, en todo caso, incide en medida muy importante el modo en

²⁵⁰ Vid. STS 18 de junio de 2024 (RJ 2024/206237); STS 20 de octubre de 2023 (RJ 2023/5967); STS 20 de octubre de 2023 (RJ 2023/5929); STS 23 de enero de 2023 (RJ 2023/2350); SAP Asturias (Sección 6.^a) 25 de junio de 2024 (JUR 2024/302078); SAP Málaga (Secc. 6.^a) 31 de enero de 2024 (JUR 2024/158986); SAP Sevilla (Secc. 2.^a) 26 de enero de 2024 (JUR 2024/232895); SAP Málaga (Secc. 6.^a) 18 de octubre de 2023 (JUR 2024/72034); SAP Pontevedra (Secc. 6.^a) 1 de febrero de 2023 (JUR 2023/149223); AAP Cantabria (Secc. 2.^a) 10 de octubre de 2024 (JUR 2024/ 424596); AAP Guipúzcoa (Secc. 2.^a) 22 de julio de 2024 (JUR 2024/465604); AAP Alicante (Secc. 6.^a) 12 de julio de 2024 (JUR 2024/299077); AAP Guipúzcoa (Secc. 2.^a) 11 de julio de 2024 (JUR 2024/465618); AAP Alicante (Secc. 6.^a) 5 de julio de 2024 (JUR 2024/376052); AAP Alicante (Secc. 6.^a) 4 de julio de 2024 (JUR 2024/446784); AAP Zaragoza (Secc. 2.^a) 24 de mayo de 2024 (JUR 2024/287283); AAP Guipúzcoa (Secc. 2.^a) 4 de marzo de 2024 (2024/376488).

²⁵¹ PAU PEDRÓN, RDC. 2018, vol. V, núm. 3, p. 18.

²⁵² AAP Guipúzcoa (Secc. 2.^a) 22 de julio de 2024 (JUR 2024/465604); AAP Guipúzcoa (Secc. 2.^a) 4 de marzo de 2024 (JUR 2024/376488); AAP Alicante (Secc. 6.^a) 12 de enero de 2024 (JUR 2024/376054)—aunque en este último la atención hay que centrarla en el Auto del Juzgado de Primera Instancia que se recurría—.

que se regula la actuación del guardador en representación de la persona guardada que no requiere autorización judicial, que vemos en el apartado siguiente.

Llegados aquí queda sólo, para cerrar este apartado, hacer una breve referencia a la partición de herencia (convenida por los herederos) y a la división de cosa común (convenida por los comuneros), operaciones en relación con las cuales el artículo 289 CC dice que el curador representativo no necesitará autorización para realizarlas pero sí aprobación judicial una vez practicadas²⁵³. Esto, que no es novedad de la Ley 8/2021, se explica por cuanto se trata de actos cuya realización es obligada –versan sobre supuestos de bienes o herencias en común a los que esas personas tienen derecho a poner fin y quieren hacerlo–, de modo que no hay que autorizar la intervención en tales actos de la persona de apoyo (en representación de la persona con discapacidad cotitular del bien o herencia de que se trate) sino solamente controlar que la división o partición realizada se ha hecho bien –en definitiva, se sustituye la autorización judicial, que opera *a priori*, por la aprobación judicial, que opera *a posteriori*–. Esto es claro en relación con la curatela, porque así lo dispone explícitamente el artículo 289 CC, pero ese mismo régimen procede aplicarlo también a la guarda de hecho, por cuanto hay aquí identidad de razón tan clara que proceder por analogía es solución plenamente fundada. Lo que se traduce en considerar que en tales casos el guardador puede intervenir en representación de la persona guardada sin necesidad de contar con autorización judicial previa, pero que una vez acordada la partición o la división debe ésta ser sometida a aprobación judicial²⁵⁴.

B) La excepción: Casos no necesitados de autorización judicial

Esta previsión, que constituye excepción a la regla que hemos analizado en el apartado anterior, está contemplada en el párrafo tercero del artículo 264 CC, que dice así: «*No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que ésta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*».

²⁵³ En relación con la partición convencional, dispone lo mismo el artículo 1060, párrafo segundo, CC.

²⁵⁴ *Vid. no obstante, lo resuelto en las RRDGSJFP 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324104) y 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324105).*

La justificación de esta disposición, fácil de captar desde un punto de vista intuitivo, se encuentra en la índole propia de los actos en relación con los cuales se establece –actos de gestión de necesidades ordinarias o de asuntos del día a día de la persona con discapacidad–, cuya escasa relevancia pide no se someta su realización por parte del guardador a la obtención de autorización judicial, ya que la carga de tramitación y la demora en el tiempo que hacerlo así supondría resultan desproporcionadas a la entidad de aquéllos²⁵⁵. Esto no precisa mayor consideración.

La concreción de los actos que entran en el campo de operatividad de esa excepción, sin embargo, sí requiere atención detenida. Veamos porqué, analizando sucesivamente los dos supuestos que comprende.

En primer término, establece la norma que no será necesaria autorización judicial «cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que ésta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona». Se trata de una disposición que tiene su origen en una práctica no prevista en la Ley 39/2006 –de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia– pero surgida al hilo de su aplicación, en particular tras la Resolución de 16 de julio de 2007 del Instituto de Mayores y Servicios sociales²⁵⁶, que estableció formalmente un modelo con el que permitía al guardador presentar solicitud de inicio de procedimiento para el reconocimiento de la persona con discapacidad guardada como persona en situación de dependencia, siendo así que luego las Comunidades autónomas han seguido esa línea considerando además legitimado al guardador para gestionar la prestación que en su caso se conceda a la persona con discapacidad²⁵⁷. Esta previsión del párrafo tercero del artículo 264 CC no hace, pues, sino dar refrendo normativo a esa práctica²⁵⁸, habilitando explícitamente al guardador para solicitar una prestación económica a favor de la persona con discapacidad sin tener que pedir autorización judicial. Y a ello no parece haya nada que objetar. Lo que ocurre es que la sencillez de ese planteamiento la complica acto seguido la propia norma al condicionar eso a que la prestación de que se trate «no suponga un cambio significativo en la forma de vida» de la persona guardada. La complica, porque

²⁵⁵ Apunta esta idea, aunque de forma más concisa, el *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* –Doc. 1: La guarda de hecho en la Ley 8/21–, publicado en julio de 2023, p. 7.

²⁵⁶ Instituto dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales.

²⁵⁷ *Vid.* artículos 4.2.j) y 28.1 de esa Ley 39/2006. En la doctrina, *vid.* RIVERA ALVAREZ, 2010, pp. 1014-1016; LECIÑENA, 2015, pp. 69-70; LESCANO, 2017, pp. 124-131.

²⁵⁸ Así también LECIÑENA, 2021, pp. 666-667.

ese condicionamiento puede desactivar la viabilidad de esa excepción, ya que determinar si esa condición se cumple o no es cuestión de valoración que sólo puede ser resuelta de modo firme por un Juez, cuya intervención es precisamente lo que se quiere evitar. ¿Qué justifica ese condicionamiento? No hay en el Preámbulo de la Ley consideración ninguna que arroje luz a esta cuestión, y por nuestra parte no encontramos explicación al mismo: nótese que se trata de solicitar algo beneficioso para la persona con discapacidad²⁵⁹. En todo caso, con independencia de lo que nos parezca, eso es lo que resulta de la letra de la norma, sin que sea posible pensar que esa condición va referida a otro supuesto, pues el tenor del precepto es claro y no lo permite, máxime cuando se advierte que tal condicionamiento no existía en el Anteproyecto de junio de 2018²⁶⁰ sino que aparece como elemento nuevo en el Proyecto de julio de 2020, lo que supone un cambio del legislador en el sentido de introducir esa condición. La práctica, no obstante, hay que decir que, obviando lo dispuesto en ese inciso, continúa admitiendo estas solicitudes sin requerir se acredite que con ello no se va a producir un cambio significativo en la vida de la persona: cabría decir, tal vez, que lo presume.

En segundo término, establece el párrafo tercero del artículo 264 CC que no será necesaria autorización judicial cuando el guardador trate de realizar *«actos jurídicos sobre bienes de [la persona guardada] que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar»*. Se trata de una norma cuyo supuesto viene delimitado mediante conceptos jurídicos indeterminados. ¿Qué supone ello?

El *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* publicado en julio de 2023 desdobra esta disposición en dos, una atinente a actos relativos al ámbito personal de la persona guardada y otra a actos relativos a su ámbito patrimonial, entendiendo lo siguiente.

Por cuanto hace al ámbito personal, considera el Documento que esa disposición posibilita la actuación representativa del

²⁵⁹ TORRES COSTAS disiente de esto, considerando que «la tramitación de una prestación pública podría perjudicar en vez de beneficiar a la persona, al ser en muchas ocasiones incompatible con otro tipo de prestaciones o recursos que le pudieran resultar más beneficiosos» (2020, p. 290, nota 667). Por nuestra parte, aun sin negar que en algún caso eso pueda darse, nos parece que se trata de una eventualidad muy poco significativa en orden a justificar el sometimiento general a autorización judicial de toda solicitud de prestación económica a favor de la persona con discapacidad que el guardador pretenda presentar.

²⁶⁰ En ese Anteproyecto, su artículo 261 decía simplemente así: *«No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad...»*.

guardador sin autorización judicial cuando se trata de actos que no tienen especial trascendencia personal o familiar para el guardado, entendiendo por tales los que no suponen cambio sustancial en su modo de vida con arreglo a su trayectoria vital²⁶¹.

Por cuanto hace al ámbito patrimonial, considera el Documento que la norma posibilita al guardador realizar sin autorización judicial todos los actos «que no superen el límite de una escasa relevancia económica y no afecten a bienes de especial significado personal o familiar»²⁶². Lo que se predica, según el Documento, de «toda actuación relativa a la atención de los ingresos y gastos ordinarios y habituales del guardado, con arreglo a su trayectoria vital», así como de toda actuación relativa «a la atención de gastos no habituales que deriven de la conservación ordinaria de los elementos precisos para atender a sus necesidades ordinarias»²⁶³. No presenta dificultad –añade el Documento– la categorización como actos de escasa relevancia económica de los gastos y disposiciones finalistas que respondan a cargos habituales en cuenta o contra factura derivados de la atención a necesidades básicas de cuidado personal, habitación, alimentación, vestido o salud; gastos relativos a la conservación ordinaria de su patrimonio; pago de suministros y prestaciones de servicios vitales; o gastos que, sin ser esenciales, sean acordes con sus deseos y preferencias²⁶⁴. En cuanto a las disposiciones de efectivo no finalistas –sigue diciendo el Documento–, hay que proceder atendiendo a unos límites cuantitativos de referencia, que habrá que concretar en cada caso en función de las circunstancias, medios y necesidades de cada persona, aunque considerando también, como pauta orientativa, el gasto medio por persona que se publica periódicamente por los organismos oficiales²⁶⁵.

Por nuestra parte, aunque lo que el Documento propone nos parece muy plausible *de lege ferenda*, pensamos que propiamente no tiene cabida en el párrafo tercero del artículo 264 CC, tal como está formulado. Por un lado, porque en él no tiene encaje posible

²⁶¹ *Documento interpretativo* cit., p. 8.

²⁶² *Documento interpretativo* cit., p. 9.

²⁶³ *Documento interpretativo* cit., p. 9.

²⁶⁴ *Documento interpretativo* cit., p. 9.

²⁶⁵ *Documento interpretativo* cit., p. 9. Desde diversos sectores se ha sostenido la conveniencia de fijar una cifra en este sentido: así, *v. gr.*, el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 17 de octubre de 2018, que en su punto 5.9 dice que «la expresión escasa relevancia económica... podría pecar de excesiva indeterminación, considerándose oportuno fijar una cuantía de 400€ para actos puntuales o un límite anual, referido a un sistema objetivo vinculado al salario mínimo interprofesional o a cualquier otro índice». En relación con la determinación del gasto medio por persona, el *Documento interpretativo* cit. apunta a lo que resulte del índice que publica el Instituto Nacional de Estadística al vencimiento del primer semestre del año siguiente.

la consideración atinente a actos de carácter personal que el Documento hace, ya que todos los contemplados en ese párrafo son actos o actuaciones de carácter patrimonial: es así, porque la circunstancia de que «*carezcan de especial significado personal o familiar*» va referida a «*actos jurídicos sobre bienes*»²⁶⁶. Y por otro lado, porque en relación con actos de índole patrimonial ese párrafo no resulta idóneo en el sentido pretendido por el *Documento*, lo que se debe a que el tenor literal del párrafo alterna de forma no plenamente atinada entre el tono casuístico de su inciso primero, propio de normas que proceden a través de una relación de supuestos pero que carece de sentido si, como ésta hace, contempla un solo supuesto –solicitud de prestación económica–, y el tono abstracto de su inciso segundo –actos jurídicos sobre bienes–, propio de normas jurídicas generales pero al que da una formulación demasiado cerrada.

Tal como está redactado hoy el párrafo tercero del artículo 264 CC, en efecto, el guardador sólo puede realizar sin autorización judicial actos sobre bienes de la persona guardada, y siempre que esos bienes cumplan además el doble requisito de tener escasa relevancia económica y carecer de especial significado personal o familiar para ésta. La norma resulta, pues, demasiado estrecha, dejando fuera supuestos en relación con los cuales no tiene sentido exigir autorización judicial. Convendría por ello, creemos, darle una formulación nueva en la que, guiados por la idea de reducir la judicialización de la vida de las personas con discapacidad –ésta es parte de la filosofía que inspira la Ley 8/2021²⁶⁷–, se establezcan en debidos términos las posibilidades de actuar el guardador sin necesidad de autorización judicial, ya porque se trate de actos de carácter ordinario y escasa

²⁶⁶ En el párrafo tercero del artículo 264 CC, en efecto, no hay referencia ninguna a actos de contenido personal, a pesar de que en caso de personas con discapacidad estos actos suelen tener una frecuencia extraordinaria, y de que el Preámbulo (III) de la Ley 8/2021 dice que el nuevo sistema da valor preponderante a lo personal: «A diferencia de lo que hacían los Códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de ésta, la nueva regulación –dice– trata de atender no sólo a los asuntos de naturaleza patrimonial sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria –domicilio, salud, comunicaciones, etc–».

²⁶⁷ Aunque refiriéndose en particular al límite de la «escasa relevancia económica», el *Documento interpretativo* ya varias veces citado expresa muy bien la idea apuntada en el texto diciendo (p. 8) que «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 exiguo margen de actuación al guardador, en franca contradicción con los principios generales de la reforma. / No puede perderse de vista –añade– que la ley vigente ha hecho de la guarda la primera alternativa al apoyo judicial en defecto de apoyos voluntarios... Una interpretación que condujera a judicializar toda actuación ordinaria y natural del guardador vulneraría abiertamente dicho principio».

relevancia, ya porque así se estime procedente por razones de conveniencia, y eso además tanto en relación con asuntos de índole patrimonial como de carácter personal. Para lo cual conviene, como hemos dicho, una norma nueva que así lo establezca de forma clara²⁶⁸. Nuestra propuesta de formulación de esa nueva norma es la siguiente.

En relación con actos atinentes a intereses de índole personal o familiar, tomaríamos como punto de partida lo dispuesto en el artículo 287.1.^º CC, que establece que cuando en razón de su discapacidad la persona no pueda hacerlo por sí misma ni siquiera con apoyo, el guardador no precisará autorización judicial para realizar actos que no sean de especial trascendencia. Éste, es verdad, es un concepto jurídico indeterminado, pero nos parece sería adecuado comenzar con él para a continuación seguir con una relación ejemplificativa de los casos de este tipo más habituales, entre los cuales estarían la solicitud de reconocimiento de dependencia²⁶⁹ y la autorización de viajes del guardado²⁷⁰, quedando en manos de la jurisprudencia acabar decantando la cuestión para otros casos²⁷¹. El cambio de residencia habitual²⁷² y los actos relativos al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen²⁷³, naturalmente, han de considerarse de especial trascendencia. Y sería oportuno además, siguiendo el tenor del artículo 287.1.^º CC, dejar a salvo en la nueva norma lo dispuesto legalmente en materia de

²⁶⁸ Resolver la cuestión a través de una lectura *a contrario* de lo dispuesto en el artículo 287 CC no es tan fácil, pues el párrafo tercero del artículo 264 CC es norma dictada específicamente para la guarda de hecho.

²⁶⁹ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: artículos 4.2.j) y 28.1.

²⁷⁰ MARÍN CALERO, 2022, p. 233.

²⁷¹ Teniendo siempre presente, claro es, que el personal es un ámbito muy particular en el que debe procurarse con especial cuidado mantener la autonomía de la persona, restringiendo al máximo la posibilidad de representación. A este respecto, el artículo 261, párrafo cuarto, del Anteproyecto de 2018 –luego modificado durante la tramitación de la Ley– mostraba un criterio claro –riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona con discapacidad–, que pensamos puede ser orientativo en este sentido: «*En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial por el proceso indicado en el párrafo anterior, para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando esta no pueda prestarlo.*». Así también RIVERA ALVAREZ, 2021, p. 187, quien además, en pp. 188-200 –aunque con respecto al régimen previo a la Ley 8/2021–, ofrece un interesante panorama de actos atinentes a intereses personales.

²⁷² Documento interpretativo cit., p. 8.

²⁷³ Vid. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, cuyo artículo 3 establece lo siguiente: «*Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. / Dos. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.*».

internamiento²⁷⁴, de consentimiento informado en el ámbito de la salud²⁷⁵, o en otras leyes especiales.

En relación con actos atinentes al ámbito patrimonial empezaríamos con la disposición general contenida hoy en el párrafo tercero del artículo 264 CC, que establece que no es necesaria autorización judicial cuando se trate de realizar por el guardador actos jurídicos sobre bienes o intereses de la persona guardada que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar²⁷⁶, y luego continuaríamos con una relación

²⁷⁴ Sobre esto, *vid.* el artículo 763 LEC. En la doctrina, GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, pp. 795-800. Antes de la Ley 8/2021, *vid.* LECIÑENA, 2015, pp. 102-113; LESCANO, 2017, pp. 140-144; RIVERA ALVAREZ, 2021, pp. 196-197. Dentro de este supuesto se incluye el internamiento de la persona con discapacidad en un centro de educación o formación especial: *vid.* artículo 271.1.º CC, en su redacción anterior a la Ley 8/2021, y SANCHO GARGALLO, 2000, p. 185.

²⁷⁵ Sobre esto, *vid.* STS 23 de enero de 2023 (RJ 2023/2350); GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, pp. 800-803; y LECIÑENA, 2021, pp. 664-665. Antes de la Ley 8/2021, PÉREZ DE ONTIVEROS, en *Revista de Derecho privado y Constitución*, 2009, núm. 23, pp. 359-361; LECIÑENA, 2015, pp. 89-102; LESCANO, 2017, pp. 108-113.

En tema de información sobre la salud, la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece en su artículo 5.1 que «*1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. / 2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal. / 3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*». No se menciona en este precepto, por tanto, al guardador, pero en la doctrina es extendida la idea de considerarlo incluido entre las personas vinculadas al paciente por razón de hecho (LECIÑENA, 2015, pp. 89-95; LESCANO, 2017, pp. 110 ss.).

En cuanto a prestación de consentimiento, la Ley 41/2002, tras su reforma por la Ley 26/2015, establece en su artículo 9 –bajo la rúbrica «Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación»–, 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. / (...) / 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. (...)*». En la doctrina hay voces que critican que el precepto hable de representación, porque ésta, según suele decirse, no cabe en los actos personalísimos (como es éste), sugiriendo que se trata de una facultad que la ley concede a ciertas personas para así posibilitarles el cumplimiento de los deberes que son propios de la relación entre parientes y allegados (FÁBREGA, 2006, p. 63; LECIÑENA, 2015, p. 97, nota 62).

²⁷⁶ Por ser más amplio que «bienes», pensamos que quizá sea preferible el término «intereses».

–no cerrada– con los supuestos más usuales de este tipo: en este sentido pensamos que sería útil proceder sirviéndonos, con una lectura *a contrario*, de lo dispuesto en el artículo 287 CC, de tal modo que se estableciera que la persona de apoyo representativo no requiere autorización judicial para proceder a la venta de derechos de suscripción preferente de acciones de la persona con discapacidad, ni para enajenar o gravar valores cotizados en mercados oficiales, ni para dar en arrendamiento bienes inmuebles por término inicial que no exceda de seis años²⁷⁷; ni para realizar actos de disposición a título gratuito de bienes que sean de escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar²⁷⁸; ni para renunciar derechos, transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a intereses de escasa relevancia económica, o someterse a arbitraje de consumo²⁷⁹; ni para aceptar herencias a beneficio de inventario²⁸⁰ –aquí creemos que habría que incluir también aceptar legados y donaciones puras y simples²⁸¹, interponer demanda en asuntos urgentes o de escasa cuantía, o instar la revisión de la resolución judicial en que previamente se hayan determinado los apoyos²⁸². Y terminaríamos la relación con una remisión abierta a lo eventualmente dispuesto en leyes extracodiciales –recuérdese que en ellas están contemplados supuestos tales como la constitución de patrimonio protegido²⁸³ o la solicitud a organismos públicos de información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones por la persona de apoyo²⁸⁴–.

²⁷⁷ Artículo 287.2.º CC. Sobre éste, *vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, pp. 803-806. En caso de valores, aunque cotizar en mercados oficiales asegura que el precio que se obtenga se ajuste a la realidad, eso no quita que se trata de operaciones que pueden tener importante relevancia económica: por ello hemos apuntado antes que en la redacción que se dé a la nueva norma no se deberían considerar sólo actos «de escasa relevancia económica» sino también actos en que incidan «razones de urgencia o de conveniencia».

²⁷⁸ Artículo 287.3.º CC.

²⁷⁹ Artículo 287.4.º CC: sobre éste, *vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, pp. 806-809.

²⁸⁰ En general, para concurrir a la formación de inventario hecho por contador-partidor testamentario, las RRDGSJFP 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324104) y 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324105) exigen al guardador de hecho autorización judicial.

²⁸¹ Artículo 287.5.º CC: sobre éste, *vid.* comentario en GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, pp. 809-810.

²⁸² Artículo 287.7.º CC. La previsión de este número coincide con lo dispuesto en el artículo 42.bis.c).1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y en el artículo 761 LEC.

²⁸³ Artículo 3 de la Ley 41/2003 (tras su modificación por la Ley 8/2021): «*1. Podrán constituir un patrimonio protegido: a) (...) b) Quienes presten apoyo a las personas con discapacidad*». Sobre esto, antes de la reforma, *vid.* RIVERA ALVAREZ, 2010, pp. 1012-1014; LECIÉNENA, 2015, pp. 70-82; LESCANO, 2017, pp. 116-124.

²⁸⁴ Disposición Adicional única de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil: «*1. El Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificativa de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que*

La anterior es la formulación que daríamos a la norma reguladora de los actos del guardador representativo que no requieren autorización judicial. Que sería más amplia que la actual pero en todo caso contenida, pues para todos los demás actos el guardador representativo necesitaría autorización judicial. Y quedarían en todo caso fuera del ámbito de operatividad del apoyo representativo los actos atinentes a derechos de la personalidad o a derechos personalísimos de la persona con discapacidad²⁸⁵, *v. gr.* esterilizaciones²⁸⁶, matrimonio²⁸⁷, reconocimiento de hijos²⁸⁸, utilización de técnicas de reproducción asistida, ejercicio de la patria potestad,

resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho. / 2 (...) / 3. La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho, estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones». Se trata de una norma cuyo significado y alcance han sido dictados antes de la Ley 8/2021 (*vid.* RIVERA ALVAREZ, 2010, pp. 997-1022; LECIÑENA, 2015, pp. 86-89; LESCANO, 2017, pp. 137-139), pero que ha adquirido mejor sentido en el nuevo sistema establecido por esa Ley cuando el apoyo tiene carácter representativo, ya que hoy el guardador es medida de apoyo regular, estable y de amplia operatividad (en este caso, *vid.* las consideraciones del *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* –Doc. 1: La guarda de hecho en la Ley 8/21–, publicado en julio de 2023, pp. 12-13). Cuando tiene carácter asistencial, sin embargo, la norma sigue siendo difícil de entender, ya que en tal caso la información sólo debería poder ser solicitada por la propia persona con discapacidad –aunque sea con apoyo del guardador–, o por el guardador pero con base en un mandamiento judicial que se le haga para llevar a efecto el Juez tareas de vigilancia y control de la actuación del guardador, en cuyo caso lo determinante es el mandamiento judicial.

²⁸⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, pp. 796-797; PÉREZ DE ONTIVEROS, *en Revista de Derecho privado y Constitución*, 2009, núm. 23, pp. 351 ss. Hay casos cuyos límites son difíciles de precisar *a priori*, como el secreto de las comunicaciones: sobre esto, *vid.* RIVERA ALVAREZ, 2021, pp. 190-191.

²⁸⁶ Artículo 156 del Código Penal, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre: «... el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que... el otorgante... carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales». Anteriormente el criterio era otro. Así, en su redacción originaria (Ley Orgánica 10/1995) se añadía al anterior un párrafo segundo que decía así: «*Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz*». Hoy no existe tal previsión.

²⁸⁷ Así es, desde luego, en relación con la celebración de matrimonio. Llamativamente, sin embargo, no parece considerarse hoy así la decisión de separarse o divorciarse, de tal modo que, reconduciéndolo al artículo 287.7.º CC, se permite a la persona de apoyo tomar esa decisión por la persona con discapacidad (*vid.* PÉREZ DE ONTIVEROS, *en Revista de Derecho privado y Constitución*, 2009, núm. 23, pp. 351-352; y RIVERA ALVAREZ, 2021, p. 198). Es acto personalísimo, y por tanto no susceptible de representación –dice RIVERA ALVAREZ, 2021, p. 189–, la reconciliación conyugal (artículo 84 CC).

²⁸⁸ Así creemos hay que entender lo dispuesto en el artículo 121 CC, en la redacción dada al mismo por la Ley 8/2021. Esto es, referido sólo a medidas de apoyo de carácter asistencial, no representativo.

u otorgamiento de testamento²⁸⁹: en relación con éstos, pues, no es una cuestión de autorización judicial.

Dicho lo cual, cerramos este apartado recordando que la determinación de cuándo un caso es subsumible en los supuestos en que el guardador puede actuar en representación de la persona con discapacidad guardada sin contar con autorización judicial, es cosa que hay que concretar *super casum*. Y que, cuando el acto que el guardador pretenda realizar no encaje en las previsiones legales en ese sentido, será necesaria autorización judicial: no se olvide el carácter excepcional de tales supuestos²⁹⁰.

3. IMPUGNACIÓN DE ACTOS Y NEGOCIOS REALIZADOS SOBRE INTERESES DE PERSONA CON DISCAPACIDAD QUE PRECISA APOYO REPRESENTATIVO, CUANDO EN SU REALIZACIÓN ADOLECEN DE ALGÚN DEFECTO

Sentado lo anterior, toca ahora analizar lo relativo a la invalidez, ineficacia o impugnabilidad de los actos y negocios que se realicen sobre bienes e intereses de los que es titular persona con discapacidad tan severa que hace preciso que intervenga en la vida jurídica a través de un «apoyo representativo», cuando esos actos o negocios adolecen de algún defecto. Y es necesario analizar este asunto con detenimiento, porque, aunque las cuestiones que se suscitan al respecto son numerosas, la Ley 8/2021 no ha dispuesto una regulación que dé a las mismas una respuesta clara.

Para desarrollar el tema, vamos a tratar separadamente los varios supuestos que cabe distinguir aquí, que son los siguientes: actos y negocios realizados directamente por la persona con discapacidad, no obstante su situación; actos y negocios realizados por el guardador en representación de la persona con discapacidad pero sin autorización judicial, cuando ésta necesaria; actos y negocios llevados a cabo por el guardador representativo sin autorización judicial, cuando ésta no es necesaria pero con su realización se causa lesión económica a la persona discapaz representada; y actos y negocios realizados por el guardador representativo con

²⁸⁹ Es también acto personalísimo, dice RIVERA ALVAREZ, la remisión de las causas de indignidad sucesoria (2021, p. 189).

²⁹⁰ Así también LECIÑENA, 2021, pp. 663-664. No nos parece por ello correcta la idea apuntada por DÍAZ PARDO cuando dice que «el listado del artículo 287 interpretamos que funciona como límite a lo que el guardador de hecho puede decidir por sí mismo, sin pedir representación ni autorización judicial para llevarlo a cabo» (2022, p. 322). Pues lo único que el guardador puede hacer en representación de la persona guardada sin autorización judicial es lo que con carácter excepcional permite la norma.

autorización judicial, pero cuyos efectos resultan perjudiciales para los intereses de la persona con discapacidad.

3.1 Actos y negocios realizados directamente por la persona con discapacidad

Si procedemos a una consideración meramente intuitiva de este supuesto, sin duda encontraremos en la doctrina coincidencia general en que tales actos y negocios no pueden ser estimados válidos y atendibles en Derecho. Lo que se explica porque, aunque todas las personas tengan igual capacidad jurídica, no es posible cerrar los ojos al hecho de que no todas pueden ejercitar esa capacidad por sí mismas, cuando su discapacidad es tan severa que les impide entender el significado de las cosas y tener una voluntad racional y libre al respecto. En esto no hay discusión.

No encontraremos igual consenso, sin embargo, si preguntamos por cuál es el concreto régimen de impugnación aplicable en caso de que la persona en cuestión, no obstante lo dicho, realice efectivamente tales actos o negocios, habiendo quienes sostienen que se trata de un caso de nulidad y quienes consideran que lo procedente es hablar de anulabilidad²⁹¹.

Se trata de un supuesto que es poco probable se dé en la práctica –porque la otra parte o el Notario seguramente se abstendrán de participar en el negocio o de autorizar la escritura en que se pretenda instrumentar–, pero que en todo caso es posible. ¿Cuál es la acción procedente en este caso para impugnar lo hecho? A nuestro entender, la de anulabilidad. Pues aunque en un primer momento pueda pensarse que lo es la de nulidad radical o absoluta, porque esa persona adolece de una falta de discernimiento tan grave que su voluntad no puede considerarse jurídicamente como tal, esta idea se desvirtúa considerando que nulidad y anulabilidad son regímenes de invalidez que se distinguen entre sí fundamentalmente por consideraciones funcionales o de finalidad –la nulidad atiende más a tutelar intereses públicos, la anulabilidad a proteger intereses privados²⁹²–, y que en este supuesto el régimen que encaja más

²⁹¹ *Vid.*, por todos, GARCÍA RUBIO, 2022, pp. 625-628; y LÓPEZ CÁNOVAS, 2022, p. 168.

²⁹² Fundamental en este sentido, GORDILLO CAÑAS, 1986, pp. 249-274. Abundando en la idea, apunta GORDILLO que «nuestro Código aparece inspirado en la regulación de la ineficacia de los contratos por criterios prevalentemente funcionales. En efecto... –dice–, la ineficacia del contrato discurre, bajo el rótulo ‘*de la nulidad de los contratos*’, por un régimen que, en general, es el disponible de la anulabilidad (artículos 1300-1314). En él la nulidad sólo aparece como cuña de imperatividad motivada por la ilicitud que la provoca (artículos 1305-1306)» (p. 263). Y añade: «Así trazado el esquema, su justificación no parece difícil. El mundo del contrato es... el mundo de la autonomía privada (artículo 1255). Connatural con su carácter es la anulabilidad como régimen general y típico de la

propriamente es el segundo²⁹³. A lo que hay que sumar que esa acción es la que mejor conviene para conjugar los distintos intereses aquí en juego, ya que la nulidad conlleva que el acto o contrato pueda ser impugnado, no sólo por la parte afectada de discapacidad sino también por la parte no-discapaz –lo que es contrario al interés de aquélla, que es el aquí prevalente²⁹⁴–, y además que pueda ser impugnado sin límite de tiempo –lo que es contrario a la seguridad jurídica y a los intereses tanto de una como de otra parte–.

La acción procedente para impugnar los actos que aquí estamos viendo, por tanto, es la de anulabilidad. Acción que coincide con la que en su momento vimos está dispuesta en el Ordenamiento actual para los actos realizados por persona con discapacidad sin contar con el apoyo que precisa cuando éste es de tipo asistencial, pero que merece aquí una valoración muy diferente, porque en el supuesto de apoyo asistencial dijimos es así hoy *de lege lata* pero que *de lege ferenda* debería ser de rescisión, mientras que en el supuesto que ahora estamos viendo esto último no procede. No procede, porque la situación en un caso y en otro es sustancialmente distinta, lo que se explica por cuanto en caso de apoyo asistencial quien realiza el acto es persona que tiene discapacidad pero que eso no obstante tiene discernimiento y voluntad suficientes que le permiten entenderlo y quererlo de modo racional y libre²⁹⁵, mientras que en el caso que ahora estamos considerando quien ha

ineficacia en el terreno de lo disponible. Ahora bien, también el contrato debe respetar los márgenes legales de la libertad individual; por ello también él puede resultar transido, cuando sea contrario a ley, por la general sanción de nulidad –en principio– de los actos *contra legem*» (p. 263).

²⁹³ A este respecto, apunta GORDILLO CAÑAS –en consideraciones no directamente referidas a nuestro caso pero fácilmente aplicables a él– que la tenencia de discernimiento o capacidad natural de entender y querer es sobre todo «requisito de eficacia de la actuación jurídica; en términos precisos –afirma–, más que prohibición de contratación con personas incapaces hay previsión de ineficacia (disponible y relativa) de lo realizado por ellos» (1986, p. 265). Añadiendo en página 266 que «El presupuesto de hecho de la capacidad de obrar es la posibilidad de autogobierno responsable, el ejercicio suficiente de las facultades naturales de entender y querer. [Pero que] Su contraria, la incapacidad, se traduce, no propiamente en la imposibilidad de actuar jurídicamente, sino en la inidoneidad para hacerlo con eficacia definitiva y plena».

²⁹⁴ En este sentido, siguen siendo plenamente atinadas las palabras del Prof. GORDILLO –escritas hace ya cuarenta años– cuando dice que «El posible dato... del total defecto de la capacidad natural de entender y de querer no es bastante para sacar el supuesto del ámbito de las ineficacias disponibles, funcionalmente concebidas en interés y protección unilateral de uno de los contratantes, en este caso el contratante incapaz. Nada impide a éste que, una vez en situación de normal capacidad, pueda aportar al contrato lo que ahora obsta a su definitiva eficacia. Nadie como él podrá elegir entre el mantenimiento del acto o su impugnación. Nada más contraproducente, en cambio, que permitir al co-contratante alegar en su beneficio la incapacidad ajena» (1986, p. 265).

²⁹⁵ Aunque, al no haber procedido con el oportuno apoyo, el acto le haya provocado una lesión patrimonial de entidad significativa, siendo esto, como dijimos, lo único que a nuestro juicio debería justificar que el Derecho permita su impugnación.

realizado el acto es persona cuya falta de discernimiento es tan severa que le impide tener tal entendimiento y voluntad.

En cuanto al régimen de la acción de anulabilidad en este caso, enteramente semejante al que quedó expuesto al tratar la cuestión en caso de apoyo asistencial, tenemos lo siguiente.

Legitimados para ejercitárla, según resulta del artículo 1302.3 CC, lo están los siguientes sujetos. En primer lugar la propia persona con discapacidad, siempre que al hacerlo tenga discernimiento suficiente para poder ejercitárla por sí misma su capacidad jurídica en este sentido, aunque sea con apoyo asistencial: así hay que entenderlo, aunque no lo diga el precepto²⁹⁶ (en la práctica, esta hipótesis será inusual que se dé). En segundo lugar los herederos de la persona con discapacidad, por el tiempo que falte hasta completar el plazo de ejercicio de esta acción, en caso de que esa persona muera antes del transcurso del mismo. Y en tercer lugar la persona de apoyo representativo –en nuestro caso, el guardador de hecho–, cuando el otro contratante *«fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta»* (para lo cual se requiere, además, que esa persona de apoyo cuente con autorización judicial)²⁹⁷.

En relación con la legitimación de la persona de apoyo, hacemos aquí las siguientes consideraciones.

Una, para destacar que si bien en caso de apoyo asistencial dijimos en su momento que atribuir legitimación a la persona de apoyo no tiene sentido²⁹⁸, sí lo tiene en cambio, y plenamente, en caso de apoyo representativo. Es así porque en este caso la persona con discapacidad, por hipótesis, no puede ejercitárla por sí misma

²⁹⁶ Pero así resultaba en cierto modo, sin embargo, del tenor de las normas previstas en el Anteproyecto de 2018 y en el Proyecto de 17 de julio de 2020 (aunque la norma finalmente aprobada en la Ley 8/2021 no lo recogiera).

En el Anteproyecto de 2018, el artículo 1302.3 decía así: *«Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo, por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan, o por sus herederos, durante el tiempo que faltara para completar el plazo si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitarse la acción».*

Y en el Proyecto de 17 de julio de 2020 se disponía lo siguiente: *«Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitarse la acción. / Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal».*

²⁹⁷ Artículo 287.4.º CC.

²⁹⁸ *Vid. supra* III.3.3.

esta acción de impugnación (salvo que se dé el caso inusual antes señalado).

Otra, para poner de relieve la dificultad que en este caso puede el guardador tener en la práctica para impugnar con éxito, pues para ello habrá de probar que al realizar ese concreto acto la persona con discapacidad no tenía discernimiento suficiente para realizarlo por sí misma ni siquiera con apoyo asistencial. No bastará, pues, con probar la existencia genérica de una discapacidad: recuérdese que nuestro Ordenamiento actual presupone que toda persona mayor de edad está en situación de ejercitar por sí misma su capacidad jurídica; que la discapacidad no es un estado general sino que ha de ser referida a actos concretos; y además que la discapacidad que precisa de apoyo representativo es un supuesto excepcional.

Y otra, para apuntar que a nuestro juicio carece de sentido en este caso condicionar la legitimación de la persona de apoyo a que al tiempo de celebrarse –por la persona con discapacidad– el acto o contrato que ahora se pretende impugnar, la otra parte tuviera conocimiento de la existencia de medida de apoyo no utilizada o a que se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta. Carece de sentido porque aquí la impugnación se justifica sencillamente porque la persona con discapacidad que ha realizado el acto carece del discernimiento mínimo necesario para ello. No tiene razón de ser, por tanto, supeditarla a ningún otro requisito. La norma debería reformarse en este punto.

La parte no-discapaz del acto o contrato, en cambio, no está legitimada para impugnarlo (art. 1302.4 CC). Tampoco lo está el Ministerio Fiscal²⁹⁹. Y el Juez no puede apreciar de oficio la invalidez del acto o contrato de que se trate.

El plazo de ejercicio de esta acción –plazo de caducidad– es de cuatro años, y su *dies a quo* es el de celebración del contrato (art. 1301.4.º CC)³⁰⁰. Trascurrido ese plazo, el acto o contrato pasa a ser firme, firmeza que además puede alcanzar antes si la persona con discapacidad confirma válidamente lo hecho –haciéndolo una vez ha desaparecido la discapacidad, o, si ha venido a precisar sólo apoyo asistencial, contando con la asistencia oportuna en ese sentido–, o si lo confirma la persona de apoyo representativo contando, en su caso, con la oportuna autorización judicial³⁰¹.

²⁹⁹ Durante los trabajos parlamentarios se consideró atribuir legitimación en este sentido también al Ministerio Fiscal, pero finalmente quedó excluido en la redacción de este precepto aprobada en la Ley 8/2021.

³⁰⁰ Cambia el *dies a quo*, pues, con respecto al fijado en el sistema anterior, en el que el plazo corría «desde que [las personas incapacitadas que hubieran realizado el contrato en cuestión] salieren de la tutela» –desde que la persona en cuestión deje de precisar apoyo representativo, diríamos hoy–.

³⁰¹ Esa confirmación puede hacerse de forma expresa o tácita: artículo 1311 CC.

En cuanto a los efectos que se derivan en caso de impugnación con éxito del acto o contrato realizado, dispone el Código que las partes han de restituirse recíprocamente la cosa objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses (art. 1303 CC), pero que si el contratante sin discapacidad *«fuerá conoedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta»*, la parte con discapacidad ha de restituir la prestación recibida sólo en cuanto se haya enriquecido con ella (art. 1304)³⁰². Aunque esta última es una cuestión de política legislativa, hemos de decir que en este supuesto a nosotros nos parece bien que sea así. Sostenemos aquí, por tanto, una postura distinta a la que propugnamos *de lege ferenda* al ocuparnos de la anulación de actos realizados por persona con discapacidad sin contar con el apoyo que precisa cuando éste es de tipo asistencial. Entonces criticamos que los efectos sean distintos en función de que la parte capaz conozca o no la existencia de medida de apoyo no utilizada al tiempo de realizar un acto o contrato con persona con discapacidad, propugnando que deberían ser iguales en ambos casos³⁰³. En el supuesto que ahora estamos viendo, en cambio, no decimos lo mismo, porque la distinta realidad de la situación en uno y otro caso nos parece que así lo justifica. La severidad de la discapacidad en este caso, además, es natural pensar que habrá hecho evidente a la otra parte la necesaria procedencia de medida de apoyo –en realidad, a nuestro juicio, aquí, más que de conocer la parte sin discapacidad la existencia de medidas de apoyo en relación con la otra parte, lo adecuado sería hablar de conocer su procedencia–.

Como regla, mientras una parte –la parte con discapacidad– no devuelva a la otra lo que le debe, no puede compelir a ésta a que le devuelva lo que a su vez le incumbe (art. 1308 CC). Sin perjuicio de lo cual hay que tener en cuenta aquí también las disposiciones particulares contenidas en los artículos 1307 y 1314 CC. El artículo 1307 establece que, en caso de que la cosa se haya perdido, debe

³⁰² En línea semejante se muestra el artículo 1163 CC en relación con el pago hecho a persona con discapacidad. Esto supone, en consecuencia, que puede tener que devolver menos de lo recibido. Sirviéndonos del ejemplo que tradicionalmente se presentaba en este tema, tenemos que así ocurrirá si lo recibido por la persona con discapacidad es una cantidad de dinero y esa persona ha realizado con él inversiones fallidas o gastos no útiles: en tal caso, puesto que tal cantidad no le ha supuesto enriquecimiento, no viene obligado a devolverla.

³⁰³ Criticamos, entonces, que los efectos fueran distintos, porque en el actual sistema no resulta procedente repercutir en la parte sin discapacidad las consecuencias de la «mala utilización» (inversiones fallidas, gastos no útiles) que la persona con discapacidad pueda hacer de la prestación recibida: recuérdese que el actual Ordenamiento considera que las personas con discapacidad tienen como regla derecho a tomar sus propias decisiones, y por consecuencia que éstas se han de considerar buenas para ellas aunque, vistas desde fuera y con una perspectiva económica, puedan considerarse «erróneas» o «malas».

restituirse el valor de la misma cuando se perdió más los frutos percibidos y los intereses desde entonces. Y el artículo 1314, que cuando la pérdida de la cosa se haya producido por dolo o culpa de la persona legitimada para impugnar el acto o contrato, la acción se extingue salvo que quien haya causado esa pérdida sea persona con discapacidad³⁰⁴, caso en el que ésta conserva la posibilidad de impugnar si el otro contratante tuvo conocimiento de la existencia –de la procedencia, en nuestra opinión– de medida de apoyo en el momento de contratar o se aprovechó de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta –lo que supone, *a contrario*, que la persona con discapacidad no conserva esa posibilidad si el otro contratante no tuvo tal conocimiento o no se aprovechó de esa situación–.

3.2 Actos y negocios realizados por el guardador sin autorización judicial, cuando ésta es necesaria

Se trata de una hipótesis a la que la ley no proporciona respuesta explícita, ni en relación con el caso particular de guarda, ni en relación con las medidas de apoyo legales en general. Alguna respuesta, no obstante, ha de tener tal actuación irregular, que además no será demasiado extraño que acontezca en la realidad. ¿A través de qué acción se articula esa respuesta?

A través de acción de rescisión, no, pues el problema con el que aquí nos encontramos no deriva de un acto realizado regularmente pero cuyos efectos económicos son tan lesivos para una de las partes que resultan inaceptables para el Derecho, sino de un acto que se ha realizado sin cumplir con un requisito exigido por la ley para ello³⁰⁵. ¿Cuál, entonces, es la acción procedente?

En el sistema anterior a la Ley 8/2021, en relación con un supuesto semejante –actos realizados por el tutor en representación del tutelado sin autorización judicial, cuando ésta era necesaria³⁰⁶–, se valoraron tres posibles soluciones. Una era la nulidad del acto en cuestión, solución que se fundamentaba en que haberse realizado el acto sin autorización judicial es contrario a ley imperativa, y que la sanción aplicable en tal caso, no habiendo otra dispuesta legalmente, es ésa, *ex artículo 6.3 CC*. La segunda solución pasaba por aplicarle lo dispuesto en el artículo 1259 CC,

³⁰⁴ Así lo establece el precepto, aunque en caso de discapacidad severa como la que en este caso estamos considerando resulte difícil imaginar un proceder doloso o culposo en ese sentido por parte de la persona en cuestión.

³⁰⁵ MARÍN CALERO, sin embargo, afirma que se trata de actos rescindibles (2022, p. 132).

³⁰⁶ Artículo 271 CC, en su redacción de entonces.

considerando que se trata de un acto irregular por incompleto³⁰⁷ pero que se puede completar y perfeccionar si, antes de ser impugnado, se obtiene tal autorización. La tercera solución postulaba la anulabilidad del acto realizado, y se justificaba en que el régimen propio de esta acción es el más conveniente en el caso: *a*) porque la anulabilidad circunscribe la legitimación para impugnar sólo a la parte afectada (la parte con discapacidad), no permitiéndolo a la otra parte o a terceros como sin embargo posibilitan la acción de nulidad y la derivada del artículo 1259 CC; *b*) porque, a diferencia de lo que resulta con la acción de nulidad radical y la del artículo 1259 CC, la anulabilidad somete a plazo la posibilidad de impugnar, lo que conviene a la seguridad jurídica, que es también interés importante aquí; y *c*), porque la anulabilidad posibilita perfeccionar el acto o contrato realizado si antes de ser impugnado se obtiene la pertinente autorización, cosa que conviene tanto al interés de la parte con discapacidad como al de la parte sin ella, y que la nulidad radical sin embargo no permite.

Aunque todas esas soluciones tuvieron en su momento partidarios en la doctrina y acogida en los tribunales, con el paso del tiempo la posición mayoritaria vino a ser la señalada en último lugar –*i.e.*, acción de anulabilidad–, que alcanzó además refrendo explícito por parte del Tribunal Supremo poco antes de la aprobación de la Ley 8/2021³⁰⁸. Esta era, en efecto, la tesis prevalente en los momentos inmediatamente anteriores a esa Ley, y sigue siéndolo hoy tras la aprobación de la misma, aunque el legislador no haya resuelto en ella esta cuestión de forma explícita (cosa que la doctrina le ha criticado)³⁰⁹. Por nuestra parte nos sumamos a la tesis de la anulabilidad, y no sólo por la mayor conveniencia de su régimen

³⁰⁷ Asimilable al realizado por persona que actúa en representación de otra sin contar con poder suficiente para ello.

³⁰⁸ Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de fecha 10 de enero de 2018 (RJ 2018/156). En ella, tras reseñar las diversas soluciones planteadas al respecto y citar las principales sentencias anteriores habidas en apoyo de una u otra, se señalan como argumentos en que se sustenta su postura, además de los apuntados en el texto, los siguientes: que el representante que celebra contrato sin contar con autorización judicial no infringe una norma imperativa de las contempladas en el artículo 6.3 CC sino que simplemente omite un requisito para la eficacia representativa de sus actos; que el artículo 1301 CC –en su redacción de entonces– considera anulables los contratos celebrados por menores e incapacitados, siendo así que el representante legal otorga el acto por ellos, en su lugar, por lo que el régimen debe ser el mismo; y que el artículo 61 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria hace referencia a los casos en que el representante legal necesita autorización o aprobación judicial *para la validez* de los actos de disposición. A nuestro entender, ahora bien, estos argumentos son de peso menor que los que hemos señalado en el texto, y alguno incluso discutible: por eso los citamos en nota.

³⁰⁹ ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 1002; CARRASCO PERERA, 2021, p. 12; DE SALAS MURILLO, *Diario La Ley*, núm. 9841, mayo de 2021, p. 7; NIETO ALONSO, 2022, p. 308; LÓPEZ SAN LUIS, 2022, pp. 90-91. Antes de la ley actual, *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, 2013, pp. 289-290. Así se establece también hoy en el Derecho aragonés: artículo 45-2.1 de su Código, tras su reforma por Ley 3/2024.

para conjugar debidamente todos los intereses en juego sino también porque, siendo tales intereses de naturaleza privada, ésa es la acción más adecuada para su protección³¹⁰.

Sentado lo cual, veamos cómo se concreta el régimen de esa acción en nuestro caso.

Por cuanto hace a la legitimación para ejercitárla, el precepto al que hemos de atender es el artículo 1302.3 CC, pues aunque no se refiere a este caso de forma directa, es el que más próximamente se ocupa de ello³¹¹. De él resulta que legitimada para impugnar está en primer lugar la propia persona con discapacidad –siempre que al hacerlo tenga discernimiento suficiente para poder ejercitárla por sí misma su capacidad jurídica en ese sentido, siquiera sea con apoyo asistencial–. En segundo lugar están también legitimados para ejercitárla esta acción los herederos de la persona con discapacidad, cuando ésta muera antes de vencer el plazo de ejercicio de la misma sin haberlo hecho. Y en tercer lugar está también legitimada para esta impugnación la persona de apoyo, «cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el

GUILARTE MARTÍN-CALERO, sin embargo, sostiene que estamos aquí ante una exigencia de orden público que responde al mandato que la Convención de Nueva York impone a los Estados de establecer salvaguardas para evitar abusos a las personas con discapacidad, y por tanto ante un caso cuyo tratamiento jurídico adecuado es el de la nulidad radical del acto o contrato realizado sin autorización judicial por la persona de apoyo representativo –en nuestro caso, el guardador– (2021, p. 795 –habla esta autora de «nulidad atemperada por las circunstancias del caso concreto», pero no concreta cuáles sean esas circunstancias, ni en qué se traducen). A nuestro juicio, en ese planteamiento hay un salto lógico sin base, pues una cosa es que el legislador haya de disponer salvaguardas en ese sentido, y otra que esas salvaguardas hayan de pasar necesariamente por decretar la nulidad radical y absoluta de los actos en cuestión. Esto último no es así, ya que hay otro expediente posible para ello –la anulabilidad–, que además, por las razones que apuntamos, resulta más adecuado y conveniente.

³¹⁰ ÁLVAREZ LATA, aunque en principio, como hemos dicho en la nota anterior, se suma a la idea de anulabilidad, luego duda: «dado el cambio de principio rector en la materia –ya no es la protección de la persona con discapacidad–, no es impensable –dice– una vuelta al artículo 1259 CC, o a la esfera de la nulidad de pleno derecho sobre la base del carácter imperativo de la norma» (2021, pp. 1002-1003). GARCÍA RUBIO VARELA CASTRO, que asumen sin ambages que se ha producido tal cambio de criterio rector, no encuentran sin embargo problema para admitir la acción de anulabilidad (2022, pp. 667-668). En realidad, apuntamos nosotros, haya cambiado o no el criterio rector en caso de apoyo representativo –sobre lo cual ya nos hemos pronunciado en varias ocasiones, a las que remitimos–, lo que ocurre es que la clave en este tema está fundamentalmente en el carácter de los intereses en juego, que son privados, no públicos. Esto es lo que determina que la acción procedente en este caso sea la de anulabilidad, tanto si el criterio rector es uno como si es otro.

³¹¹ Afirma en este punto CARRASCO PERERA que la anulabilidad que procede en este caso «no es... la del artículo 1302.3 sino una especie de anulabilidad común implícita en el resto del sistema» (2021, p. 12). Por nuestra parte, aunque convenimos con él en cuanto al fondo de la idea –pues efectivamente pensamos que la acción regulada en los artículos 1301 ss. CC no está pensada propiamente para el caso que aquí estamos viendo–, nos parece que, tomadas esas palabras estrictamente, pueden resultar excesivas, y que el recurso a tales preceptos, adaptándolos en lo necesario, facilita la determinación del régimen de la acción en nuestro caso.

momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta» (contando esa persona de apoyo, naturalmente, con autorización judicial: artículo 287.7.º CC).

Con respecto a la legitimación de la persona de apoyo –en nuestro caso, el guardador de hecho–, ahora bien, se plantean en este caso dos cuestiones: una, determinar quién es la concreta persona de apoyo legitimada; otra, ver qué ocurre con los condicionantes a que la norma supedita el ejercicio de la acción.

En relación con la primera cuestión, caben dos opciones: una, considerar que la persona de apoyo legitimada para ejercitar esta acción puede ser la misma que realizó el acto que ahora se impugna; otra, entender que esta impugnación no puede ser instada por esa misma persona sino que ha de serlo por una persona de apoyo nueva. El Tribunal Supremo parece inclinarse por la primera opción³¹². A nuestro entender, sin embargo, tal planteamiento no es plausible³¹³. Por un lado, porque admitir eso supone obviar la doctrina –establecida, precisamente, por la jurisprudencia– que no permite a una persona ir contra sus propios actos³¹⁴. Y por otro lado, porque admitir eso no resulta necesario para possibilitar la impugnación de lo hecho, ya que ello se puede lograr por la vía de sustituir a la persona de apoyo representativo que realizó el acto por una persona de apoyo nueva, cosa que no sólo la ley contempla con normalidad –*vid. artículos 267 CC, y 42.bis.a) y siguientes y 52 LJV*– sino que además en este caso es oportuna. Es oportuna porque, aunque se alegue que un cambio de persona de apoyo puede no ser conveniente, a eso cabe responder haciendo notar que aquella persona de apoyo no ha procedido en su actuación de forma

³¹² Aunque anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, traemos aquí la STS 10 de enero de 2018 (RJ 2018/156), que se plantea cuestión semejante con respecto al tutor y que resuelve diciendo que, «... aun cuando es innegable que el ejercicio de los derechos y acciones debe llevarse a cabo conforme al principio de la buena fe, el reproche que en su caso pudiera efectuarse a la tutora que intervino en el contrato [reproche en orden a no permitirle luego impugnarlo] no podrá nunca perjudicar los intereses del tutelado, que no puede quedar privado de la protección que le dispensa el Ordenamiento cuando establece la exigencia de un control judicial».

³¹³ Aunque sin apuntar razón para ello, niega CARRASCO PERERA que el guardador responsable («culpable») de la falta de autorización judicial pueda impugnar el acto o contrato (2021, p. 12), lo que, como hemos dicho en la nota 311, le lleva a afirmar que la acción procedente en este caso no es la del artículo 1302.3 del Código civil. Nosotros, conviniendo con él en que la persona de apoyo que realizó el acto no puede luego impugnarlo, disentimos sin embargo en cuanto a la conclusión sobre ese precepto, pues entendemos cabe proceder de modo más matizado, como vemos en el texto.

³¹⁴ *Nemo potest venire contra factum proprium*. En el caso resuelto en la STS 10 de enero de 2018 (RJ 2018/156) no se hace mención a la doctrina de los propios actos sino al deber de ejercitar los derechos con arreglo a las exigencias de la buena fe y a la prohibición de abuso del derecho. A nuestro modo de ver, sin embargo, el límite que se acomoda más a este caso es el condensado en la doctrina de los propios actos.

diligente ni atinada, en un doble sentido: primero, porque no se ha informado bien sobre los requerimientos que la ley exige para realizar tales actos –actos que, recuérdese, son los de importancia³¹⁵–; y segundo, porque ha realizado un acto cuyo resultado ha sido malo para la persona con discapacidad representada: repárese en que la razón real que lleva a impugnar el acto no es haber sido hecho sin autorización judicial –nadie impugna por esto– sino haber producido un resultado perjudicial para la persona con discapacidad –si hubiera sido beneficioso para ella, desde luego no se impugnaría–. De donde resulta que mantener a la misma persona de apoyo en su posición y además posibilitarle –confiarle– la impugnación de ese acto o contrato no es lo oportuno³¹⁶, sino que lo es sustituirla por una persona de apoyo nueva³¹⁷. No permitir que la misma persona de apoyo impugne tal acto o contrato no es sino un medio para forzar el cambio en este sentido.

La segunda cuestión atañe a los condicionantes a que el párrafo segundo del artículo 1302.3 CC supedita la legitimación de la persona de apoyo: que, en el momento de celebrar el acto o contrato que ahora se pretende impugnar, la parte no-discapaz del mismo fuera conecedora de la existencia de medida de apoyo o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad de la otra parte obteniendo una ventaja injusta. ¿En qué se traduce eso? Para responder, hay que partir de un dato objetivo: que en este caso el conocimiento de la existencia de medida de apoyo es cosa que no faltará nunca por parte del contratante sin discapacidad, ya que quien celebra con él el acto o contrato es la persona de apoyo representativo, que por tanto ha tenido necesariamente que identificarse como tal³¹⁸. Y, siendo así, eso se traduce entonces en que la posibilidad de impugnar queda en este caso asegurada siempre³¹⁹, no siendo por consecuencia necesario siquiera entrar a considerar el otro factor al que ese precepto supedita el ejercicio de esta acción –haberse aprovechado la parte sin discapacidad de la situación de

³¹⁵ En sentido semejante, aunque en relación con el sistema anterior, ZURITA, 2004, p. 252.

³¹⁶ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

³¹⁷ Además de nombrarse curador o defensor judicial a esa persona con discapacidad (arts. 42.bis.a) ss., y artículo 52 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria), podría ocurrir también que la misma persona que desempeñaba la guarda desista de ella (artículo 267.3.ºCC), en cuyo caso podría surgir un nuevo guardador, que sí estaría legitimado para tal impugnación –con autorización judicial–.

³¹⁸ Por otro lado, la exigencia de autorización judicial es cosa cuya ignorancia no puede ser alegada por la parte capaz, al ser requisito establecido en norma de rango legal, cognoscible por todos.

³¹⁹ Aparte de eso, pensamos que el artículo 1302.3 CC es norma que se refiere propiamente a casos en que quien realiza el acto es la persona con discapacidad, no la persona de apoyo representativo de la misma, de donde se deriva que su aplicación directa aquí no procede, y por tanto tampoco los condicionantes que establece.

discapacidad de la otra parte obteniendo ventaja injusta–, por un lado porque se trata de un factor alternativo al anterior³²⁰, y, dándose siempre el primero, el segundo resulta superfluo; y por otro lado porque no cabe pensar en aprovechamiento de la situación de discapacidad de la otra parte, cuando en representación de ésta ha actuado la persona de apoyo.

Las personas señaladas en los párrafos anteriores son las que están legitimadas para instar la anulación del acto o contrato realizado por la persona de apoyo representativo –en nuestro caso, el guardador–, cuando lo ha hecho sin contar con la autorización judicial legalmente requerida para ello. La parte no-discapaz, en cambio, no está legitimada para impugnarlo (art. 1302.4 CC), y tampoco el Ministerio Fiscal³²¹, aunque éste sí podrá promover expediente para que se provea nueva persona de apoyo, en sustitución de la existente³²². Los Jueces, por su parte, no pueden decretar de oficio la invalidez del acto o contrato realizado por la persona de apoyo sin autorización judicial.

En cuanto al plazo de ejercicio de esta acción, aunque no hay en la ley referencia específica al caso que aquí estamos viendo, procediendo por analogía con lo dispuesto en el artículo 1301 CC podemos decir que es de cuatro años, a contar desde el día de celebración del contrato³²³.

Finalmente, por cuanto hace a los efectos de la anulación, tenemos que las partes, como regla, han de restituirse recíprocamente la cosa objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses (art. 1303 CC), y que mientras una no devuelva a la otra lo que le debe, no puede compelir a ésta a que le devuelva lo que a su vez le incumbe (art. 1308 CC). En esto no hay duda. Pero luego surgen dos asuntos particulares que requieren atención.

Uno deriva del artículo 1304 CC, que establece que, cuando el contratante capaz *«fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación»*, en caso de anulación del contrato la parte con discapacidad ha de restituir la prestación recibida sólo en cuanto se haya enriquecido con ella³²⁴. Y

³²⁰ Nótese la conjunción disyuntiva –«o»– que emplea el precepto.

³²¹ Durante los trabajos parlamentarios, al tratar del artículo 1302 CC, se valoró atribuir legitimación en ese sentido al Ministerio Fiscal, pero finalmente eso se excluyó en la redacción de este precepto aprobada en la Ley 8/2021.

³²² Artículo 42.bis.a) LJ.V.

³²³ Este *dies a quo*, evidentemente, conviene a la seguridad del tráfico más que situarlo en aquel en que la persona salga de la tutela –esto es, el de la extinción de la medida de apoyo representativo–, como hacía la redacción de ese precepto anterior a la Ley 8/2021.

³²⁴ Esto supone que puede tener que devolver menos de lo recibido, por ejemplo si a resultas de ese contrato la persona con discapacidad ha recibido una cantidad de dinero y luego ha realizado con ella inversiones fallidas o gastos no útiles: en tal caso, se dice,

plantea cuestión porque en el caso que ahora estamos considerando la parte capaz, en el momento de celebrar el contrato, forzosamente tiene conocimiento de la existencia de medida de apoyo, como ya se ha dicho. ¿Es aplicable entonces a este caso la previsión de este precepto? Pensamos que no. La razón es que ese precepto se refiere a contratos cuya impugnación procede en razón *«de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas»* al tiempo de celebrarlos, siendo así que ése no es el caso que aquí estamos viendo, pues en él quien realiza el acto o contrato no es la persona con discapacidad sino la persona de apoyo que opera con función representativa de aquélla, lo que significa que no se ha prescindido de tal medida. Lo que ha faltado es autorización judicial, pero ésta no es una medida de apoyo. Resultando entonces que la disposición del artículo 1304 CC no debe considerarse aplicable aquí sino que el efecto de la anulación en este caso es el que como regla se establece en el artículo 1303 CC: que ambas partes han de restituirse en su integridad lo que recibieron en su día en razón del contrato realizado –la cosa y el precio–, más sus frutos e intereses³²⁵. Lo cual por otra parte es lógico, ya que el artículo 1304 es norma animada por la idea de «sancionar» a quien de algún modo ha tratado de sacar ventaja de la discapacidad de la otra parte, y eso no ocurre en este caso, ya que en él quien ha intervenido es la persona de apoyo, que es persona sin discapacidad³²⁶.

El segundo asunto deriva de la disposición particular contenida en el artículo 1314 CC, que establece que cuando la cosa a restituir se haya perdido por dolo o culpa de la persona legitimada para impugnar el acto o contrato la acción se extingue salvo que quien haya causado esa pérdida sea persona con discapacidad, en cuyo caso ésta conserva la posibilidad de impugnar si el otro contratante tuvo conocimiento de la existencia de medida de apoyo en el momento de contratar o se aprovechó de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta. ¿Es aplicable esta disposición a nuestro caso? Pensamos que no, y la razón es, aquí también, que quien realiza el acto y recibe la cosa no es la propia persona con discapacidad sino la persona de apoyo representativo,

puesto que la cantidad dedicada a eso no le ha supuesto enriquecimiento, no viene obligada a devolverla.

³²⁵ Sin perjuicio, claro está, de que la persona con discapacidad o su representante puedan además, si se dan las debidas circunstancias, impugnar las operaciones que con la prestación recibida haya esa persona realizado con terceros (inversiones, gastos...), a fin de deshacer las consecuencias «económicamente inconvenientes» de esos actos. Pero esto es cosa distinta e independiente de aquélla.

³²⁶ La falta de autorización judicial no es imputable a la parte capaz, o al menos no en mayor medida que a la persona de apoyo representativo que realizó el acto o contrato.

lo que justifica que luego no se pueda repercutir en la parte sin discapacidad la pérdida de la cosa por la parte con discapacidad: las reclamaciones que eventualmente se quieran hacer por razón de tal pérdida deberán dirigirse a la persona de apoyo representativo, que no debió dejar la cosa en manos de la persona a la que representaba habida cuenta que la discapacidad tan severa que ésta padece no le permite entender el significado y alcance de sus actos.

3.3 Actos y negocios realizados por el guardador sin autorización judicial, cuando ésta no es necesaria pero con su realización se causa lesión económica a la persona guardada

El Código civil, según ya hemos visto, al tratar en su artículo 264 de las actuaciones del guardador en representación de la persona guardada distingue entre aquellas que para poder ser realizadas precisan autorización judicial –las que, dentro de lo excepcional del apoyo representativo, constituyen la regla– y aquellas que –excepción de la excepción– no la precisan. Son, estas últimas, la solicitud de prestación económica a favor de la persona con discapacidad siempre que con ello no se produzca cambio significativo en su forma de vida, y la realización de actos jurídicos sobre bienes de esta persona que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. La explicación de esto, como también se vio en su momento, se encuentra en la propia índole de los actos que se comprenden bajo tal previsión normativa: actos de gestión de necesidades ordinarias o de asuntos del día a día de la persona guardada, cuya escasa relevancia justifica no se someta su realización por parte del guardador a la obtención de autorización judicial.

¿Qué ocurre, ahora bien, si con tales actos se causa lesión económica a la persona con discapacidad? Los pocos casos comprendidos en el ámbito de operatividad de este supuesto y la escasa relevancia económica de los mismos podrían llevarnos a pensar que este apartado carece de justificación. Y en verdad, si la cuestión se considera en términos estrictamente estadísticos o cuantitativos, eso no podría negarse. Otra cosa ocurre, sin embargo, si la cuestión se considera desde un punto de vista de principio, en el que su interés resulta indudable. Esto es lo que explica que nos ocupemos de ella.

En este punto tenemos que, a diferencia de los textos que se utilizaron durante el proceso de reforma de nuestro Derecho en

tema de discapacidad, que sí tenían previsión al respecto³²⁷, la Ley finalmente aprobada no contempla de modo directo la cuestión cuando la persona de apoyo es un guardador de hecho. Sí lo hace, sin embargo, cuando se trata de un curador, disponiendo el artículo 1291 CC que «*Son rescindibles: 1.º – Los contratos que hubieren podido celebrar sin autorización judicial... los curadores con facultades de representación, siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos. (...)*». Y, al existir entre esos casos identidad de razón, pensamos que podemos proceder en el nuestro por analogía con lo dispuesto para la curatela³²⁸.

Nos encontramos entonces con que la posibilidad de impugnar los actos o contratos considerados en este apartado se articula por vía de rescisión³²⁹. Lo que se debe a que la causa de impugnación de los mismos no radica en defectos de índole estructural –desde este punto de vista esos actos o contratos no adolecen de defecto ninguno, ya que han sido realizados por quien, por disposición de ley, tiene la representación de la persona con discapacidad, siendo así además que, también por disposición de ley, para realizarlos no precisa contar con autorización judicial– sino en consideraciones de índole funcional, cifradas en el resultado económico inicuo que esos actos o contratos producen para la persona representada³³⁰.

Esto ha sido criticado por algún autor considerando que, si en nuestro sistema actual la actuación de la persona de apoyo ha de ir guiada por la voluntad, deseos y preferencias de la persona con

³²⁷ Artículo 262 del Anteproyecto de 2018: «*Los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de ésta no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*» –ergo, si no redundaban en su utilidad, sí podían ser impugnados–. Artículo 264 del Proyecto de 2020: «*Los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de ésta no podrán ser impugnados si responden a su voluntad, deseos y preferencias*». Igual a este último era el artículo 264 del Proyecto de 2021. Para una valoración crítica de esas fórmulas preparatorias, *vid.* DÍAZ PARDO, 2022, p. 324.

³²⁸ Así también ÁLVAREZ LATA, 2021, pp. 999-1001.

³²⁹ No alcanzamos a entender qué sostiene a este respecto MARÍN CALERO (2022), pues en p. 130 afirma «que son inatacables... los actos jurídicos realizados... por los representantes legales de la persona con discapacidad (curadores, guardadores o defensores) sin autorización judicial, cuando el acto no la requiera», en p. 132 afirma «que son rescindibles los actos jurídicos realizados por los representantes legales de la persona con discapacidad (curadores, guardadores o defensores) sin autorización judicial –cuando esté prescrita para ese acto o tipo de acto– y siempre que, además, se den las causas y los requisitos legales generales de cada caso»; y en p. 139, al sintetizar el régimen de validez de los actos jurídicos celebrados por el guardador de hecho de la persona con discapacidad sin autorización judicial, afirma que «no cabe la nulidad propiamente dicha, pero la validez del acto queda sujeta al régimen de gestión de negocios ajenos».

³³⁰ Lo cual puede considerarse una fórmula intermedia entre las que se habían barajado durante los trabajos de preparación de la Ley 8/2021: *vid.* el artículo 264 del Proyecto de 2020 (*supra* nota 327).

discapacidad, o, en caso de no poderse averiguar éhos, por la trayectoria vital, creencias, valores y demás factores que esa persona hubiera tomado en consideración, «no se ve razón sensata por la que el contrato que resulta lesivo deba ser rescindido, pues... ese contrato sería precisamente el que, de haber podido, hubiera celebrado la persona con discapacidad»³³¹. Por nuestra parte, sin embargo, disentimos de ese planteamiento, lo que por lo demás resulta natural dado que no convenimos tampoco con el presupuesto sobre el que procede. Y es que a nuestro juicio, como ya quedó dicho en su momento, el criterio fundamental por el que se ha de guiar el apoyo representativo no es el subjetivo apuntado –la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o su trayectoria vital, creencias, valores...– sino otro de índole objetiva: la necesidad, conveniencia o utilidad, para los intereses de esa persona, del acto o contrato de que se trate³³². Este, tal como vimos entonces, es el criterio fundamental para conceder o no el Juez autorización cuando ésta es necesaria, y también para guiar la actuación de la persona de apoyo aunque tal autorización no sea necesaria: téngase presente que la exigencia o no de autorización judicial viene determinada simplemente por la importancia mayor o menor del acto³³³. Y siendo así se explica que, cuando el acto efectivamente realizado no haya sido beneficioso para la persona con discapacidad sino que le haya causado lesión, la ley permita rescindirlo –aunque teniendo presente también que para que esa rescisión proceda no basta con una lesión económica cualquiera sino que ha de ser de cierta entidad, que la ley concreta en más de una cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto del contrato³³⁴–.

En cuanto a la legitimación para el ejercicio de esta acción, de los planteamientos generales en tema de rescisión se deriva que la tiene la persona lesionada –la persona con discapacidad–, siempre que al hacerlo cuente con discernimiento suficiente para ello, ya porque su discapacidad haya desaparecido, ya porque, aunque no

³³¹ GARCÍA RUBIO, 2022, p. 633.

³³² El hecho de que la ley finalmente aprobada –8/2021– no acogiera la norma prevista en los Proyectos de 2020 y 2021 –artículo 264– es un apoyo más en el sentido que nosotros propugnamos.

³³³ Lo cual no excluye, como también dijimos, que la persona de apoyo haya de tener en cuenta además, en cierta medida, aquellos factores subjetivos, pero sí significa que el criterio fundamental por el que se ha de guiar es el de carácter objetivo dicho.

³³⁴ Esta medida se explica en un sistema como el nuestro que está inspirado en principios liberales, lo que supone que, si la «lesión» no alcanza esa medida, el acto no será rescindible. Así las cosas, si consideramos conjuntamente el limitadísimo número de supuestos al que esta acción de rescisión es aplicable y la medida de la lesión que se requiere para ello, nos encontramos entonces con que la operatividad práctica de la misma es extraordinariamente reducida.

haya desaparecido enteramente, ha venido a tener capacidad natural de entender y querer en este sentido. Pero, ¿y si esa persona no está en situación que le permita hacerlo por sí misma, ni siquiera con apoyo asistencial? Aunque el supuesto que ahora estamos viendo no es exactamente igual al del apartado anterior, podemos aquí seguir en lo sustancial el razonamiento hecho allí y analizar dos posibilidades: una, considerar que en tal caso está legitimada la misma persona de apoyo representativo –en nuestro caso, el guardador– que realizó el acto; y otra, considerar que la rescisión no puede ser instada por esa misma persona de apoyo sino que ha de serlo por otra distinta³³⁵. Esta segunda opción, por las mismas razones que apuntamos entonces, nos parece más adecuada –para lo cual precisará además, naturalmente, obtener autorización judicial (art. 287.7.º CC)–³³⁶. Aparte de las personas referidas, en caso de muerte de la persona con discapacidad sin haber ejercitado esta acción están también legitimados para pedir la rescisión, naturalmente, sus herederos, siempre que no haya vencido el plazo señalado a la misma.

En cuanto al plazo de ejercicio de esta acción, establece el Código que es de cuatro años, que «*no empezarán a computarse hasta que se extinga... la medida representativa de apoyo*» (art. 1299 CC)³³⁷. *Dies a quo* que, aunque hay en la doctrina voces autorizadas que sostienen viene dado por el de extinción del apoyo representativo desempeñado por la persona concreta que realizó el acto en cuestión³³⁸, a nuestro juicio hay que entenderlo referido a la extinción de todas las medidas de apoyo representativo que puedan existir en relación con esa persona, hasta que tal discapacidad desaparezca –si desaparece–. Ésta es, creemos, la solución que

³³⁵ Para ello se precisará normalmente interesar de forma previa la remoción de aquélla como persona de apoyo, y el nombramiento de una nueva.

³³⁶ Esa nueva persona de apoyo será probablemente un curador o un defensor judicial: *vid.* artículo 267.4.º CC, y artículos 42.bis.a) y ss., y 52 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Aunque podría ocurrir también que la propia persona que desempeñaba la guarda desista de ella (artículo 267.3.º CC), en cuyo caso podría surgir un nuevo guardador, que sí estaría legitimado para tal impugnación –con autorización judicial–. En todo caso, sea quien sea la nueva persona de apoyo, ¿será preciso que haya procedido previamente –pero de modo infructuoso– contra la anterior persona de apoyo? La razón de la pregunta se encuentra en el artículo 1294 CC, que afirma que la acción de rescisión tiene carácter subsidiario. A nuestro entender, ahora bien, que sea así en este caso es discutible, por dos razones: una, porque la rescisión, en principio, tiende a procurar que las cosas objeto del contrato rescindido vuelvan a su estado inicial –restitución *in natura*–, no a resolver la cuestión a través de una indemnización pecuniaria, provenga de quien provenga; y otra, por el carácter excepcional que como regla tiene la acción de responsabilidad.

³³⁷ Se mantiene, pues, el mismo régimen dispuesto en el sistema anterior para los actos realizados en caso de personas sujetas a tutela.

³³⁸ GARCÍA RUBIO, 2022, p. 636.

procede en nuestro Derecho actual. Otra cosa es que ese plazo, a nuestro juicio, debiera estar más acotado³³⁹.

Finalmente, en cuanto a los efectos del ejercicio con éxito de esta acción, establece el artículo 1295 CC que la misma obliga a las partes a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses. No puede llevarse a cabo la rescisión-devolución, por tanto, cuando el que la pretenda –la persona con discapacidad, sus herederos o la persona de apoyo representativo– no pueda devolver aquello a que por su parte está obligado –porque la cosa se haya perdido o destruido, o porque se halle legalmente en poder de tercero que haya procedido de buena fe (y a título oneroso)–, aunque en este caso cabe reclamar indemnización al causante de la lesión, indemnización que se cifrará en el perjuicio económico sufrido por la persona con discapacidad, esto es, la diferencia entre el valor de la prestación realizada a cargo de su patrimonio y el de la prestación que efectivamente recibió a cambio³⁴⁰.

Este supuesto, en todo caso, tal como hemos dicho al inicio de este apartado, en la realidad será muy inusual que se dé, habida cuenta de las premisas sobre las que procede.

3.4 Actos y negocios realizados por el guardador con autorización judicial, cuyos efectos resultan perjudiciales para la persona con discapacidad

Para terminar el análisis de los distintos supuestos que en este tema pueden darse, hemos de tratar también del apuntado en la rúbrica de este apartado. ¿Cabe hacer algo en tal caso? Lo singular del mismo radica en que, si bien desde el punto de vista funcional esos actos causan cierto desasosiego –pues su resultado es lesivo para la persona con discapacidad–, desde un punto de vista

³³⁹ En el sentido de fijar como *dies a quo* el de celebración del contrato, se muestra GARCÍA RUBIO, 2022, p. 636.

³⁴⁰ MORENO QUESADA, 1995, pp. 209-210 y 214. Aunque no es cosa pacífica, considera este autor –a nuestro juicio, razonablemente– que la referencia a indemnización dispuesta en el artículo 1295 CC es aplicable tanto si la imposibilidad del reclamante de devolver aquello a que está obligado se debe a que la cosa está en poder de tercero de buena fe, como si se debe a perecimiento de la misma (pp. 209-214). Téngase en cuenta que en sede de rescisión no hay, para nuestro caso, norma semejante a la establecida en el artículo 1314 CC en sede de anulación, que establece que esta acción, y por tanto las obligaciones de restitución de cosa y precio derivadas de la misma, se extinguieren cuando la pérdida de la cosa se ha producido por dolo o culpa de la persona legitimada para impugnar el acto o contrato, pero que no ocurre así cuando quien ha causado esa pérdida es persona con discapacidad, en cuyo caso ésta conserva la posibilidad de impugnar si el otro contratante tuvo conocimiento de la existencia de medida de apoyo en el momento de contratar o se aprovechó de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta.

estructural cumplen todos los requerimientos exigidos por la ley, ya que se han realizado por la persona de apoyo que desempeña función representativa –porque así lo requiere la situación de discapacidad severa que aqueja a la persona concernida– y se han realizado contando con la autorización judicial que legalmente se requiere para ello. ¿Cabe entonces –volvemos a repetir la pregunta– hacer algo en este caso?

Por vía de nulidad o anulabilidad, no, en razón de lo dicho: desde el punto de vista estructural, esos actos o negocios se han realizado de forma regular, perfecta.

¿Y por vía de rescisión? También aquí la respuesta ha de ser negativa. Por un lado, porque el Código civil concibe la rescisión como una acción circunscrita a casos tasados, y entre los que elenca en ese sentido no está contemplado el que ahora estamos viendo, pues el núm. 1 de su artículo 1291 –el único susceptible de consideración aquí– se refiere a «*contratos que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los... curadores con facultades de representación*»³⁴¹, siendo así que en el caso que ahora vemos ha habido autorización judicial³⁴². Y por otro lado porque, con referencia a un supuesto que permite la analogía –contratos celebrados en representación de personas ausentes–, el artículo 1296 CC establece que «*la rescisión... no tendrá lugar respecto de los contratos celebrados con autorización judicial*». Todo lo cual sustenta la conclusión de que la rescisión no es viable en este caso³⁴³. En esto, además, hay coincidencia general en la doctrina³⁴⁴.

¿Significa eso, entonces, que no cabe aquí reacción ninguna para atender los intereses de la persona con discapacidad afectada? No es así³⁴⁵. Lo que ocurre es que la defensa de esos intereses ha de discurrir por vía de reclamación de responsabilidad³⁴⁶.

³⁴¹ Aunque el precepto habla de tutores o curadores con facultades de representación, no hay dificultad ninguna para incluir ahí también a los guardadores con facultad de representación.

³⁴² El artículo 1291 CC dice que «*los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley*», y el artículo 1293 añade que «*ningún contrato se rescindirá por lesión fuera de los casos mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1291*».

³⁴³ Antes de la Ley 8/2021, sin embargo, ZURILLA CARIÑANA sostenía «que la posibilidad de rescisión debe operar también en estos supuestos» (2013, p. 1763). Y ALBERRUCHE, *de lege ferenda*, proponía recurrir en este caso a la rescisión por fraude (2018, p. 386). Por nuestra parte, sin embargo, no vemos esto posible.

³⁴⁴ Después de la Ley 8/2021, *vid.* DÍAZ PARDO, 2022, p. 323; y MARÍN CALERO, 2022, p. 130. Antes de ella, GARCÍA VICENTE, 2013, pp. 9205-9207; ALBERRUCHE, 2018, p. 386; y ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 1002.

³⁴⁵ MARÍN CALERO, sin embargo, considera que los actos realizados con autorización judicial por los representantes legales de la persona con discapacidad son inatacables en todo caso (2022, p. 130). Así también, tal vez, DÍAZ PARDO, 2022, p. 323.

³⁴⁶ Aunque evidentemente no con referencia a este caso –por razón de fecha–, esta idea la apuntaba ya en su día LACRUZ (2007, p. 576): «el artículo 1291-1.º –decía– apenas

Pero, reclamación, ¿a quién? ¿Al Juez que autorizó el acto, o a la persona de apoyo representativo que efectivamente lo realizó –el guardador, en nuestro caso–? Aunque no hay en la ley previsión explícita al respecto, parece plausible considerar que la reclamación se ha de dirigir a la persona de apoyo en cuestión, por ser quien tuvo la iniciativa del acto, quien conocía más directamente las circunstancias de la persona con discapacidad representada, y quien fijó –junto con la otra parte, en su caso– los términos en que el acto se iba a realizar³⁴⁷. Para poder reclamar tal responsabilidad, esto sí, el perjuicio ha de ser resultado de una actuación culposa, negligente, de la persona de apoyo³⁴⁸ –ésta no es una responsabilidad objetiva–, lo cual deberá ser valorado atendiendo a quién es la persona de apoyo y a cuáles son sus circunstancias³⁴⁹.

¿Qué tipo de actos perjudiciales caen bajo el ámbito de operatividad de esta acción? ¿Sólo los de índole económica? Si la acción fuera de rescisión esos actos quedarían circunscritos, naturalmente, a los de tipo económico, pero, no siendo ésa la acción procedente aquí, pensamos que no puede limitarse a ellos: nótese que el artículo 294 CC, que creemos aplicable aquí por analogía, habla de «responsabilidad por daños»³⁵⁰, que es expresión más amplia. En la práctica, no obstante, sin duda serán los de tipo económico los que más se plantearán.

¿Quién está legitimado para ejercitar esta acción? El precepto no lo dice, pero hay que entender lo estarán la propia persona con discapacidad –por sí misma, si recupera el discernimiento necesario para ejercitar su capacidad jurídica, ya sea sin o con apoyo asistencial– y sus herederos, si muere sin haberla ejercitado antes de

tiene sino una función marginal en el conjunto de garantías para el... pupilo frente a los desaciertos o deslealtad de su tutor, garantía que el legislador entiende proporcionarle por otros cauces (nombramiento y control judicial, inventario, fianza, rendición anual de cuentas de administración, cuentas finales)». *Vid.* también ALBERRUCHE, 2018, p. 388.

³⁴⁷ Así lo sostenía, ya bajo el imperio del sistema anterior, GARCÍA VICENTE (2013, p. 9205), apuntando además a una aplicación extensiva del artículo 285 CC en su redacción de entonces –hoy artículo 292–, en el que se establece que la aprobación judicial de las cuentas que presente la persona de apoyo no impide el posterior ejercicio de las acciones que la persona con discapacidad puede tener contra aquélla. Hoy apunta también a la persona de apoyo como legitimado pasivamente en este sentido, ALVAREZ LATA, 2021, p. 1002. Y *vid.* además el artículo 294 CC, por analogía. En sentido contrario –*i.e.* haciendo recaer la responsabilidad en el Juez–, se manifestaba sin embargo ZURILLA CARIÑA, 2013, p. 1763.

³⁴⁸ Por supuesto, también por dolo.

³⁴⁹ No es lo mismo que sea un familiar o que sea alguien ajeno a la familia. Si, como será lo normal, el guardador de hecho es un familiar, resulta razonable pensar que la diligencia que deba considerarse aquí sea la del buen padre de familia. Así GARCÍA GOLDAR, que remite además al artículo 1889 CC (2022, p. 463), aunque pensamos nosotros que aquí sería oportuno acudir también al artículo 1104 CC.

³⁵⁰ Y que el artículo 287.1.^o CC incluye, entre los actos para los que el curador representativo precisa autorización judicial, los de trascendencia personal o familiar.

que venza el plazo para ello. Y también la persona de apoyo representativo que en su caso venga a reemplazar a la que realizó el acto –hay que tener en cuenta aquí que tanto el Ministerio Fiscal como cualquier persona que tenga interés legítimo pueden poner en conocimiento del Juez el resultado del acto realizado por el guardador de hecho en ese caso, a fin de que pueda requerirle informe de ello y de que pueda además adoptar las medidas que estime oportunas, por ejemplo nombrando una nueva persona de apoyo representativo (un curador)–³⁵¹.

En cuanto al plazo para el ejercicio de esta acción, establece el artículo 294 CC, en relación con la curatela, que es de tres años a contar desde la rendición final de cuentas que haga el curador. Lo que ocurre en nuestro caso es que el guardador, a diferencia del curador, no tiene en principio obligación de rendir cuentas (salvo que el Juez se lo exija). Por eso hay que considerar que en este caso el *dies a quo* es el de finalización de la labor de guarda por parte de la concreta persona de apoyo que realizó el acto (no de la última persona de apoyo que tenga esa persona con discapacidad, si no es la misma)³⁵². Si el Juez le exigiera rendición de cuentas, esto sí, ése será el *dies a quo*.

Los efectos del ejercicio de esta acción se traducen en una indemnización de daños y perjuicios.

V. GUARDA DE HECHO, TRÁFICO JURÍDICO, NOTARIOS Y REGISTRADORES

Aunque, llegados aquí, creemos ha quedado claro cuál es el papel que corresponde jugar a la persona de apoyo y cuáles son las consecuencias de la concurrencia o no de su apoyo, el tema requiere todavía algunas consideraciones de orden más práctico, sobre todo cuando los actos, contratos o negocios de que se trate se quiere que pasen por la Notaría o por el Registro de la Propiedad. Nos ocupamos de ello a continuación, considerando separadamente los casos de apoyo asistencial y de apoyo representativo.

³⁵¹ *Vid.* artículos 265 del Código civil y 52 y 42.bis.a) ss. de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Aunque también cabe que la propia persona que desempeñaba la guarda desista de ella (art. 267.3.º CC) y su lugar lo ocupe un nuevo guardador, en cuyo caso éste estaría legitimado igualmente para tal impugnación –con autorización judicial–.

³⁵² GARCÍA GOLDAR, no obstante, se plantea si no sería más adecuado establecer como *dies a quo* aquél en que el agraviado –la persona con discapacidad– tiene conocimiento del daño (2022, p. 464).

1. EN CASO DE APOYO ASISTENCIAL

1.1 **Sobre la actuación del Notario, cuando la persona de apoyo no concurre al acto o negocio que la persona con discapacidad quiere realizar**

A este respecto es frecuente encontrar discusión acerca de si debe o no el Notario autorizar la escritura o póliza cuyo otorgamiento se pretende por persona con discapacidad, cuando a tal otorgamiento no concurre la persona de apoyo –en nuestro caso, el guardador de hecho–.

Estando el trabajo en este punto, ahora bien, pensamos no puede haber duda de que la respuesta a esa cuestión ha de ser afirmativa, porque, como ya quedó visto en su momento, la intervención de la persona de apoyo no es requisito para que la persona con discapacidad pero con discernimiento suficiente pueda realizar por sí sola actos, contratos o negocios, sino sólo para enervar la posibilidad de impugnación posterior de los mismos por esa causa. Y esto es así, no sólo si esos actos se realizan fuera de la notaría sino también si se realizan ante Notario.

En caso de realizarse ante Notario, éste debe atender con diligencia a la persona con discapacidad compareciente, para auxiliarla en cuestiones de carácter técnico-jurídico y ayudarla en su comprensión al respecto³⁵³, y tras ello valorar si su discernimiento es

³⁵³ Con respecto a la función del Notario desde esta perspectiva, ahora bien, pensamos que se propugna en ocasiones un planteamiento excesivo. Explicamos nuestra idea. El Ordenamiento español procede hoy tomando como base las dos premisas siguientes: de un lado, que las personas con discapacidad tienen igual capacidad jurídica que cualquier otra persona, y de otro lado, que tales personas, para ejercitarse su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, sólo necesitan contar con la oportuna medida de apoyo. Estas medidas de apoyo, según resultado del artículo 250 CC, pueden ser voluntarias –las diseñadas por la propia persona concernida, los poderes y mandatos preventivos o legales –las señaladas por la ley: guarda de hecho, curatela, defensor judicial–. Desde hace un tiempo, sin embargo –en particular desde la Circular informativa 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión permanente del Consejo general del Notariado sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad–, se viene planteando que los Notarios constituyen también una medida de apoyo a las personas con discapacidad, calificada como «apoyo institucional». Así resulta –se dice– de diversas normas, pero fundamentalmente del artículo 665 CC, en el que se establece que «*La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias*». Es ésta, sin duda, una norma cuya relevancia en el tema no cabe ignorar, pero, ¿es una norma de alcance general, o una norma particular para ese concreto negocio jurídico –el testamento–? La Circular informativa referida resuelve la cuestión de modo tajante: «esta previsión –dice–, aunque relativa al testamento de la persona con discapacidad, es aplicable con carácter general a todo otorgamiento», por ser ésa «una función impuesta por nuestra condición de apoyo institucional» (en el mismo sentido, y más tajante, se muestra CARRASCO PERERA, el Notario, dice, debería ser

suficiente para entender el acto, contrato o negocio que pretende, pero, si después de hecho eso concluye que efectivamente tiene tal discernimiento, no puede denegar la autorización requerida porque la persona de apoyo no concurra al mismo³⁵⁴. Esto es así incluso si se trata de actos de gran trascendencia personal, familiar o patrimonial –los del artículo 287 CC–, e incluso si el acto de que se

el único apoyo, si se trata de actos recogidos en escritura pública (2022, p. 243). Pero, ¿es realmente así? No nos lo parece. La función fundamental del Notario es la dación de fe pública (artículo 1 de la Ley del Notariado), no el apoyo a las personas con discapacidad. Y aunque el artículo 1 del Reglamento Notarial añade que los Notarios, «*como profesionales del Derecho, tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar*», no creemos quepa encontrar ahí sustento a la función de apoyo institucional específico a las personas con discapacidad que se pretende, pues esa norma se refiere propiamente a asesoramiento técnico –sobre los medios jurídicos más adecuados para el alcanzar el fin que el otorgante se propone–, mientras que la esencia del apoyo a las personas que tienen discapacidad psíquica pero que eso no obstante cuentan con discernimiento suficiente consiste en ayudarlas a desarrollar su propio proceso de toma de decisiones jurídicamente relevantes y a conformar su voluntad al respecto en igualdad de condiciones que las demás personas (artículo 249, párrafo segundo, CC), siendo así que el medio para ello –lo señala este mismo precepto– pasa porque la persona de apoyo proporcione a la persona con discapacidad, no sólo la información que sea necesaria en relación con la decisión que quiera tomar o con el acto o negocio que quiera realizar sino también la ayuda que sea precisa para compensar el déficit originado por su discapacidad, lo que en la mayoría de los casos supone que, para ser suficiente la asistencia, resulta necesario que la persona de apoyo proporcione a la persona con discapacidad su parecer y consejo acerca del asunto que ésta está considerando, lo que a su vez exige conocer la vida y circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de esa persona. Esto, ahora bien, es muy difícil si no se forma parte del entorno de la persona con discapacidad. ¿Cabe entonces pensar que el Notario puede desempeñar una función de apoyo al otorgante equivalente a la de los apoyos voluntarios o legales antes dichos? No lo creemos. Repárese además en que la previsión del artículo 1 del Reglamento Notarial existe desde 1944, cuando el planteamiento que hoy tenemos en relación con las personas con discapacidad no era imaginable siquiera, lo que significa que la misma no se puede referir específicamente a nuestro caso. Y repárese también en que, aunque no sea imperativo, hoy la mayoría de los actos económicamente relevantes se celebran ante Notario, lo que supone que, si el Notario fuera apoyo suficiente para las personas con discapacidad, prácticamente no harían falta apoyos voluntarios o legales. Por todo lo cual, concluimos que la función de apoyo de los Notarios no puede plantearse con carácter general y en el mismo plano que las medidas de apoyo voluntarias y legales (sobre las medidas de apoyo y el papel del Notario en caso de testamento, *vid.* el sólido trabajo de GÓMEZ VALENZUELA, RDC. 2023, núm. 5, pp. 93-171).

³⁵⁴ En el sentido que sostengamos se manifiestan también PALLARÉS NEILA (2022, pp. 264-266) y MONJE BALMASEDA (2022, pp. 1121-1123). La mayoría de la doctrina, sin embargo, sostiene que el Notario sólo autorizará el documento público si la persona de apoyo concurre al otorgamiento: así ÁLVAREZ LATA (2021, pp. 994-995), CABANAS TREJO (en *notariosyregisistradores.com* –VI.1–), LECIÑENA (2021, p. 657; y 2022, p. 277), PÉREZ GALLARDO (2021, pp. 477-481), LORA-TAMAYO (en *El Notario del siglo XXI*, mayo-junio 2021, pp. 43-44, aunque refiriéndose especialmente a apoyos judiciales) y MARÍN CALERO (2022, pp. 33, 37, 40-41, 56 y 170 –en p. 85, sin embargo, sostiene otra cosa–). De forma contradictoria se muestra en este punto la Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, pues por un lado dice que «la guarda de hecho... no... representa un condicionante para la actuación de la persona con discapacidad» (p. 5), pero por otro lado, en relación con la curatela, parece sostener lo contrario (p. 5). Otro tanto cabe decir de GUILARTE MARTÍN-CALERO (2021), pues en p. 549 parece no requerir la participación en ese sentido de la persona de apoyo, pero en p. 551 sostiene lo contrario.

trata es objetivamente no-conveniente para la persona con discapacidad: tégase presente que tampoco la prestación de asistencia por parte de la persona de apoyo conlleva necesariamente que la persona con discapacidad tome una decisión que sea objetivamente buena, porque, aun habiendo recibido apoyo, cabe que tome una mala decisión y realice un acto desacertado o perjudicial para ella –lo que se justifica considerando que lo mismo ocurre a las personas sin discapacidad, a cuya situación se vienen aquéllas a igualar–, e incluso que actúe en contra del parecer de la persona de apoyo³⁵⁵. Esto, pensemos lo que pensemos al respecto, es lo que requiere el sistema actual.

En tal caso lo que el Notario ha de hacer, además de auxiliar a la parte con discapacidad en cuestiones técnico-jurídicas y ayudarla en su comprensión, son advertencias: a la parte con discapacidad, que para realizar ese acto, contrato o negocio en igualdad real de condiciones que las personas sin discapacidad precisa apoyo, que a él no le consta haya tenido; y a la parte sin discapacidad, que si el acto, contrato o negocio se celebra sin haber contado la otra parte con ese apoyo, podrá luego ser impugnado por ella, por sus herederos o por la persona de apoyo. El deber particular que surge para el Notario en este caso consiste, pues, en hacer saber a las partes el riesgo en que incurren si se procede sin apoyo, quedando entonces en manos de éstas seguir adelante o no con la operación, en función de cómo valoren ese riesgo. Si deciden seguir adelante y realizar sin apoyo el acto, contrato o negocio, esto sí, el Notario debe reflejarlo en la escritura.

1.2 Sobre cómo acreditar la condición de guardador, cuando éste concurre al acto o negocio que la persona con discapacidad va a realizar

Ésta es una de las principales dificultades que la guarda presenta para su desenvolvimiento práctico, pues, no siendo de constitución formal sino de hecho, la ley no ha resuelto cómo acreditar su existencia, lo que genera inseguridad y dificulta su operatividad³⁵⁶. Facilitar la prueba de la medida de apoyo es, precisamente, otra de las razones que llevan con frecuencia a los tribunales a no

³⁵⁵ LEGERÉN, 2019, p. 196; MARÍN CALERO, 2022, pp. 31, 85, 89 y 238.

³⁵⁶ Este, dice LÓPEZ SAN LUIS, continúa siendo «el talón de Aquiles de la guarda de hecho» (2022, p. 15). En caso de medida de apoyo formal (judicial o voluntaria) este problema no existe, ya que para acreditarla basta presentar el auto, la sentencia o la escritura de constitución de la misma.

considerar adecuada la guarda de hecho existente, y a constituir en su lugar curatela³⁵⁷.

Y es que, aunque es posible que quien vaya a realizar un acto, contrato o negocio con persona con discapacidad conozca a la persona que de hecho desarrolla función de guarda de la misma, no siempre será así, en cuyo caso se hace necesario acreditar de algún modo tal condición. De modo semejante, en caso de que el acto se quiera instrumentar en escritura pública, deberá acreditarse al Notario que la persona que concurre al otorgamiento es efectivamente guardador de hecho del otorgante. ¿Cuál, o cuáles, son los medios hábiles para permitir al guardador acreditar su condición de tal –títulos a efectos de prueba–?³⁵⁸

En la doctrina se han considerado fundamentalmente tres³⁵⁹: Auto resultante de expediente de jurisdicción voluntaria, Decreto del Ministerio Fiscal resultante de diligencias o expediente instruidos por éste, y Acta notarial de notoriedad. No incluimos aquí la anotación de la guarda de hecho en el Registro Civil, porque el asiento en que en su caso se hace no tiene valor probatorio sino meramente informativo (art. 40 de la Ley del Registro Civil), ni consideramos tampoco la declaración que pueda hacer en ese sentido la propia persona con discapacidad, porque la guarda es una realidad de hecho que no se constituye ni se puede acreditar sólo por aquélla³⁶⁰.

³⁵⁷ *Vid.* STS 18 de junio de 2024 (JUR 2024/206237), que, aunque reconoce que la guarda de hecho podría bastar en el caso para proporcionar el apoyo representativo necesario, confirma el establecimiento de curatela representativa dispuesto por la Audiencia, por considerar que su facilidad de acreditación conviene más en orden a la actuación ágil y efectiva de la persona de apoyo. También las SSTS 20 de octubre de 2023 (RJ 2023/5929) y 20 de octubre de 2023 (RJ 2023/5967). Y SAP Asturias (Sección 6.^a) 25 de junio de 2024 (JUR 2024/302078); AAP Alicante (Secc. 6.^a) 5 de julio de 2024 (JUR 2024/376052); AAP Zaragoza (Secc. 2.^a) 24 de mayo de 2024 (JUR 2024/287283); AAP La Coruña (Secc. 3.^a) 19 de octubre de 2023 (JUR 2024/76157).

³⁵⁸ Aunque la terminología que en ocasiones se emplea puede confundir, la cuestión de que nos ocupamos en este apartado –título a efecto de prueba– es distinta de la que se plantea cuando se habla de título de legitimación (*vid.* en este sentido, LECIÑENA, RDC 2022, p. 278; LESCANO, 2017, p. 135; PARRA LUCÁN, *La guarda de hecho* 2013, p. 233; Id.: en *Comentarios al Código civil*, 2013, p. 2539). Son distintas porque legitimación, en sentido propio, es término que hace referencia a la relación que existe entre una persona y una cosa, un derecho o un interés, y que le permite operar eficazmente sobre ellos, siendo así que eso no es de lo que aquí se trata. Hablar de legitimación tiene sentido cuando se hace referencia a medida de apoyo de carácter representativo, ya que en este caso es la «persona de apoyo» quien opera en el tráfico en nombre de la persona con discapacidad y sobre cosas, derechos o intereses de ésta, pero no tiene sentido cuando se trata de medida de apoyo de carácter asistencial, caso en el que es la propia persona con discapacidad la que actúa por sí misma en el tráfico, aunque sea con apoyo de otra. De lo que nos ocupamos en este apartado, por tanto, es de títulos o medios de prueba, que permitan al guardador asistencial acreditar su condición de tal y desplegar su función sin dificultades.

³⁵⁹ *Vid.* FÁBREGA, 2006, pp. 16-18; PÉREZ MONGE, 2016, p. 1354; LESCANO, 2017, p. 136.

³⁶⁰ No nos parece correcto, por tanto, lo que afirma la Circular informativa 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado,

El primero de los tres medios apuntados –Auto resultante de expediente de jurisdicción voluntaria–, ahora bien, aunque puede eventualmente venir a constatar la existencia de una guarda de hecho, no nos parece adecuado como medio de prueba de carácter general en este sentido. No lo es, porque ésa no es finalidad propia de los expedientes de jurisdicción voluntaria: éstos, según dice la ley, son «*aquellos que requieren la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil sin que exista controversia que deba sustanciarse en un procedimiento contencioso*»³⁶¹, y esto no es de lo que aquí se trata. En tal Auto, por tanto, puede haber constatación de la existencia de una guarda de hecho producida de forma incidental con ocasión de un expediente que tenga propiamente otra finalidad³⁶² –v. gr. cuando el Juez, al resolver el expediente que se ha iniciado pidiendo el nombramiento de curador, deniega esto por considerar que basta la guarda de hecho existente³⁶³, o cuando, tras haber tenido el Juez conocimiento de la existencia de una guarda de hecho, requiere al guardador que le informe de su actuación y de la situación de la persona con discapacidad³⁶⁴–, pero, como título de prueba de carácter regular, no vale³⁶⁵. Lo que se refuerza al advertir que la Ley reguladora de la Jurisdicción Voluntaria, al ocuparse en su Capítulo III.bis de las medidas de apoyo en general, trata sólo de su provisión³⁶⁶, no de su acreditación; y que su Capítulo IV, Sección 3.^a, al tratar específicamente de la guarda de hecho, se ocupa sólo de requerimientos y medidas

cuando dice que «el guardador de hecho, cuando comparece ante el notario, presta su auxilio sin otra acreditación que la voluntad de la persona con discapacidad» (p. 5). En términos iguales a los de la Circular se pronuncian LECIÑENA, RDC 2022, p. 278, y MARÍN CALERO, 2022, p. 88.

³⁶¹ Artículo 1.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

³⁶² Así lo considera también el *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* –Doc. núm. 1: *La guarda de hecho en la Ley 8/21*–, de julio de 2023, p. 5.

³⁶³ *Vid.* STS 23 de enero de 2023 (RJ 2023/2350); SAP Madrid (Secc. 24.^a) 20 de noviembre de 2023 (JUR 2024/62428); SAP León (Secc. 2.^a) 2 de junio de 2023 (JUR 2023/310169); SAP Cádiz (Secc. 5.^a) 29 de marzo de 2023 (JUR 2023/259463); AAP Alicante (Secc. 6.^a) 12 de enero de 2024 (JUR 2024/376054); AAP Guipúzcoa (Secc. 2.^a) 4 de marzo de 2024 (JUR 2024/376488); AAP Guipúzcoa (Secc. 2.^a) 22 de julio de 2024 (JUR 2024/465604); AAP La Coruña (Secc. 3.^a) 19 de octubre de 2023 (JUR 2024/76157); AAP Pontevedra (Secc. 3.^a) 29 de marzo de 2023 (JUR 2023/344181).

³⁶⁴ *Vid.* artículos 265 CC y 52 LJv.

³⁶⁵ Aparte de que, tal como dice DE VERDA, «Resulta paradójico que, siendo la guarda de hecho una medida informal, el guardador se vea obligado a acudir a un Juzgado para que se le declare formalmente como tal», ya que ello supondría «una suerte de judicialización de la desjudicialización» pretendida por la Ley (2022, p. 104).

³⁶⁶ Medidas de apoyo que además, por hipótesis, no pueden ser de hecho sino judiciales: *vid.* la rúbrica del Capítulo, que es «*Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad*».

de control de la misma, sin que haya en esas normas nada que pueda valer al fin aquí pretendido³⁶⁷.

Otro tanto se puede decir del Decreto del Ministerio Fiscal, porque acreditar la existencia de concretas guardas de hecho no es misión propia de éste, sin perjuicio de que su constatación pueda resultar incidentalmente de su actuación. Esto es posible porque dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil que, cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de persona en situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, «pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria»³⁶⁸, de donde se deriva que si el Ministerio Fiscal, tras realizar las oportunas diligencias³⁶⁹, llega al convencimiento de que no resulta necesario interesar la constitución de medidas judiciales en ese sentido porque hay guarda de hecho suficiente, ello determinará que cierre el expediente con Decreto en que así lo establezca, en el que además quedará reflejada la existencia de la misma. Esto, por tanto, efectivamente es posible, pero sin perjuicio de ello hay que convenir en que se tratará aquí, de nuevo, de una constatación incidental en el marco de unas diligencias o de un expediente tramitados con finalidad distinta.

A la vista de lo cual tenemos que esos expedientes, y el Auto o el Decreto resultante de los mismos, no son medios adecuados para, con carácter general, constatar y acreditar la existencia de guardas de hecho³⁷⁰.

³⁶⁷ Capítulo IV –«*De la tutela, la curatela y la guarda de hecho*»–, Sección 3.^a –«*De la guarda de hecho*»–.

³⁶⁸ Artículo 762.1 LEC.

³⁶⁹ Esas actuaciones las realizará en el expediente informativo que tramite en orden a «facilitar el ejercicio de las... funciones que el Ordenamiento jurídico le atribuye», según dice el artículo 5.3 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. *Vid.* también los artículos 9 y 10 del Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal.

³⁷⁰ LEÑA (2006, p. 209) negó en su momento la viabilidad de estos medios considerando que, si el Juez o el Ministerio Fiscal tenían conocimiento de la posible existencia de persona con discapacidad, debían necesariamente promover el procedimiento de incapacitación –*ex artículos 228 y 204 CC en su redacción de entonces*–, lo que a su vez determinaba que la guarda de hecho dejara de operar. No era sin embargo así en aquel momento, ni lo es hoy. No lo era en aquel momento porque, según opinión que vino a ser dominante a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, nuestro Ordenamiento no imponía al Ministerio Fiscal interesar la incapacitación de esa persona si consideraba que la misma se encontraba suficientemente asistida por medio de guardador de hecho: *vid.* en este sentido el artículo 762.1 LEC, en su redacción inicial; la Circular 1/2000, de la Fiscalía General del Estado; y el artículo 303.1 CC, tras su modificación por la Ley 26/2015. El artículo 762.1 LEC decía así: «*Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación*». La Circular 1/2000, de la Fiscalía General del Estado, por su parte, decía (VII.2) que «(...) *La puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de*

El medio más propio para ello es el Acta de notoriedad. Pues las actas, según establece el artículo 144 del Reglamento notarial en términos generales, son instrumentos públicos que tienen como cometido propio la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario y que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como los juicios y calificaciones del Notario; precisando luego el artículo 209 de ese mismo Reglamento que 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*». Que es, precisamente, lo que aquí se pretende³⁷¹.

hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, realizada por cualquier otra persona conforme a lo previsto en el artículo 757.3, no obliga al Fiscal a interponer automáticamente la demanda de incapacitación, sino que deberá analizar las circunstancias del caso y en función de las mismas determinar si procede o no la interposición de la demanda. Esta conclusión queda confirmada a fortiori por el artículo 762.1, que dispone que el Fiscal, cuando la autoridad judicial haya puesto en su conocimiento la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, podrá promover la incapacitación “si lo estima procedente” (...). Y el artículo 303.1 CC, por su parte, establecía que «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. / Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores». Y no es así hoy tampoco, porque el mismo planteamiento que hemos expuesto en las líneas anteriores es el que sigue el artículo 757.2 LEC tras su reforma por la Ley 8/2021, ya que establece que «El Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso [de adopción de medidas judiciales de apoyo] si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa». La razón apuntada en su día por LEÑA, por tanto, no es la que determina la no-viabilidad de los referidos Auto o Decreto como medios generales de prueba de la guarda de hecho.

³⁷¹ Como único medio hábil en este sentido, considera LEÑA a las actas de notoriedad (2000, pp. 208-209). CABANAS TREJO, sin embargo, se muestra contrario a ello, considerando que eso supondría proporcionar al guardador un «título de legitimación» *ad extra y erga omnes*, algo que el Notario no puede proporcionar (en *notariosyregisradores.com* –III.1–). Las cosas, ahora bien, creemos que no son como las plantea CABANAS, porque, aunque efectivamente un acta de notoriedad no puede constituir un título formal que habilite al guardador para actuar siempre y sin más, ello no obsta para que esta acta pueda autorizarse y tener operatividad, en los términos que vemos en las páginas siguientes en el texto. La negativa de CABANAS, en realidad, viene determinada en buena medida por no reconocer debidamente a la guarda de hecho asistencial el valor que la Ley 8/2021 le da como medida de apoyo legal y estable, a la par que las medidas judiciales de apoyo –con cierta prevalencia sobre ellas, incluso–. Véase así que, a juicio de CABANAS, «la intervención del guardador [en las escrituras] sólo es relevante cuando realice una actuación representativa» (III.1; también X.4); en los demás casos, dice, «para el notario la situación [del guardador] no es muy distinta a la del asistente informal», al que considera un mero «facilitador» (III.1); al autorizar una escritura, añade CABANAS, «al notario no le corresponde cerciorarse de esa condición [de guardador asistencial], sin perjuicio de que pueda recoger la manifestación en tal sentido del acompañante... Pero en ningún caso el notario declarará el cargo, y menos por notoriedad; para el notario –dice– es una asistencia informal más...» (X.4), hasta tal punto

Esta acta, cuya instrucción puede ser requerida por el propio guardador³⁷², se ha dicho que debe contener prueba de las tres circunstancias siguientes³⁷³: *a)* existencia, en una persona, de discapacidad con entidad suficiente como para hacerle precisar apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, cuya comprobación requerirá la presencia ante el Notario de dos facultativos elegidos por él, especialistas en la materia, que dictaminen sobre el alcance de tal discapacidad; *b)* inexistencia de medidas de apoyo ya establecidas en relación con esa persona –medidas voluntarias o judiciales, hay que entender–, así como inexistencia de actuación iniciada con el propósito de constituirlas, para probar lo cual basta –se ha dicho– certificación negativa del Registro civil y declaración, por parte de la persona que inste el acta y de algunos familiares cercanos, de que tal actuación no se ha iniciado³⁷⁴; y *c)* existencia actual y prolongada en el tiempo de una actuación de cuidado y asistencia del discapacitado por parte de persona determinada, para cuya acreditación basta –se ha afirmado– con la declaración de dos testigos que así lo aseveren, aunque la comprobación puede ampliarse con

que «el notario podría... no aceptarla y prescindir de ella» (X.4). Pero no es así: la asistencia del guardador no es una actuación facilitadora cualquiera, sino la asistencia que presta quien está legalmente reconocido como medida de apoyo estable y a la par de las constituidas judicialmente, con todas las consecuencias que ello tiene. El propio CABANAS, de hecho, no obstante lo dicho admite luego que «nada se opone a que para [una] intervención concreta y para ese momento, el notario considere notoria la guarda de hecho, y así lo declare» (III.1). Y entonces cabe preguntarse: si puede constatar como notoria la existencia de guarda de hecho, ¿qué impide que, si se le pide, pueda recogerla en un acta? Otra cosa serán los términos y la operatividad de esta acta, que es lo que lleva a CABANAS a negar su posibilidad, pero eso no es razón suficiente para no admitirla, como resulta de las consideraciones que hacemos en las páginas siguientes en el texto.

En otro orden de cosas, apuntaba LEÑA en p. 209 que el Notario al que se pidiera tal acta de notoriedad no estaba obligado a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal ni del Juez la discapacidad de la persona concernida, al objeto de que iniciaran procedimiento de modificación de su capacidad de obrar. No lo está jurídicamente, decía, porque así se deduce del artículo 230 CC (en su redacción de entonces), ni tampoco moralmente, por razón del secreto profesional del Notario. Esto sin embargo no es hoy tan claro, a la vista del artículo 42.bis.a).3 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, que dispone que «*Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal...*». *Vid.* también los artículos 56.1, 57.3 y 62.3 de la Ley del Notariado, tras su reforma por la Ley 8/2021.

³⁷² Como persona interesada que es en el hecho, aseverando la certeza de éste bajo pena de falsedad en documento público. Aunque el guardador no es el único que puede requerirla: *vid.* artículo 209. Primero del Reglamento notarial.

³⁷³ LEÑA, 2000, pp. 208-212 –con términos referidos al sistema anterior, bajo cuyo imperio él escribe, pero adaptables sin dificultad al sistema actual–. Lo sigue FÁBREGA, 2006, pp. 20-23.

³⁷⁴ Se requiere esto, decía LEÑA (2000, p. 208), porque si esa actuación se hubiera iniciado podría existir administrador judicial, en cuyo caso no cabría guarda de hecho (aunque a continuación admitía que, si no se hubiera nombrado tal administrador, sí podría existir guarda, si bien circunscrita al aspecto patrimonial, porque en el aspecto personal la guarda la ejercería el Ministerio Fiscal ex artículo 299.bis CC, en su redacción de entonces).

la declaración de dos familiares, preferentemente de entre los más próximos a la persona con discapacidad.

Con respecto a esas circunstancias, ahora bien, hacemos por nuestra parte algunas observaciones.

Una es para apuntar que no convenimos nosotros en que para autorizar esa acta sea estrictamente necesario que el Notario requiera dictamen de dos facultativos especialistas que determinen la existencia y el alcance de la discapacidad de la persona en cuestión. Así nos parece, porque el objeto propio de esta acta no es acreditar la discapacidad de una persona sino comprobar y fijar la existencia de guarda de hecho ejercida por persona determinada en relación con aquélla. Esta, y no otra, es la función de esta acta, y por ello entendemos que, para autorizarla, el Notario no precisa contar con tales dictámenes sino que basta con que, empleando los medios de que habitualmente se sirve para valorar el juicio de una persona –su preparación, experiencia, sentido común, etc.–, aprecie que la persona en cuestión está aquejada de discapacidad³⁷⁵. Recuérdese que el juicio de «capacidad» o discernimiento es un juicio técnico-jurídico personal del Notario, no médico. Es más, nos parece que no es necesario siquiera que en esta acta el Notario se extienda en la exposición de la discapacidad de la persona concernida, porque su apreciación en ese sentido irá implícita si autoriza el acta afirmando como notoria la existencia de guarda de hecho en relación con aquélla³⁷⁶.

Tampoco convenimos con la segunda circunstancia cuya prueba se ha dicho se requiere para autorizar esta acta –inexistencia de medidas de apoyo formales ya establecidas, y no-iniciación de actuación encaminada a establecerlas–³⁷⁷. De un lado porque hoy,

³⁷⁵ El mismo LEÑA lo reconoce así acto seguido de haber afirmado la necesidad de dictamen de dos facultativos, ya que dice que «es lógico que el notario, al tener al discapacitado en su presencia a efectos de identificación, se cerciore de la existencia de discapacidad utilizando los medios de los que habitualmente se vale para enjuiciar la capacidad o, en su caso, la incapacidad de un testador o un contratante» (2000, p. 210), añadiendo que, si la presunción que nuestro sistema establece en relación con el juicio del Notario «es así respecto a la afirmación de capacidad, parece que también para el caso de apreciar la no existencia de capacidad plena deberá reconocérsele al notario una capacidad profesional» (p. 211). A la idea que hemos propugnado en el texto nos parece que se adscribe también –aunque no de modo explícito– el *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* de julio de 2023, que, al tratar de los elementos esenciales de la guarda a los que ha de atender el Notario al elaborar el acta, se refiere a «la discapacidad que requiere apoyo», sin más (p. 5).

³⁷⁶ En todo caso, si no obstante lo dicho el Notario requiere tales dictámenes –con base en lo dispuesto en el artículo 209. Segundo del Reglamento notarial–, éstos, como pruebas practicadas en razón de esa acta, deberán hacerse constar en ella (Artículo 209. Cuarto del Reglamento notarial).

³⁷⁷ El *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* de julio de 2023, por su parte, no menciona siquiera esta circunstancia (p. 5).

según resulta del artículo 263 CC, la existencia de medidas de apoyo voluntarias o judiciales no impide que exista guarda de hecho, si aquéllas no se están aplicando eficazmente: lo que en tal caso deberá procurarse por parte del Notario –esto sí– es una prueba particularmente rigurosa de que efectivamente existe guarda de hecho³⁷⁸. Y de otro lado porque, en caso de que se haya iniciado actuación encaminada a establecer medida formal de apoyo, ello en verdad no hace sino evidenciar que tal medida aún no existe –y no es seguro que llegue a existir–, por lo que nada obsta a la viabilidad de esta acta, cuyo objetivo es constatar una realidad actual³⁷⁹ (aunque esto no obstante hemos de reconocer que instar acta de notoriedad de la existencia de guarda de hecho cuando se ha solicitado el establecimiento de medida formal de apoyo, es hipótesis que en la realidad resultará extraordinariamente inusual, si es que alguna vez llega a darse).

Donde a nuestro entender se encuentra verdaderamente la médula de esta acta es en la última de las circunstancias apuntadas, esto es, en el hecho de que una persona, sin contar con designación voluntaria o judicial en ese sentido, venga desarrollando en el tiempo una labor de apoyo y asistencia a otra persona, ésta aquejada de discapacidad³⁸⁰.

Para la prueba de ello hemos visto se ha dicho que basta con la declaración de dos testigos que así lo aseveren, aunque añadiéndose que esta comprobación puede ampliarse con la declaración de dos familiares próximos. A lo cual no formulamos nosotros objeción, aunque sí destacamos que tal tarea de comprobación no se ve constreñida a esos medios, ya que el Notario puede emplear todos los que considere oportunos, tanto en cantidad como en calidad, en orden a cerciorarse de la existencia o no de guarda de hecho en relación con una persona³⁸¹. En este sentido cabe decir que estar la guarda en cuestión anotada en el Registro Civil puede constituir un indicio significativo de la realidad de la misma, pues aunque esa anotación no tenga valor probatorio, sí lo tiene informativo³⁸².

³⁷⁸ En este sentido creemos hay que entender a MARÍN CALERO cuando señala como requisito del acta de notoriedad que no haya medida de apoyo inscrita o, si la hay, que no se esté ejerciendo de manera eficaz (2022, p. 79).

³⁷⁹ No es óbice, para lo dicho, lo dispuesto en el artículo 209. Quinto del Reglamento notarial, que establece que «*la instrucción del acta se interrumpirá si se acreditaré al Notario haberse entablado demanda en juicio declarativo con respecto al hecho cuya notoriedad se pretenda establecer*». No lo es, porque tal demanda no estaría motivada por controversia sobre el hecho de la guarda.

³⁸⁰ Al hablar de los requisitos del acta de notoriedad que aquí estamos considerando, éste es el que en sentido más propio menciona MARÍN CALERO, 2022, p. 79.

³⁸¹ Artículo 209. Segundo del Reglamento notarial.

³⁸² Así lo apuntan también PALACIOS GONZÁLEZ, 2021, p. 423; y DE SALAS MURILLO, 2021, p. 979, aunque esta última considera además que esa anotación «puede jugar

También puede serlo que en un previo Auto resolutorio de expediente de jurisdicción voluntaria, o en un Decreto del Ministerio Fiscal, se haya dejado constancia de la existencia de guarda ejercida por tal persona, en los términos más arriba apuntados. Y además nos parece que por lo común resultará indispensable valorar también la manifestación que a este respecto haga la propia persona con discapacidad, pues aunque esa manifestación no acredite por sí sola la realidad de aquélla, sí es dato significativo a considerar en este sentido³⁸³.

El *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* de julio de 2023, por su parte, parece desdoblar esta prueba en dos: prueba del vínculo entre las partes, y prueba de la suficiencia y adecuación de la propia guarda³⁸⁴. Con lo cual estamos nosotros conformes, sin perjuicio de puntualizar que ese vínculo entre guardador y guardado, aunque normalmente –desde el punto de vista estadístico– será familiar, no tiene porqué serlo necesariamente. Si no es de carácter familiar, esto sí, apunta con razón el citado *Documento* que habrá que «elevar la diligencia en la verificación de su realidad», añadiendo que «dificilmente podrá admitirse cuando no pueda mostrarse una vinculación con el guardado que se extienda mínimamente en su trayectoria vital anterior», mientras que «cuando se trata de una guarda de hecho en el entorno familiar más próximo..., la acreditación vendrá facilitada directamente por su ejercicio inmediatamente anterior, que en la generalidad de estos supuestos será por sí mismo notorio». A nuestro juicio, ahora bien, la convivencia en el mismo domicilio o la relación de parentesco entre guardado y guardador no son por sí solas pruebas suficientes en este sentido³⁸⁵.

cierto papel como título de legitimación en el tráfico» –con esto último, sin embargo, no estamos nosotros de acuerdo–

³⁸³ Así lo afirma también el *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias* (pp. 10-12), sin perjuicio de que en él exista luego una mezcla confusa –con específica referencia al ámbito de la operativa bancaria– entre guarda de carácter asistencial y guarda de carácter representativo, así como de aquélla con una cierta especie de apoderamiento («autorización») que el guardado puede hacer en favor del guardador.

³⁸⁴ *Vid. p. 5* del citado *Documento interpretativo*.

³⁸⁵ *Vid. pp. 5-6* del citado *Documento interpretativo*. En concreto en su p. 5, dice a este respecto que «la guarda de hecho, además de ponerse de manifiesto... 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... 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». El Derecho foral de Aragón, por su parte, establece hoy en el artículo 169-13 de su Código que, además de por declaración de la Junta de parientes o por acta de notoriedad, «la guarda de hecho podrá acreditarse por cualesquiera medios de los admitidos en Derecho y, en particular, por haber ejercido la autoridad familiar sobre la

Sentado lo cual, quedan dos precisiones muy importantes por hacer.

Una para advertir que, puesto que la discapacidad y la necesidad de apoyo son situaciones diferentes para cada persona, para que esta acta sea medio acreditativo hábil no basta con recoger en ella la existencia de una guarda de hecho genérica ejercida por una persona en relación con otra³⁸⁶, sino que debe especificar en relación con qué actos o ámbitos se desarrolla esa labor de guarda³⁸⁷. De tal modo que los actos no incluidos en ella quedan fuera del ámbito de cobertura de la misma.

persona con discapacidad, por la convivencia en el mismo domicilio, la relación de parentesco dentro del cuarto grado o la condición de cónyuge o pareja estable no casada». A nuestro modo de ver, como ya hemos dicho, la mera convivencia en el domicilio, o la mera relación de parentesco dentro del cuarto grado, no deberían ser suficientes por sí solas a este respecto –en igual sentido, la SAP La Coruña (Secc. 4.^a) 24 de abril de 2023 (JUR 2023/285894)–.

³⁸⁶ En caso de ser varios los guardadores de hecho (v. gr., los padres de un hijo con discapacidad; dos, o más, o todos los hijos de un parente senil; varios hermanos de quien padece una cierta discapacidad psíquica, etc), el acta deberá constatar la realidad de esa labor en relación con todos y cada uno de ellos. ¿Cómo, ahora bien –cabe entonces preguntarse–, se procederá en tal caso? ¿Solidariamente, mancomunadamente, por mayoría? En la doctrina no se ha prestado gran atención a esta cuestión, aunque tampoco es desconocida (*vid.* RUIZ-RICO, 2022, p. 289; DE VERDA, 2022, p. 97; CARRASCO PERERA, en centrodeestudiosdeconsumo.com, junio de 2021, p. 15; y el *Documento interpretativo al Protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones bancarias*, julio de 2023, p. 11). La cuestión, sin duda, debió ser tratada por la ley. Pero, aunque no lo ha hecho, una respuesta plausible a la misma creemos que se puede alcanzar recordando cuál es la función propia del apoyo que estamos aquí considerando –procurar a una persona con discapacidad la asistencia precisa para que ésta pueda desarrollar su proceso de toma de decisiones en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad– y cayendo en la cuenta de que ésa no es una cuestión cuantitativa sino cualitativa. Pues, siendo así, nos parece cabe concluir que, aunque sean varias las personas que ejercen la guarda, como regla bastará que la asistencia haya sido prestada por una de ellas, siempre que efectivamente desempeñe esa función y lo haga además en relación con el asunto de que en el caso se trate. Es decir, que en caso de guarda de hecho plural, la actuación de los guardadores hay que considerar, al menos como regla, que será indistinta (solidaria) (así también RUIZ-RICO, 2022, p. 289; DE VERDA, 2022, p. 97). El *Documento interpretativo* citado, sin embargo, afirma en este punto (p. 11) que «la voluntad de la persona con discapacidad será el primer criterio a considerar... para resolver... la forma en que deberán conducirse los guardadores, si fueran varios, y, en defecto de ésta..., será aconsejable alcanzar acuerdos entre si en los que, o bien se establezca la delegación de la interlocución en uno de ellos, o bien se acuerde la actuación indistinta». A nuestro juicio, los apuntados por este Documento, más que criterios para resolver el funcionamiento de una guarda de hecho plural, son criterios para determinar *a priori* quién ejerce en tales casos la guarda, y en relación con qué actos. El Código de Derecho foral de Aragón, por su parte, establece actualmente (art. 169-11) que «los guardadores de hecho podrán actuar de manera conjunta o separada, según lo acordados», aunque añadiendo a continuación que «Respecto del tercero de buena fe, se presumirá que cada guardador actúa en el correcto ejercicio de sus funciones».

³⁸⁷ En sentido semejante, EGUSQUIZA, 2022, p. 1156. Con esto se rebate el temor de CABANAS TREJO, de que estas actas de notoriedad se conviertan en «títulos de legitimación» *ad extra* y *erga omnes* de alcance general, que es una de las razones que le llevan a rechazar el acta de notoriedad que aquí estamos viendo (*en notariosyregisistradores.com* –III.1). Conviniendo en este punto destacar, además, que con la autorización de esta acta no se causa perjuicio ninguno a la persona con discapacidad, pues el guardador, aunque tenga esa acta en sus manos, no puede actuar en el tráfico en representación de aquella persona, ya que se trata de guarda de carácter asistencial.

La otra precisión es para advertir que, puesto que la guarda, al igual que la discapacidad, es una realidad que puede cambiar con el paso del tiempo, el valor acreditativo del acta que estamos viendo se encuentra a su vez condicionado por él. En sentido estricto, en efecto, la operatividad de tal acta sólo puede referirse al preciso momento en que el Notario la autoriza³⁸⁸ (esto mismo vale para el Auto de jurisdicción voluntaria o el Decreto del Ministerio Fiscal en que se haya dejado constancia de la existencia de guarda, en los supuestos antes dichos). Procediendo con sentido realista, no obstante, cabe entender que su valor se mantendrá durante un cierto tiempo desde su fecha, aunque si, a pesar de que no haya transcurrido mucho, se suscita duda en la persona con quien la persona con discapacidad pretende realizar un acto o contrato, o en el Notario que va a autorizar la correspondiente escritura, puede requerirse nueva acta de notoriedad³⁸⁹. Lo que pone de manifiesto que esa acta será conveniente «actualizarla» periódicamente, tanto en relación con su vigencia como con su ámbito de operatividad –que puede también cambiar–³⁹⁰.

Lo expuesto en las páginas precedentes sintetiza la cuestión de cuáles son los medios hábiles para acreditar la existencia de guarda de hecho en nuestro Ordenamiento hoy, *de lege lata*. Especialmente a través de acta de notoriedad, la prueba de la misma no debería encontrar obstáculos, y no debería por tanto llevar a que en la práctica, por este motivo, se sustituya una guarda de hecho existente por una curatela. *De lege ferenda*, en todo caso, nos parece sería conveniente introducir un medio más fácil para ello³⁹¹.

1.3 Sobre cómo constatar y documentar el apoyo asistencial prestado por el guardador, cuando se da

Sentado lo anterior, nos ocupamos ahora de otras cuestiones de la operativa diaria del tráfico que es preciso considerar también: una, cómo constatar que la persona de apoyo ha prestado a la persona con discapacidad la asistencia que ésta precisa; otra, determinar si la

³⁸⁸ Pues la guarda puede cambiar o extinguirse al instante siguiente: *vid. el artículo 267 CC*. Así lo apunta también LECIÑENA, RDC 2022, p. 278.

³⁸⁹ Con esto se rebate otro de los temores que lleva a CABANAS TREJO (en *notarios-y-registradores.com* –III.1) a rechazar el acta de notoriedad que estamos viendo aquí.

³⁹⁰ Así lo apunta el *Documento interpretativo* cit., p. 6.

³⁹¹ Para lo cual sería interesante considerar la fórmula prevista en el Derecho aragonés (art. 169-13.3 de su Código), que considera también como medio para acreditar la existencia de guarda, la declaración de la declaración de la Junta de Parientes de la persona con discapacidad realizada dentro de los dos años anteriores. Aunque, naturalmente, admitir esto en Derecho civil común requeriría hacer además otros cambios.

asistencia de la persona de apoyo, cuando se dé, se ha de reflejar en el mismo documento en que se recoja el acto que la persona con discapacidad pretende realizar o en un documento separado; y otra, ver si esa asistencia se ha de documentar de modo simultáneo al acto que se celebra, o puede hacerse con anterioridad.

Para responder a esas cuestiones de forma ordenada hemos de empezar planteándonos cómo pueden la otra parte o el Notario tener conocimiento de que la persona de apoyo ha prestado a la persona con discapacidad la asistencia oportuna para desarrollar ésta su propio proceso de razonamiento sobre el acto, contrato o negocio de que se trate, en igualdad de condiciones que las demás personas. Pues bien, partiendo de la base de que la actuación de la persona de apoyo se desenvuelve propiamente, no en el momento preciso en que la persona con discapacidad declara su voluntad en orden a realizar un acto sino durante el proceso de formación de la misma –proceso que puede alargarse en el tiempo y estar jalónado por diversas actuaciones, unas de mayor relevancia y apreciabilidad que otras pero todas importantes al efecto dicho–, de ahí se deriva que en la práctica será casi imposible que la otra parte o el Notario tengan conocimiento directo de que la asistencia en cuestión ha sido proporcionada a la persona con discapacidad. Adviértase, además, que esa imposibilidad no se puede salvar con una «actuación» en ese sentido que la persona de apoyo realice con la persona con discapacidad en presencia de la otra parte o del Notario, ya que esto no sería sino un «teatro», ni tampoco se puede salvar con una declaración por parte de la persona con discapacidad o de la persona de apoyo, ya que éstas serían simples manifestaciones suyas, que no demostrarían la realidad del apoyo que dicen ha existido. La cuestión hay que resolverla por vía de presunción, esto es, considerando que la concurrencia de la persona de apoyo al acto que realiza la persona con discapacidad o al otorgamiento de la escritura en que se documenta ese acto permite presumir que aquélla ha proporcionado a ésta la asistencia oportuna. Esta presunción, aunque no está formulada en la ley de modo explícito, pensamos hay que entenderla implícita.

Sentado esto, se plantea entonces la cuestión de cómo documentar ese apoyo. Pues, aunque sin duda lo más importante es que el apoyo asistencial haya existido, su reflejo documental es también importante, para dejar constancia de ello a los oportunos efectos probatorios –de otro modo, en caso de discusión al respecto la carga de la prueba recaerá sobre aquel a quien interesa: la parte sin

discapacidad—³⁹². Conviene aquí recordar la idea, que ya quedó apuntada en su momento, de que los actos, contratos o negocios realizados por personas con discapacidad sin contar con el apoyo asistencial que precisan son impugnables, porque esta idea, leída a contrario, nos dice también que cuando esos actos, contrato o negocios han sido realizados por esas personas contando con tal apoyo no son impugnables sino firmes y definitivos desde que se realizan³⁹³: esto es así por cuanto el sistema actual reconoce a estas personas igual capacidad jurídica que a las demás, afirma que para actuar en la vida con igualdad real únicamente requieren tener neutralizada o compensada su discapacidad, y considera que esa neutralización o compensación se produce cuando la persona de apoyo la asiste en el proceso de formación de su voluntad. En razón de lo cual, la conveniencia de dejar constancia de que la persona con discapacidad ha contado con apoyo al realizar un acto resulta evidente. Pues bien, para lograr esa constancia bastará con reflejar en el documento de que se trate la concurrencia asertiva de la persona de apoyo, ya que a partir de ella surge la presunción antes dicha, que operará mientras no se vea desvirtuada —es una presunción *iuris tantum*—. Si esa presunción se desvirtúa, probándose que la asistencia efectivamente no se prestó, o que la que se prestó no fue en absoluto adecuada, el acto o contrato será anulable³⁹⁴.

Pero, siendo eso así, en caso de acto que se pretenda recoger en instrumento público surge la siguiente pregunta: ¿debe el Notario reflejar la asistencia prestada por la persona de apoyo —el guardador

³⁹² Afirmar esto no supone contradicción con lo dicho en su momento sobre la necesidad ni procedencia de la intervención de la persona de apoyo en orden a la realización de un acto por parte de persona con discapacidad pero con discernimiento, pues una cosa es intervenir en el acto en sentido propio, y otra intervenir en la escritura, instrumento o documento.

³⁹³ Así también DE SALAS MURILLO, en *Diario La Ley*, núm. 9841, Sección doctrina, 3 de mayo de 2021, p. 3 (antes de la Ley 8/2021, sin embargo, esta autora se manifestaba en sentido distinto: 2020, p. 2251); LECIÑENA, 2021, p. 659, nota 829; también en 2022, p. 277; PÉREZ GALLARDO, 2021, pp. 480-481. De este modo, el sistema finalmente resultante en la Ley 8/2021 conjura el peligro que CARRASCO PERERA denunciaba en relación con el Anteproyecto (2018, pp. 3-5); de hecho, así parece admitirlo más recientemente este mismo autor (2021, pp. 13-14). Se pronuncia en el sentido que hemos apuntado en el texto también MARÍN CALERO (2022, pp. 128-130 y 281), aunque pensamos que este autor se excede al considerar que tampoco son impugnables los actos realizados «por la persona con discapacidad cuando no tenga prescrito un régimen de apoyos obligatorios, con independencia de que actúe sola» (p. 130; también en pp. 140 y 285; en sentido semejante, MESSÍA DE LA CERDA, 2018, p. 503; y ALBERRUCHE, 2022, pp. 504-505).

³⁹⁴ Así creemos que lo sostiene también MARÍN CALERO, 2022, pp. 280-281. Para TENA ARREGUI, en caso de que el apoyo se haya prestado pero no sea suficiente, la respuesta jurídica es la nulidad del acto o contrato realizado (2022, pp. 41-43). A nuestro juicio, como ya hemos dicho en un momento anterior, el acto o contrato será anulable, no nulo. LECIÑENA, por su parte, considera que en caso de que la persona de apoyo no cumpla debidamente su función, eso sólo tendrá reflejo en la relación interna entre la persona de apoyo y la persona con discapacidad, sin permitir impugnar el acto o negocio realizado (2022, p. 277). Tampoco esto es correcto, a nuestro juicio.

de hecho, en nuestro caso— en la misma escritura o póliza en que documenta el acto o negocio que realiza la persona con discapacidad, o en un acta separada? A favor de recogerla en acta separada se ha aducido que el juicio que el Notario ha de hacer en tal escritura o póliza sobre la aptitud de las personas para ejercer su capacidad jurídica debe ser sintético, no descriptivo, ya que afecta a su intimidad³⁹⁵, y por ello que en caso de que un otorgante precise apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y haya contado con él esto se debe documentar en acta separada³⁹⁶. Tal planteamiento, sin embargo, no nos parece atendible, porque si no se refleja en el mismo instrumento eso conlleva que la otra parte no tenga conocimiento de él, posibilitando que la parte con discapacidad, ocultando esa acta a aquélla, pueda luego pretender impugnar lo hecho. Por eso, al realizar un acto con persona con discapacidad, para la otra parte es importante, no sólo saber que aquélla ha formado su voluntad contando con el apoyo preciso sino también que quede constancia de ello³⁹⁷. La prestación de asistencia por parte de la persona de apoyo, por tanto, aunque se haga de forma sintética creemos que debe recogerse en la misma escritura o póliza, lo cual permitirá, en su caso, acreditarla fácilmente.

Lo dicho, en todo caso, no es exclusivo de los actos que se realizan ante Notario y se instrumentan en documento público. La cuestión se plantea igual cuando el acto se recoge en documento privado, y se resuelve con un tratamiento sustancialmente semejante: el apoyo habido se reflejará en ese mismo documento, con la firma de la persona de apoyo —en nuestro caso, el guardador de hecho—³⁹⁸.

³⁹⁵ LECIÑENA, sin embargo, considera que el Notario debe hacer constar en la escritura «que el compareciente, según lo manifestado o comprobado, padece una discapacidad intelectual» (RDC 2022, p. 267). Sigue en esto a LORA-TAMAYO —en *El Notario del siglo XXI*, mayo-junio 2021, núm. 97, p. 43—, aunque este autor lo circunscribe al caso de que la persona con discapacidad comparezca ante el Notario sin tener medidas de apoyo.

³⁹⁶ Así lo Circular informativa 2/2021, de 1 de septiembre, de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, p. 4 —aunque propiamente en relación con «apoyos voluntarios»; en relación con testamentos, *vid.* p. 3—; también la Circular informativa 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, p. 4. En el mismo sentido, MARÍN CALERO, 2022, pp. 39 y 41.

³⁹⁷ Así lo apunta CABANAS TREJO, quien afirma que «la opción de no documentarlo [en la escritura] y limitarse a reflejar la conclusión final de que el otorgante es capaz para el acto o negocio es por completo rechazable..., ya que los contratos podrán ser anulados si se celebraron prescindiendo de aquellas medidas» (en *notariosyregisistradores.com* –1.2); también en II.3), II.4), X.6 y X.9—). Y no cabe pensar que el Notario, al tiempo de autorizar el otorgamiento de la escritura, haga saber a la parte no-discapaz que ha habido apoyo, pero de palabra y sin quedar reflejo de ello en aquélla.

³⁹⁸ Si en este caso no se cuenta con título formal que permita acreditar la condición de guardador, lo dicho dependerá de que aquél con quien la persona con discapacidad va a realizar el acto, contrato o negocio, conozca al guardador con quien ésta concurre al acto.

¿En qué momento procede documentar la asistencia de la persona de apoyo? El asunto merece cierta atención, pues aunque en la realidad esa documentación se hará prácticamente siempre de forma simultánea al acto que se realice –en el mismo documento en que se recoja éste, tal como acabamos de ver–, cabe no obstante preguntarse si podría documentarse también en un momento anterior.

En un plano puramente teórico la respuesta a esa pregunta ha de ser que, puesto que la asistencia de la persona de apoyo se presta realmente antes de fijar y declarar ésta su voluntad de realizar el acto de que se trate, su reflejo documental –en documento privado o en acta notarial– ha de ser posible también en ese momento³⁹⁹.

En la práctica, sin embargo, esa respuesta requiere matización muy importante, pues, dado que no se puede documentar una asistencia abstracta sino concreta, ello exigirá que en el documento en que se recoja anticipadamente la asistencia prestada se determine de forma plena, o al menos suficiente, el acto en relación con el cual se ha prestado, y esto no será fácil ni común. No lo será, de un lado porque, si las partes tienen bien determinado el acto que quieren realizar, lo habitual será que lo realicen ya efectivamente, no que documenten el apoyo recibido por la parte con discapacidad para formar su voluntad al respecto pero dejando su realización para un momento posterior; y de otro lado porque, si postponen el acto y cuando llega el momento de realización efectiva del mismo se han producido cambios en la situación personal o patrimonial de la persona con discapacidad, o se pretende introducir alguna modificación en el acto proyectado, habrá entonces que considerar que el apoyo prestado en su día no es el adecuado, y habrá que volverlo a prestar⁴⁰⁰.

1.4 Sobre la calificación de los títulos que se presentan al Registro de la Propiedad, y los medios a emplear para ello por el Registrador

Pasamos ahora a ocuparnos de los actos realizados por personas con discapacidad que precisan de apoyo asistencial, desde el punto de vista de su acceso al Registro de la Propiedad. ¿Cómo discurren

³⁹⁹ Si se quiere documentar notarialmente de modo anticipado, deberá recogerse en acta, por no tratarse de una declaración de voluntad de la persona de apoyo, y menos aún una declaración de voluntad negocial (*vid.* el artículo 17.1 de la Ley del Notariado). PÉREZ GALLARDO, sin embargo, la califica como «declaración de voluntad» (2021, pp. 477 y 480).

⁴⁰⁰ Salvo que la modificación o el cambio sean mínimos e insustanciales, pero esto, si se discute, habrá de ser resuelto ante los tribunales.

las cosas, cuando el contrato o negocio es un acto dispositivo de bienes inmuebles y éste se pretende inscribir en el Registro?

El precepto fundamental para responder a esta cuestión es el artículo 18 LH, que trata de la calificación registral, esto es de la tarea que los Registradores han de realizar en orden a verificar si los títulos que les son presentados cumplen o no con los requisitos de validez y eficacia necesarios para poder proceder a su inscripción –requisitos que se justifican porque, cuando los derechos resultantes de tales títulos se publican en el Registro, el Ordenamiento establece una serie de ventajas importantes para los titulares de los mismos⁴⁰¹, así como también importantes efectos para los terceros⁴⁰²–. Pues bien, prescribe ese precepto que *«los Registradores calificarán... la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro»*. Se distinguen en él dos planos: ámbito de la calificación, uno; y medios para llevarla a cabo, otro.

Por cuanto hace al primero –ámbito de la calificación–, son tres las cuestiones que comprende: legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, capacidad de los otorgantes, y validez de los actos que se presentan al Registro. De ellas, en este punto nos interesan la segunda y la tercera. Decimos que también la tercera porque, aunque bajo el imperio del sistema anterior, que distingüía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, el asunto que aquí estamos viendo se llevaba naturalmente al terreno de la capacidad de los otorgantes, en el sistema actual, que ha eliminado la noción de capacidad de obrar y que no permite exclusiones ni limitaciones a la capacidad jurídica (en el nuevo entendimiento de la misma), puede pensarse que encaja mejor en el terreno de la validez de tales actos⁴⁰³. Lo cual ciertamente era planteable también en el sistema anterior –porque la falta de capacidad de obrar afectaba a la validez del acto realizado–, aunque entonces resultaba más natural referirla a la segunda cuestión apuntada, por ser la que estaba más específicamente dedicada a ello. Hoy sin embargo la situación es distinta, y por ello se puede pensar que resulta más atinado llevar el asunto al terreno de la validez del acto. No nos empeñamos nosotros, en todo caso, en este punto: a nuestro modo de ver, tanto cabe llevarla a la segunda como a la tercera cuestión referidas, pues, sea cual sea

⁴⁰¹ Principalmente la presunción de exactitud y la acción real registral.

⁴⁰² En especial la inoponibilidad de lo no inscrito y la fe pública registral.

⁴⁰³ Así parece entenderlo también DE SALAS MURILLO, 2021, p. 956.

la opción que se prefiera, a efectos prácticos no supone diferencia ninguna. Lo importante es tener claro que el Registrador, al calificar, debe seguir prestando atención a este asunto. Pues bien, sobre la base de lo dicho tenemos entonces que ningún obstáculo habrá para que el acto dispositivo realizado por persona con discapacidad acceda al Registro cuando lo haya realizado contando con el apoyo asistencial que precisa, pero que cuando se haya realizado sin contar con él la respuesta será la contraria, porque aunque, como ya vimos, la falta de apoyo no impide su realización, sí lo hace impugnable, y los actos que no son plenamente válidos no pueden acceder al Registro. Es así porque, en razón de las ventajas y efectos particulares que la inscripción lleva aparejados, para acceder un acto al Registro se requiere que éste no adolezca de defectos de validez. El acto realizado por persona con discapacidad sin contar con el apoyo asistencial oportuno, por tanto, no se puede inscribir⁴⁰⁴, sino que el Registrador debe suspender su inscripción –no denegarla, porque ese defecto se puede subsanar⁴⁰⁵–. Afirmación, ésta, que no resulta incompatible con el hecho de que el acto en cuestión se haya documentado en escritura pública, pues ocurre simplemente que aquí hay que distinguir el plano civil-sustantivo del plano civil-registral, y que si bien en el primero no hay impedimento para que la persona con discapacidad pueda realizar ante Notario un acto sin apoyo –acto que además tendrá eficacia mientras no se impugne en tiempo y forma–, en el segundo no puede decirse lo mismo de su inscripción⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ GARCÍA RUIZ DE HUIDOBRO –aunque este autor hace referencia sólo a medidas de apoyo voluntario o judicial– (2021, pp. 522-523) y DE SALAS MURILLO, 2021, p. 956.

⁴⁰⁵ GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, 2022, pp. 1374-1375 y 1380-1381. Esa subsanación se producirá si la parte con discapacidad confirma el acto realizado contando, al confirmar, con la asistencia de la correspondiente medida de apoyo, o si lo confirma habiendo desaparecido la discapacidad.

⁴⁰⁶ Así GÓMEZ GÁLLIGO, 2021, pp. 495-497 –sin perjuicio de que en esas páginas se contengan algunas afirmaciones que no compartimos–. En sentido contrario a lo dicho se muestra sin embargo LORA-TAMAYO, quien entiende que el acto realizado por persona con discapacidad sin el apoyo oportuno, aun siendo anulable, debe tener acceso al Registro (2021, pp. 263-264). Las razones que aduce para ello son las siguientes: *a*) que la escritura presentada al Registro se ha autorizado porque el Notario ha estimado que la persona otorgante tiene capacidad suficiente para ello, lo que significa que la medida de apoyo no era precisa en ese caso; *b*) que la ley concede legitimación para impugnar los actos realizados por persona con discapacidad sólo a tal persona y, en caso especial, a la persona de apoyo, siendo así que si el Registrador no accediera a la inscripción de tal acto eso supone que los estaría sustituyendo en ese sentido; *c*) que negar la inscripción supone convertir la existencia de medidas de apoyo en prohibiciones de contratar para las personas con discapacidad, lo que es contrario al principio de no privar de derechos a éstas; *d*) que, dado que la persona con discapacidad puede prescindir voluntariamente de las medidas de apoyo que tiene, el Registrador no le puede imponer su utilización por la vía de denegar la inscripción del acto realizado. No convenimos nosotros, sin embargo, con este planteamiento. Empezando por la razón señalada con la letra *a*), porque parte de una premisa que no nos parece válida: que el Notario sólo autorizará escritura si la persona que comparece ante él sin apoyo no tiene discapacidad en relación con el acto de que se trate en el

Pasamos ahora al segundo de los planos apuntados: los medios a emplear por el Registrador para la calificación. A este respecto nos encontramos con que el artículo 18 LH establece, en términos generales, que el Registrador calificará atendiendo a «*lo que resulte de [las escrituras presentadas] y de los asientos del Registro*». Pero, ¿cómo lo hará en nuestro caso concreto, esto es cuando se trata de acto realizado por persona con discapacidad cuya medida de apoyo existe de hecho pero no está establecida formalmente?

De entrada tenemos que, si de la propia escritura resulta que el acto se ha realizado por persona con discapacidad sin contar con apoyo –porque el Notario, según vimos, habrá autorizado esa escritura si las partes así lo han querido no obstante la advertencia que les haya formulado, pero haciendo constar en ella tal circunstancia–, no se planteará dificultad en orden a su calificación: al Registrador le bastaría incluso con atender sólo a la escritura, pues de ella misma se deriva la impugnabilidad del acto, procediendo en consecuencia a suspender la inscripción y extender nota expresando la causa de ello⁴⁰⁷.

Pero, ¿y si de la escritura no resulta nada en ese sentido porque, aun teniendo discapacidad uno de los otorgantes, el Notario no lo advirtió y el guardador no concurrió al otorgamiento? Desde luego, el artículo 18 LH establece que la calificación ha de hacerse atendiendo también a lo que resulte de los asientos del Registro. Lo que ocurre es que en este caso eso no es de tanta ayuda como a primera vista podría parecer, porque, aunque es cierto que si una medida de

momento de otorgamiento de aquélla, y por tanto que, si la ha autorizado, es porque en ese momento esa persona no tenía discapacidad relevante a ese efecto. A nuestro entender, tal como ya hemos dicho en momento anterior, no es así: el Notario, si la persona con discapacidad tiene discernimiento suficiente para entender el acto o contrato de que se trate, debe autorizar la escritura aunque no concurra la persona de apoyo, pero eso no supone que aquélla no precise apoyo para neutralizar su discapacidad y así poder proceder en igualdad de condiciones que las demás personas: el acto realizado, por tanto, es anulable, y, siéndolo, no debe inscribirse. Y, por cuanto hace a las razones apuntadas sub *b*), *c*) y *d*), no nos parecen atendibles porque el Registrador, al no acceder a inscribir, no está sustituyendo a la persona con discapacidad o a la persona de apoyo a efecto semejante al de impugnar el acto realizado, ni está prohibiendo contratar a la persona con discapacidad, ni le está imponiendo contra su voluntad la utilización de una medida de apoyo que no quiere emplear, sino que simplemente está impidiendo el acceso de tales actos al Registro: debe tenerse presente aquí lo dicho antes sobre la necesidad de distinguir entre el plano civil sustantivo y el plano registral: el acto no se puede inscribir ni puede alcanzar las ventajas y efectos del Registro, pero sí se puede realizar, y en el plano estrictamente civil surtirá los efectos que le sean propios.

⁴⁰⁷ En este punto, afirma GÓMEZ GÁLLIGO que «si a la persona con discapacidad se le ha nombrado (*sic*) un guardador de hecho sin funciones representativas como medida informal de apoyo..., su no intervención en el acto o negocio jurídico cuya inscripción se pretende no será causa de suspensión o denegación» (2021, p. 496). Se trata, sin embargo, de unas palabras que creemos condicionadas por su idea de que la guarda de hecho asistencial –no representativa– es una medida cuya existencia no constará al Registrador.

apoyo se ha inscrito en el Registro de la Propiedad⁴⁰⁸ el Registrador puede y debe calificar la escritura que se le presente atendiendo, además de a ella, a lo que resulte de los asientos de ese Libro –y a lo que resulte del Índice central informatizado⁴⁰⁹–, ocurre que eso no es predictable del caso concreto de guarda, ya que ésta, al ser una medida de apoyo de hecho, no tiene acceso al Registro de la Propiedad⁴¹⁰. ¿Supone ello que en este caso el Registrador ha de calificar atendiendo sólo a lo que resulte de la escritura? Si es así, la consecuencia es que la «capacidad de filtrado» de la calificación registral se verá menguada, con consiguiente afectación negativa a la seguridad del tráfico. ¿Puede hacerse algo para que no sea así? Para que no ocurra de ese modo sólo cabe plantear que el Registrador obtenga información en tal sentido del Registro Civil *ex artículo 84 de la Ley reguladora de éste*, que tras su reforma por la Ley 8/2021 establece que «*los funcionarios públicos* [entre los cuales están comprendidos los Registradores] podrán acceder a los datos especialmente protegidos del apartado 1.b) del artículo 83 [entre ellos, las medidas de apoyo a personas con discapacidad existentes] cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar

⁴⁰⁸ Hoy sólo en el Libro sobre administración y disposición de bienes. Hoy la toma de razón de las resoluciones que establezcan tales medidas no se hace también, como se hacía antes de la Ley 8/2021, en el Libro de inscripciones –i.e., en los asientos correspondientes a los bienes sobre los que las personas tengan derecho–, sino sólo en el Libro sobre administración y disposición de bienes (arts. 2.4.^º y 242.bis LH). Aunque hay aquí que tener presente también que hoy, tras la Ley 8/2021, la comunicación al Registro de la Propiedad de las resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo sólo se hará por parte del Secretario judicial «*a petición de la persona en favor de la cual el apoyo se ha constituido*» (art. 755 LEC, tras su reforma por la Ley 8/2021), lo que supone que en muchos casos –la mayoría, seguramente– tal comunicación no se producirá, y en consecuencia que los libros del Registro de la Propiedad no proporcionarán información en este sentido al Registrador.

⁴⁰⁹ Este Índice, que está a cargo del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes muebles de España, se nutre con la información que desde todos los Registros de la Propiedad existentes se le remite diariamente sobre los asientos practicados en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles de cada uno de ellos, entre los cuales están los atinentes a medidas de apoyo a personas con discapacidad (art. 242.bis LH, introducido por la Ley 8/2021). Y a ese Índice tienen acceso directo todos los Registradores, lo que supone que, al tiempo de calificar cualquier título que se les presente, pueden conocer la existencia de medidas de apoyo establecidas en relación con las personas otorgantes del mismo que hayan accedido a un Registro de la Propiedad cualquiera de España, aunque las mismas no se hayan inscrito en el Registro propio.

⁴¹⁰ Sólo lo tienen las medidas de apoyo formales. Las judiciales, sin duda: *vid.* los artículos 2.4.^º LH y 755 LEC. Pero no únicamente las establecidas en procedimiento contencioso –que es el procedimiento regulado propiamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que remite el artículo 2.4.^º LH–, sino también, como apunta DE SALAS MURILLO, las establecidas en procedimiento de jurisdicción voluntaria tramitado a tal efecto, por ser éste paso previo a aquél (2021, pp. 937 y 945-947; en el mismo sentido se pronuncia DOMÍNGUEZ LUELMO, 2021, pp. 1111-1113). En relación con las medidas de apoyo voluntarias, en cambio, la cuestión no es pacífica: DE SALAS MURILLO considera que quedan excluidas de ese Registro, de tal modo que sólo se pueden inscribir en el Registro Civil (*op. et loc. cit.*); DOMÍNGUEZ LUELMO (2021, pp. 1114-1117) y GARCÍA RUIZ DE HIDOBRO (2021, p. 517, nota 2), por el contrario, consideran que sí tienen acceso a él.

la existencia o el contenido de medidas de apoyo». Pero, ¿qué supone esto en nuestro caso? Para responder, conviene considerar la cuestión en un doble plano.

El primero es éste: ¿tienen los Registradores de la Propiedad deber de consultar el Registro Civil en orden a realizar su labor de calificación? Con base en los artículos 18 LH y 84 LEC puede pensarse que sí, pues, como hemos visto, el primero de ellos establece que es función suya calificar la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos que se pretendan inscribir, al tiempo que el segundo posibilita expresamente a los funcionarios públicos acceder a esos datos del Registro Civil cuando los mismos resulten necesarios para el ejercicio de su función⁴¹¹. Personalmente, sin embargo, no entendemos sea así mientras los Registradores no tengan acceso directo al Registro Civil –cosa que está prevista pero que todavía no es posible–, pareciéndonos que la consulta al mismo hoy por hoy no es para ellos un deber sino una posibilidad⁴¹² –de la que harán uso cuando por alguna razón lo consideren necesario, oportuno o conveniente⁴¹³, aunque esto no será fácil que ocurra cuando se trata de guarda de hecho, ya que tal razón no resultará de la escritura presentada, ni del Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles del Registro de la Propiedad de que se trate, ni del Índice central informatizado–.

El segundo plano, que parte de suponer que la consulta al Registro Civil por parte del Registrador de la Propiedad se realiza efectivamente, nos lleva a considerar que en caso de guarda de hecho nos encontraremos con cuatro situaciones posibles.

Una se produce cuando existe guarda de hecho, la misma no está anotada en el Registro Civil, la persona con discapacidad comparece al otorgamiento de escritura sin ir acompañada del

⁴¹¹ En este sentido, si bien es razonable entender que al redactarse el artículo 18 LH el legislador pensaba propiamente en el Registro de la Propiedad, no puede tampoco obviarse que la redacción de ese precepto es del año 1946, y por tanto que resulta plausible considerar que el mismo ha de ser hoy entendido a la luz de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley del Registro Civil obra de la Ley 8/2021, de modo que esa referencia al Registro queda ampliada, comprendiendo ahora también el Registro Civil. Así parece considerarlo DE SALAS MURILLO, pues, aunque no lo dice explícitamente, en este tema insiste en varias ocasiones en que el Registrador tiene acceso al Registro Civil (2021, pp. 937 y 943-944); en contra de tal idea se manifiesta sin embargo GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, quien circunscribe la calificación registral a lo que resulte de los libros del Registro de la Propiedad (además de, naturalmente, la escritura presentada) (2022, p. 1374).

⁴¹² Es frecuente en este punto ver afirmado que los Registradores de la Propiedad harán tal consulta al Registro Civil cuando éste se digitalice y sea factible acceder a él directamente, por vía telemática –afirmación, ésta, que se puede apoyar en la letra del artículo 8.2 de la Ley del Registro Civil–. Ese acceso directo, sin embargo, no es todavía factible.

⁴¹³ Esta consulta se articula hoy mediante solicitud dirigida al Registro Civil, a la que éste contesta proporcionando al Registrador de la Propiedad la información solicitada.

guardador, y el Notario no advierte su discapacidad. En este supuesto, ahora bien, la cuestión discurre con facilidad desde el punto de vista de la operativa práctica: el Notario, por su parte, autorizará la escritura sin más, y el Registrador, por la suya, la calificará positivamente y la inscribirá, ya que no tendrá elemento ninguno que le lleve a hacerlo de otro modo –repárese en que el Registrador no tendrá en su presencia a la persona con discapacidad que ha otorgado la escritura, lo que excluye que pueda advertir personalmente esa circunstancia–. Lo cual no obsta, naturalmente, para que si el acto en cuestión se impugna luego por haberse realizado sin el apoyo preciso, el hecho de haberse inscrito no lo convalide *ex artículo 33 LH*.

Otra situación tiene lugar cuando existe guarda de hecho y, aunque su existencia no está anotada en el Registro Civil, el guardador concurre con la persona con discapacidad al otorgamiento de la escritura, de tal modo que el Notario, tras constatar la realidad de esa guarda y su adecuación al acto pretendido⁴¹⁴, autoriza la escritura reflejando en ella la concurrencia asertiva del guardador. En este caso el Registrador calificará ateniéndose igualmente a lo que resulta de la escritura, ya que no existen otros elementos que pueda considerar a ese efecto, y, dado que en esa escritura el Notario ha recogido que el otorgante es persona con discapacidad pero que al otorgamiento de la misma ha concurrido quien de hecho ejerce su guarda de carácter asistencial, el Registrador deberá en consecuencia calificar positivamente la escritura presentada y practicar la inscripción solicitada.

La tercera situación acontece cuando existe guarda de hecho, está anotada en el Registro Civil, el guardador concurre al otorgamiento junto con la persona con discapacidad y el Notario lo refleja así en la escritura. En este caso no se plantea tampoco dificultad para la calificación y subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad, si lo recogido en la escritura se corresponde con el contenido de la anotación existente en el Registro Civil.

Finalmente la cuarta situación, que se da cuando lo recogido en la escritura por el Notario no se corresponde con lo que resulta de la anotación existente en el Registro Civil, lo que puede deberse, bien a que la guarda de hecho existe y está anotada en el Registro Civil pero el guardador no concurre al otorgamiento de la escritura, bien a que el Notario recoge en la escritura la concurrencia al acto del guardador y la correspondencia del apoyo que efectivamente presta con el acto en cuestión –esto es, que ese acto entra dentro del ámbito en que aquella guarda opera–, pero el

⁴¹⁴ En los términos vistos en su momento en el trabajo.

alcance con que la guarda figura anotada en el Registro Civil no se corresponde con el concreto acto realizado. Estos supuestos son los que realmente plantean dificultad desde la perspectiva que ahora estamos viendo: ¿qué debe hacer el Registrador de la Propiedad, cuando advierte que lo recogido en la escritura no se corresponde con lo que resulta del Registro Civil? ¿Debe calificar positivamente el título que se le presenta y proceder a su inscripción, o no? La respuesta pasa por advertir que la toma de razón en el Registro Civil de la existencia de guarda de hecho no se practica en asiento de inscripción sino de anotación, que es asiento que no tiene valor probatorio sino meramente informativo⁴¹⁵ y cuyo contenido no se presume exacto, pues ello determina que lo que resulte de la escritura presentada debe prevalecer sobre lo que figure en el Registro Civil, ya que la guarda de hecho anotada puede no existir ya, o haber cambiado su alcance. El Registrador, por tanto, al calificar, debe atender prevalentemente a lo que resulte de la escritura.

Sentado todo lo cual, recapitulamos lo dicho en los términos siguientes: que, en caso de acto realizado por persona con discapacidad cuya medida de apoyo sea un guardador de hecho, al Registrador, para calificar, le basta con atender a la escritura que se le haya presentado, porque, esté o no anotada esa guarda en el Registro Civil, su consulta no le proporciona dato relevante seguro ninguno en ese sentido: es así, si la guarda de hecho no está anotada, por hipótesis; si lo está y el acto realizado y documentado en escritura pública es concorde con el alcance de la guarda reflejada en ese asiento, por resultar superfluo; y si lo está y lo reflejado en la escritura no concuerda con lo recogido en el Registro Civil, porque éste no se presume exacto, de modo que lo recogido en la escritura ha de prevalecer.

2. EN CASO DE APOYO REPRESENTATIVO

2.1 **Sobre la realización de actos o negocios por parte del guardador en representación de la persona guardada, y su documentación**

En este caso quien interviene y realiza el acto –en representación de la persona con discapacidad– es la persona de apoyo, en nuestro caso el guardador, por lo que la atención del Notario autorizante –cuando se pretenda la documentación del mismo en

⁴¹⁵ Artículo 40 de la Ley del Registro Civil.

escritura pública– o de la otra parte del acto –si no se quiere escritura pública– ha de centrarse principalmente en él. A tal efecto, ahora bien, conviene distinguir según se trate de actos para cuya realización se requiere autorización judicial –que es la regla en tema de guarda–, o por el contrario no se requiere –excepción a esa regla–.

En el primer caso la cuestión es clara: procederá presentar, a la otra parte o al Notario, testimonio del Auto judicial en que se haya concedido autorización para actuar en representación y realizar ese acto, porque ese Auto, además de para acreditar tal autorización sirve también para acreditar la condición de guardador del compareciente: es así porque, como ya vimos en su momento, en la tramitación del expediente que está en la base del mismo tiene el Juez que comprobar, como paso previo a la autorización, la realidad de la guarda, la identidad del guardador y el alcance de la función que desempeña, y así lo habrá reflejado en ese Auto⁴¹⁶. El Notario o la otra parte no tendrán pues, en este caso, que hacer comprobación ulterior ninguna a ese respecto, sino sólo valorar la suficiencia para ese acto de la representación conferida y reseñar en la escritura o en el documento lo relativo a la guarda y a la autorización recogidas en el Auto⁴¹⁷. Si no se presenta la oportuna autorización judicial el Notario no autorizará el otorgamiento de la escritura, o lo hará pero quedando la eficacia de la misma supeditada a su obtención.

Esto dicho, se plantea entonces la siguiente pregunta: ¿deben el Notario o la otra parte, en orden a autorizar la escritura o a realizar el acto de que se trate, requerir la presencia de la persona con discapacidad en cuyo nombre va a actuar el guardador? Dijimos en su momento que el criterio primero por el que en nuestro Ordenamiento actual hay que guiarse en caso de medidas de apoyo de carácter representativo es el del interés objetivo de la persona con discapacidad, pero que eso no obstante deben también tenerse en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de ésta, o su trayectoria vital, creencias y valores. Pues bien, siendo así parece lógico entender que el nuevo sistema pide contar con la presencia de la persona con discapacidad al tiempo de realizar el acto siempre que sea posible –lo cual en la práctica puede entenderse de forma más o menos amplia–, para así poder tener mejor en cuenta su voluntad, deseos, preferencias, trayectoria vital,

⁴¹⁶ Así DE SALAS MURILLO, 2021, p. 980; y MARÍN CALERO, 2022, pp. 58, 88 y 231.

⁴¹⁷ CABANAS TREJO, en *notariosyregisistradores.com* –VI.2.; PÉREZ GALLARDO, 2021, pp. 487-488 (con referencia al caso de curatela, pero aplicable al de guarda de hecho por analogía).

creencias y valores⁴¹⁸ –en la medida en que ello sea razonable y conciliable, claro está, con lo dispuesto en la autorización judicial–. Lo cual ciertamente puede complicar mucho el asunto, pero es lo que requiere el sistema actual.

En el segundo caso –actos para cuya realización no se exige autorización judicial– la cuestión es más compleja. Es verdad que se trata de actos de importancia menor y que generalmente no se documentan, pero eso no obstante requieren atención. Pues bien, tenemos aquí que para su realización y eventual documentación se precisa lo siguiente. Primero, el Notario –si el acto se quiere recoger en escritura pública, cosa inusual pero posible– o la otra parte –si no es así– han de verificar que la persona en cuyo nombre se pretende realizar el acto no cuenta con discernimiento suficiente en ese sentido –esto es, que no tiene capacidad natural de entender y querer–, para lo cual habrán de tener en su presencia a la persona en cuestión: recuérdese que en nuestro sistema actual esta situación es considerada excepcional, y que además en la guarda de hecho, a diferencia de lo que ocurre en la curatela, no hay resolución judicial previa que determine los actos en que la persona de apoyo ha de asumir la representación de la persona con discapacidad⁴¹⁹. En segundo lugar han de verificar que la persona que concurre para realizar el acto en representación de la persona con discapacidad es efectivamente su guardador de hecho, así como que el acto en cuestión entra en su «campo de actuación»: esto se hará con los medios más arriba vistos, fundamentalmente con acta de notoriedad⁴²⁰. En tercer lugar, han de comprobar que el acto de que se trata no es de los que requieren autorización judicial –lo cual puede en ocasiones implicar cierta dosis de discrecionalidad (aunque la Jurisprudencia, con el tiempo, irá perfilando la cuestión)–. Y, por último, han de indagar si la persona discapaz se manifiesta abiertamente en contra de la realización de ese acto, pues si es así y se trata de una oposición razonable, el acto no debería realizarse. Hecho todo lo cual, tanto en la escritura que se otorgue –cuando tal sea el caso– como en el documento privado que se haga –cuando se haya optado por éste– convendrá reseñar el documento acreditativo de la guarda y reflejar los demás aspectos apuntados.

⁴¹⁸ En este sentido, MARÍN CALERO considera que el acto en cuestión no deberá autorizarse o celebrarse cuando esta persona se manifieste abiertamente contraria a ello (2022, pp. 57 y 232).

⁴¹⁹ *Vid.* artículo 269 CC. El juicio que el Notario haga a este respecto en caso de guarda es susceptible de impugnación, naturalmente, pero en principio contará con una presunción legal a su favor.

⁴²⁰ Así también MARÍN CALERO, 2022, p. 58.

2.2 Sobre la calificación de los actos realizados por el guardador representativo, cuando se pretenden inscribir en el Registro de la Propiedad

Aquí la cosa es fácil si el acto que se trata de inscribir se ha documentado en escritura pública, pues en ella el Notario habrá reflejado la condición de guardador representativo del otorgante y, en su caso, la correspondiente autorización o aprobación judicial. Resultando entonces que el Registrador tendrá simplemente que calificar, además de lo común, la correspondencia entre el acto efectivamente realizado y el autorizado o aprobado por el Juez, lo que hará atendiendo a lo que resulte de la escritura presentada y de los libros del Registro de la Propiedad⁴²¹.

Menos clara resulta la cuestión si se trata de acto con relevancia jurídico-real cuya realización no requiere autorización judicial y que la ley permite inscribir mediante documento privado ratificado por la persona interesada ante el Registrador –*v. gr.*, la cancelación de usufructo a instancia del nudo propietario, por muerte del usufructuario (art. 193 RH)–. ¿Puede esto hacerlo el guardador de hecho representativo? La dificultad deriva de que para ello se requiere que el Registrador verifique la legitimación en ese sentido de quien comparece ante él, pero esta dificultad pensamos se puede salvar si ante el Registrador comparecen el guardador de hecho – provisto de título formal que acredite su condición de tal– y la persona con discapacidad, esta última a fin de que el Registrador verifique su efectiva falta de juicio para entender y querer el acto que se pretende realizar, así como que no se manifiesta justificadamente en contra de la realización de ese acto. En la actualidad, ahora bien, esta hipótesis resulta excepcional, ya que el párrafo tercero del artículo 264 CC requiere para ello que se trate de actos de «escasa relevancia económica», y los actos relativos a inmuebles difícilmente admiten tal valoración.

VI. LAS SALVAGUARDAS O MEDIDAS DE CONTROL DE LA GUARDA DE HECHO

Llegados a este punto, quedan por analizar las salvaguardas o medidas de control contempladas por la ley en relación con la guarda de hecho. Salvaguardas que no resultan incompatibles con

⁴²¹ Nótese que el Auto de autorización o aprobación del acto, con la verificación de la condición de guardador que va implícita en él, no se inscribe en el Registro Civil.

la naturaleza fáctica de esta figura, pues una cosa es que su existencia y funcionamiento se produzcan en buena medida por vía de hecho, y otra que se mantenga enteramente al margen de control jurídico. Esto último no tiene porqué ser así, ni es así hoy en España: es más, si así fuera, el reconocimiento de la guarda de hecho como figura regular de apoyo a las personas con discapacidad no se atendría a lo exigido por la Convención de Nueva York, ya que ésta prescribe –artículo 12.4– que «*los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas*»⁴²². Y la procedencia de tales salvaguardas es fácil de entender: toda obra humana –y la jurídica lo es– precisa mecanismos que procuren su buen funcionamiento y supervisen que, al aplicarse, se acomoda a la idea con que se diseñó, y que en caso de no ser así permitan su corrección.

Para llevar a cabo este análisis, conviene acometer una doble tarea. Una, determinar cuál es el objetivo propio de esas salvaguardas o medidas de control. Otra, precisar cómo se articulan esas salvaguardas en nuestro Ordenamiento: no se olvide que lo dispuesto en este sentido en la Convención de Nueva York es un mandato principal, que cada Estado debe concretar.

Por cuanto hace a la primera de esas tareas, tenemos que la doctrina española mayoritaria, apoyándose en lo dispuesto en la citada Convención –que el Preámbulo (I) de la Ley 8/2021 transcribe literalmente– y en lo dicho por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en su Observación general núm. 1, considera que el objetivo propio de las salvaguardas o medidas de control es «asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona [con discapacidad]», o asegurar el respeto de «la mejor interpretación posible de su voluntad y sus

⁴²² Así se reconoce desde antes de la Ley 8/2021: *vid.*, entre otros, FÁBREGA, 2006, p. 35; LECIÑENA, 2015, p. 34, nota 29; DE SALAS MURILLO, en *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, mayo 2018, p. 100; DÍAZ PARDO, 2022, pp. 327-328. En este punto nos parece que en ocasiones no se han interpretado bien las palabras de PAU PEDRÓN cuando dice que «la nueva regulación de la guarda de hecho cambia el enfoque: su esencia no debe quedar caracterizada por el control (...) la esencia de la guarda de hecho debe ser la libre actuación del guardador» (RDC. 2018, vol. V, núm. 3, pp. 19-20). No se han interpretado bien, porque este autor no se pronuncia en contra de la existencia de medidas de control en caso de guarda sino que simplemente advierte –él escribe en 2018, cuando la actual regulación en tema de personas con discapacidad estaba empezando a tramitarse– contra la judicialización total o excesiva de esta figura. Pero una cosa es eso, y otra excluir radicalmente las medidas de control y la intervención judicial. Esto no es lo que plantea PAU. Prueba de ello es que a continuación de lo anterior escribe que «la esencia de la guarda de hecho debe ser la libre actuación del guardador, salvo que se requiera autorización judicial para realizar actos jurídicos representativos, [en cuyo caso] deberá obtener la autorización correspondiente, pero sin que pueda exigirse la incoación de un procedimiento general de provisión de apoyos»; y que, aunque «su esencia no debe quedar caracterizada por el control», «siempre cabrá la posibilidad de control si no se ejercita adecuadamente».

preferencias»⁴²³. Y es que, se añade, la Convención de Nueva York ha impuesto a los Estados el establecimiento de salvaguardas «con el fin de asegurar que las medidas de apoyo no suponen el regreso por la puerta de atrás a los sistemas sustitutivos de la capacidad de obrar que se quieren expulsar del nuevo sistema»⁴²⁴.

No pudiendo rechazarse frontalmente tal planteamiento, a nuestro entender, sin embargo, requiere algunas matizaciones. Por lo siguiente.

Por cuanto hace a la primera de las dos consideraciones en que tal planteamiento se cifra –que el objetivo propio de las salvaguardas es asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, o de la mejor interpretación posible de su voluntad y preferencias–, porque, si la misma se toma estrictamente, con ella se desemboca en una configuración de las salvaguardas excesivamente cerrada, centrada en una sola de sus varias posibles manifestaciones a costa de omitir o dejar en un segundo plano otras⁴²⁵. Y es que ése no es el objetivo único de las salvaguardas. Nótese que tanto la Convención de Nueva York como el Preámbulo de la Ley 8/2021 desenvuelven su regulación diciendo que las salvaguardas han de buscar «*impedir los abusos [de las personas con discapacidad]*» así como asegurar el respeto a «*los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*», «*que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida*», «*que [las medidas de apoyo] sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona*», «*que se apliquen en el plazo más corto posible*», y «*que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*»⁴²⁶. Aquél no es, pues, sino uno de esos objetivos, importante sin duda, pero no el único.

⁴²³ GARCÍA RUBIO, 2017, p. 11. En el mismo sentido, ANDRÉU MARTÍNEZ, 2018, p. 535; LECIÑENA, 2021, p. 671; GARCÍA RUBIO TORRES COSTAS, 2022, p. 218; NIETO ALONSO, 2022, pp. 311-312.

⁴²⁴ GARCÍA RUBIO, 2017, p. 11.

⁴²⁵ Esto creemos que viene propiciado, en cierta medida, por la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, que como es sabido presenta un contenido más radical que la Convención. *Vid.*, en este sentido, el número 20 de esa Observación, que dice que «*el objetivo principal de esas salvaguardas debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona [con discapacidad]*».

⁴²⁶ Artículo 12.4 de la Convención: «*Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias*

Y, por cuanto hace a la segunda consideración –que las salvaguardas se establecen con el fin de asegurar que las medidas de apoyo no suponen el regreso por la puerta deatrás a los sistemas sustitutivos de la capacidad de obrar–, porque ese fin hay que entender ya lo ha tenido presente y efectuado nuestro legislador al diseñar un sistema que con carácter general dispone unos apoyos a las personas con discapacidad de función meramente asistencial, lo que significa que, sin perjuicio de proporcionarles asistencia para que puedan formar su voluntad en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad, en todo caso reconoce a aquéllas, y en exclusiva, la iniciativa y la decisión para realizar actos y negocios jurídicos, no teniendo la persona de apoyo conferida por la ley representación para actuar en su nombre. Esto supone, por tanto, que esas medidas de apoyo, si se desenvuelven con arreglo a lo previsto en la ley, ya aseguran un sistema distinto del anterior, por lo que carece entonces de sentido que el legislador disponga salvaguardas para evitar la vuelta al mismo⁴²⁷.

Las afirmaciones de la doctrina antes referidas nos parece por ello que se deben matizar, en el sentido de entender que la finalidad propia de las salvaguardas no es sólo asegurar el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad sino, más en general, controlar que las medidas de apoyo –la guarda de hecho, en nuestro caso–, al aplicarse a la realidad, se ajustan a los principios que inspiran la actual regulación y al régimen concreto que el legislador ha establecido para ellas. «Las medidas de control –se ha escrito en este sentido con referencia particular a nuestro caso– son el sistema para supervisar si la persona con discapacidad está bien atendida en el ámbito del ejercicio de su capacidad jurídica por parte de su guardador de hecho. Es decir –se añade–, controlar si la medida de apoyo es suficiente, es adecuada y está bien ejercitada»⁴²⁸. Idea, ésta, que además se ajusta a lo que a este respecto, aunque hablando de las medidas de apoyo en general, se apunta tanto en la Convención de Nueva York –en su artículo 12.4–

serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

⁴²⁷ Siempre, claro está, que los casos de apoyo representativo se den realmente en nuestro Derecho de forma excepcional, pero esto es otra cosa. Por nuestra parte, ya hemos dicho en algún momento anterior que no estamos convencidos de que las personas que precisen «apoyo representativo» sean tan excepcionales como se quiere.

⁴²⁸ FERRER VANRELL, 2022, p. 611. Una postura intermedia, entre la mayoritaria antes expuesta y ésta, es quizá la de CASTRO-GIRONA, quien dice que las salvaguardas tienen una doble vertiente: por un lado, positiva, para garantizar el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad; y por otro lado negativa, para evitar abusos mediante mecanismos de control, estableciendo un régimen adecuado de control de los actos de las personas encargadas del apoyo o asistencia en el ejercicio de la capacidad (2016, p. 40).

como en el Preámbulo de la Ley 8/2021 –núm. I–: obsérvese que ambos, al referirse a la finalidad de las salvaguardas, mencionan en primer lugar *«impedir los abusos [de las personas con discapacidad], de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos»*.

Esto dicho, pasamos entonces a la segunda de las tareas apuntadas: ¿cómo se articula en nuestro Ordenamiento esa finalidad? Las medidas a través de las cuales se hace son numerosas y de índole diversa, por lo que, para facilitar su exposición, las estructuraremos atendiendo al criterio de si se trata de salvaguardas legales o judiciales⁴²⁹.

1. SALVAGUARDAS LEGALES

Hablamos de salvaguardas legales para referirnos a las que vienen dispuestas directamente por la ley, que por tanto son imperativas y están operativas siempre. Estas salvaguardas son las siguientes –un cierto número de ellas las tomamos de las dispuestas propiamente en relación con la curatela, procediendo por analogía o interpretación extensiva–:

- Prohibición de desempeñar guarda de hecho a quien en virtud de relación contractual preste servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa apoyo (art. 250, párrafo último, CC).
- Prohibición de ser guardador a quien ha sido excluido en tal sentido por la persona con discapacidad; a quien por resolución judicial está privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda y protección (total o parcialmente); a quien ha sido legalmente removido de una tutela, curatela o guarda anterior; a quien ha sido condenado por delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la labor de apoyo; a quien tiene conflicto de intereses –permanente, o muy frecuente– con la persona que precisa apoyo⁴³⁰; al administrador que ha sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación de procedimiento concursal; y a quien le sea imputable la declaración

⁴²⁹ También pueden considerarse otros criterios –por ejemplo, si la persona de apoyo cuya actuación se busca controlar desempeña función asistencial o representativa, o si las salvaguardas en cuestión se aplican *a priori* o *a posteriori*–, pero para nuestro propósito ahora nos parece mejor el criterio que hemos elegido.

⁴³⁰ Este conflicto de intereses debe ser permanente o muy frecuente, pues de otro modo se resuelve con el nombramiento puntual de defensor judicial y no impide que aquella persona sea guardador.

como culpable de un concurso, salvo que la labor de apoyo lo sea solamente de la persona (art. 275 CC⁴³¹).

– Prohibición, al guardador, de recibir liberalidades de la persona guardada o de sus causahabientes mientras esté llevando a cabo su gestión (salvo regalos de costumbre o bienes de escaso valor)⁴³²; de prestar apoyo en relación con un acto, cuando en él intervenga también el guardador en nombre propio o de tercero y exista conflicto de intereses; y de adquirir por título oneroso bienes de la persona guardada, o transmitirle bienes por igual título (art. 251 CC)⁴³³. Esta última prohibición la reitera el artículo 1459.1.º CC en relación con el guardador que desempeña función representativa, prohibiéndole adquirir por compra, tanto por sí como por persona intermedia, bienes de la persona con discapacidad guardada, aunque sea en subasta pública o judicial⁴³⁴.

– Ineficacia de la disposición testamentaria hecha por la persona guardada a favor del guardador representativo, salvo que lo haya sido después de la extinción de esa guarda⁴³⁵ o que el guardador sea pariente con derecho a suceder *ab intestato* (art. 753, párrafos primero y cuarto, CC)⁴³⁶.

– Exigencia de autorización judicial para actuar el guardador en representación de la persona con discapacidad guardada, salvo en los casos exceptuados legalmente en ese sentido (arts. 264 y 287 CC).

⁴³¹ RUIZ-RICO, sin embargo, considera que lo dispuesto en este precepto no es trasladable bajo ningún concepto a la guarda de hecho (2022, p. 302). Sobre ese artículo, *vid.* AMMERMAN YEBRA, 2022, pp. 387-393, y MUNAR BERNAT, 2023, pp. 1900-1906.

⁴³² El artículo 251 CC dice «*mientras no se apruebe definitivamente su gestión*», pero esto, que tiene sentido en caso de curatela o defensor judicial –pues éstos han de rendir cuentas de su gestión obligatoriamente–, no lo tiene tanto en caso de guarda de hecho, en el que sólo habrá rendición de cuentas si el Juez lo exige. Por eso creemos que la norma debe adaptarse, en el sentido dicho.

⁴³³ STS 23 de enero de 2023 (RJ 2023/2350). Sobre ese precepto, *vid.* GARCÍA RUBIO, 2022, pp. 239-244; *Id.* 2023, pp. 1692-1698.

⁴³⁴ Sobre este precepto, *vid.* MARTÍN PÉREZ, 2022, pp. 709-713, e INFANTE RUIZ, 2023 pp. 6628-6635 (este último autor extiende la aplicación de esta norma a las personas de apoyo no representativo).

⁴³⁵ En razón del propósito de la norma y de los intereses en juego, esta previsión debe referirse a la extinción de la guarda desempeñada por la concreta persona a cuyo favor se ha hecho la disposición testamentaria, no a la extinción en términos absolutos de la guarda de tal persona con discapacidad, como sin embargo el artículo 753, párrafo primero, del Código civil parece decir.

⁴³⁶ Sobre este precepto, *vid.* MESA MARRERO (2022, pp. 539-544), aunque esta autora, procediendo con criterio estrictamente literal, considera que esta norma es aplicable sólo al tutor y al curador representativo, no al guardador de hecho representativo (p. 542). Por nuestra parte, no convenimos con esta autora en este punto, pues la identidad de razón que hay en ambos casos nos parece justifica la analogía o la aplicación extensiva de la norma.

– Exigencia de aprobación judicial para la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el guardador representativo (art. 289 CC, por analogía).

Las expuestas son las salvaguardas legales aplicables a la guarda de hecho en nuestro Ordenamiento. ¿Cuál es la sanción que procede en caso de infracción de las mismas? Para responder a esto conviene distinguir casos, por la heterogeneidad de los mismos.

En este sentido tenemos, en primer lugar, las prohibiciones de desempeñar guarda establecidas en los artículos 250 y 275 CC, que se justifican porque en tales supuestos hay peligro de captación de voluntad u otras razones que hacen plausible pensar que esa persona no desempeñará el apoyo adecuadamente. Pues bien, en este caso la sanción es que los actos realizados serán impugnables. Si el apoyo prestado ha sido de carácter asistencial, mediante acción de anulabilidad, pues hay que considerar que en verdad el acto se ha realizado sin apoyo, ya que el proporcionado por quien legalmente tiene prohibido hacerlo no puede ser considerado jurídicamente como tal⁴³⁷. Si el apoyo ha sido de carácter representativo, en cambio, la infracción se traducirá en aplicar al acto en cuestión el tratamiento previsto en el artículo 1259 CC para los realizados en nombre de otro por quien no tiene conferida su representación, ni voluntaria ni legalmente⁴³⁸. Y además, en ambos casos, se podrá instar la remoción de esa persona del desempeño de la función de guardador⁴³⁹.

En segundo lugar las prohibiciones establecidas en los artículos 251 y 1459.1.º CC, en relación con los cuales se discute el concreto régimen de invalidez de los actos realizados infringiéndolas, habiendo quienes propugnan su nulidad radical –en base a que son actos *contra legem*: artículo 6.3 CC⁴⁴⁰– y quienes sostienen su anulabilidad –en razón de la índole privada de los intereses en juego–⁴⁴¹. A nuestro parecer, la postura más adecuada es la segunda.

⁴³⁷ Anulabilidad, según dijimos en su momento –*supra* III.3.– es el tratamiento que nuestro Ordenamiento actual dispensa a tales actos de *lege lata*, aunque también dijimos que, de *lege ferenda*, debería a nuestro juicio en este caso disponerse su rescindibilidad.

⁴³⁸ Aunque este supuesto será poco probable que se dé en la práctica, porque el Juez, al advertir esas circunstancias durante la tramitación del expediente para conceder la necesaria autorización –como ya hemos visto, la autorización judicial es como regla necesaria–, no la concederá, lo que hace muy difícil que el acto en cuestión pueda producirse. Y los actos que pueden realizarse sin autorización judicial, como sabemos, son muy pocos, y además de muy escasa importancia.

⁴³⁹ Lo que conllevará el nombramiento de otra persona como apoyo, normalmente un curador.

⁴⁴⁰ CARRASCO PERERA, 2022, p. 254.

⁴⁴¹ Al respecto, *vid.* MARTÍN PÉREZ, 2022, pp. 712-713; GARCÍA RUBIO, 2022, pp. 240; Id.: 2023, p. 1693; INFANTE RUIZ, 2023, p. 6634.

En tercer lugar el caso de disposición testamentaria hecha por la persona guardada a favor de su guardador representativo, cuya sanción, tal como el propio artículo 753 CC establece, es la ineeficacia de la misma. Lo que puede tener como consecuencia la entrada en juego de una sustitución vulgar, del derecho de acrecer o de la sucesión intestada con respecto a tal disposición, según las circunstancias del caso.

Y finalmente la exigencia de autorización o aprobación judicial para la realización de actos por el guardador en representación de la persona con discapacidad, en los que la sanción aplicable a los que se realicen sin contar con ella, como vimos en su momento, es su anulabilidad.

2. SALVAGUARDAS JUDICIALES

Hablamos de salvaguardas judiciales para hacer referencia a aquellas que, aunque tienen base legal, para su existencia y operatividad efectiva requieren ser dispuestas por un Juez en cada caso –son potestativas suyas– a través de expediente de jurisdicción voluntaria. En principio pueden adoptarse de oficio⁴⁴², pero por lo común, en razón de la naturaleza fáctica de la guarda, el Juez precisará que alguien –el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad o quien tenga interés legítimo: artículo 52, números 1 y 2, LJV– le dé traslado de la existencia de aquélla (cosa que normalmente ocurrirá sólo cuando tales personas adviertan actuaciones del guardador que estimen sospechosas, negligentes, irregulares o indebidas⁴⁴³). Una vez acaecido ese traslado –siguen diciendo esos números del artículo 52 LJV–, podrá el Juez adoptar medidas al respecto previa comparecencia de la persona guardada, del guardador y del Ministerio Fiscal, si bien hay que entender que puede además solicitar informe pericial y citar a cuantas otras personas considere necesario oír –pues, aunque literalmente referido a la concesión de autorización judicial en los casos en que ésta es exigida por la ley, así se establece en el número 3 de ese mismo precepto–.

⁴⁴² Artículo 265, párrafo primero, CC.

⁴⁴³ Así lo apuntaban, ya antes de la Ley 8/2021, SANCHO GARGALLO, 2000, p. 235; y PÉREZ MONGE, 2016, pp. 1356-1357. Con respecto a las actuaciones irregulares o indebidas, la Observación general núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su apartado 22 destaca especialmente que «*aunque todas las personas pueden ser objeto de influencia indebida, este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones*», añadiendo que «*se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación...*».

Estas salvaguardas judiciales son las siguientes.

De entrada, dispone el artículo 249, párrafo cuarto, CC, que el Juez puede dictar las medidas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de la guarda de hecho se ajusta a los principios y criterios de la ley, y en particular que atiende a la voluntad, deseos y preferencias de la persona guardada. Con respecto a estas medidas, a las que tanta referencia se hace por la generalidad de la doctrina, hay que apuntar aquí que su importancia real en la práctica se ve sin embargo relativizada por cuanto su establecimiento no es imperativo sino que depende de la decisión potestativa de un Juez. Lo que se explica porque, tal como ya se ha dicho, para que las cosas sean como se quiere que sean ya ha dispuesto el legislador un sistema de apoyos de carácter fundamentalmente asistencial, que por su propia configuración da validez y preeminencia a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Esto es lo que hace que no sea indispensable que un Juez provea medidas en ese sentido⁴⁴⁴.

La mencionada en ese párrafo del artículo 249 CC, en todo caso, es una salvaguarda judicial prevista con carácter general para todas las medidas de apoyo. Si tratamos de concretar las salvaguardas judiciales aplicables a la guarda de hecho, nos encontramos con las siguientes:

– Requerir el Juez al guardador, en cualquier momento, y tanto de oficio como a solicitud del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, informe de la situación personal y patrimonial en que se encuentra la persona con discapacidad guardada, y de su actuación al respecto (arts. 265, párrafo primero, CC, y 52.1 LJV)⁴⁴⁵. Este es, precisamente, el contexto en que nos parece encuentra más sentido la Disposición Adicional única de la Ley 1/2009, cuyo número 3 establece que «... *el guardador de hecho estará[n] legitimado[s] para solicitar y obtener de los organismos públicos la información*

⁴⁴⁴ Esto hace también que no resulte descabellado entender que esta disposición particular del párrafo último del artículo 249 CC, aunque se puede mantener sin problema –«más vale que sobre que no que falte»–, en realidad no es sino un *topos* que nuestro legislador, tan imbuido de los postulados sociológicos del momento, emplea de forma continua, y en ocasiones de forma innecesaria o sin demasiado tino. Esa previsión normativa o salvaguarda, por tanto, hay que tomarla con cierta soltura.

⁴⁴⁵ Medida enteramente semejante a ésa se contemplaba, bajo el imperio del sistema anterior, en el artículo 303.1 CC, en su redacción de entonces. Sobre este precepto, *vid.* LETE, 1985, pp. 489-490; ROGEL, 1991, p. 865; MARTÍNEZ DÍE, 1999, pp. 199-200; FÁBREGA, 2006, pp. 35-36 y 38-39 –quien indicaba que entre esas medidas podían estar el examen médico y la exploración judicial de la persona con discapacidad, la solicitud de informes sociales, extractos de cuentas corrientes, certificaciones registrales, informes de peritos contables, etc.–; PÉREZ MONGE, 2016, p. 1355; LESCANO, 2017, pp. 76-77.

*jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones»*⁴⁴⁶.

– Establecer en cualquier momento, y tanto de oficio como a solicitud del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, las salvaguardas o medidas de control y vigilancia que estime necesarias en relación con la actuación del guardador (art. 265, párrafo primero, CC, y art. 52.2 LJV)⁴⁴⁷. Entre las cuales están las siguientes: exigir al guardador que presente inventario de los bienes de la persona guardada (art. 285 CC, por analogía)⁴⁴⁸; exigirle, cuando actúe con carácter representativo, que deposite en establecimiento destinado al efecto el dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que el Letrado de la Administración de Justicia estime no deben quedar en poder del guardador (art. 285 CC, por analogía); y exigirle, cuando concurran razones excepcionales que lo hagan necesario, que preste fianza para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones (art. 284 CC, por analogía).

– Exigir al guardador, en cualquier momento –*i.e.*, tanto durante el desempeño de su labor de apoyo como al término de la misma–, que rinda cuentas de su actuación (art. 265, párrafo segundo, CC).

– Nombrar defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan (art. 264, párrafo cuarto, CC), en particular cuando en relación con un acto exista conflicto de intereses entre el guardador y la persona guardada, aunque también puede ser por otras causas.

– Remover de la guarda a quien durante el desempeño de la misma incurra en causa legal de inhabilidad –las del artículo 275 CC–, o se conduzca mal en ella por incumplimiento de los

⁴⁴⁶ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. Sobre esa Disposición Adicional y su interpretación, *vid.* RIVERA ALVAREZ, 2010, pp. 997 ss.; LECIÑENA, 2015, pp. 86-89; LESCANO, 2017, pp. 137-139.

⁴⁴⁷ Medida enteramente semejante se establecía, bajo el imperio del sistema anterior, en el artículo 303.1 CC, en su redacción de entonces. Sobre ello, *vid.* MORENO QUESADA, RDP 1985, pp. 326-328; BERCOVITZ, 1986, p. 789; ROGEL, 1991, pp. 865-866; MARTÍNEZ DÍE, 1999, pp. 200-201; SANCHO GARGALLO, 2000, pp. 235-236; FÁBREGA, 2006, pp. 35-36; JIMÉNEZ MUÑOZ, 2010, p. 630; BERROCAL LANZAROT, RCDI 2010, pp. 2865-2866; PARRA LUCÁN, 2014, p. 2490; LESCANO, 2017, pp. 77-81.

⁴⁴⁸ En relación con el inventario, establece el artículo 285 CC que el curador representativo tiene obligación de hacerlo, de lo cual se deriva, en una lectura *a contrario*, que en caso de curador asistencial –hipótesis que, como sabemos, es la regla en el actual sistema–, sólo será obligatorio cuando el Juez lo exija. En caso de guardador, ahora bien, sólo tendrá éste tal obligación cuando el Juez se lo exija, sea cual sea la función –asistencial o representativa– que desempeñe: esto es connatural a la naturaleza fáctica de esta medida de apoyo.

deberes propios de la misma o por ineptitud notoria en su ejercicio, o cuando surjan problemas de convivencia graves y continuados con la persona guardada (art. 278 CC, por analogía)⁴⁴⁹. Todo lo cual llevará aparejado, como regla, el nombramiento de medida de apoyo judicial, esto es, de curador.

– Extinguir la guarda de hecho, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, cuando así lo considere conveniente (art. 267.4.º CC).

Estas son las medidas judiciales que pueden darse en nuestro Ordenamiento en caso de guarda de hecho, y su infracción constituirá incumplimiento de un mandato establecido por un Juez, que se sancionará aplicando las consecuencias que en cada caso fije la ley.

* * *

Llegados aquí, han quedado vistas todas las salvaguardas o medidas de control aplicables a la guarda de hecho en nuestro Ordenamiento. Las cuales, consideradas de modo global, configuran un conjunto que cumple claramente con las prescripciones de la Convención de Nueva York y de nuestra Ley 8/2021, de impedir abusos de las personas con discapacidad, de asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de éstas, y de procurar que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida.

Pero no sólo eso, sino que esas salvaguardas cumplen también con el objetivo de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona, aplicarse en el plazo más corto posible, y estar sujetas a exámenes periódicos por parte de órgano judicial competente, independiente e imparcial. Y es que, aunque evidentemente esas prescripciones están pensadas más propiamente para medidas de apoyo establecidas formalmente, se cumplen también en la guarda de hecho. Pues, que la guarda sea proporcional y adaptada a las circunstancias de cada persona es algo inherente a la propia configuración de la figura y del sistema. Que se aplique en el plazo más breve posible encuentra también respaldo en la propia

⁴⁴⁹ Sobre el artículo 278 CC, *vid. AMMERMAN YEBRA*, 2022, pp. 403-406. El artículo 275.3 del Código civil, literalmente tomado, establece que el Juez no podrá nombrar curador –salvo que concurran circunstancias excepcionales debidamente motivadas– a quien haya sido condenado por delito que haga suponer fundadamente que no la desempeñará bien; tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo; sea administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación de procedimiento concursal; o le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la guarda lo sea solamente de la persona. En caso de guarda, aunque no hay nombramiento, cabe no obstante dar relevancia a tales situaciones considerándolas causas de remoción del guardador en quien concurran, cuando de hecho ya esté desempeñando esa función –salvo que el Juez estime que en el caso hay circunstancias excepcionales que lo justifiquen–. En cuanto al procedimiento a seguir para la remoción, *vid.* los artículos 43 y 49 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

ley, ya que ésta establece que la guarda se extingue cuando la persona guardada solicita que el apoyo se organice de otro modo, cuando desaparecen las causas que la han motivado, y además cuando la autoridad judicial así lo considera conveniente. Y que esté sometida a exámenes periódicos se cumple en la medida en que el Juez competente, como hemos visto, puede establecer los que considere oportunos en ese sentido –aunque aquí hay que advertir también que las medidas judiciales de control que se establezcan en caso de guarda de hecho no debe pretenderse sean de carácter generalizado y constante, pues ello resulta inconciliable con la esencia de esta figura y denota además un recelo hacia la misma que no procede: recuérdese que hoy la guarda de hecho es una medida de apoyo que cuenta con respaldo legal⁴⁵⁰–.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes: «La eficacia de los contratos celebrados por las personas protegidas», en *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. Pereña Vicente), edit. Dykinson, Madrid 2018, pp. 379-395.
- «El régimen de ineeficacia en nuestro Ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente y Heras Hernández), edit. Tirant lo blanch, Valencia 2022, pp. 497-520.
- AFONSO RODRÍGUEZ, Elvira: «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», en *Actualidad Civil*, 1995-2, núm. 17/24, 30 abril 1995, sección Doctrina (XVII), pp. 317-331.
- ALEGRET BURGUÉS, María Eugenia: «La protección de las personas vulnerables desde el punto de vista judicial», en *La protección de las personas vulnerables (Academia Notarial Europea. Jornadas CAE de la UINL)* (coord. Carrión), edit. Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, pp. 45-54.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE, José Antonio: «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *Revista Derecho privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 11-66.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero), vol. III, Edit. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2021, pp. 831-1073.
- «Límite a la restitución debida por persona con discapacidad (antes de la reforma), tras la nulidad contractual. Comentario a la STS de 21 de marzo de 2023 (RJ 2023/2350)», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 123, septiembre-diciembre 2023, pp. 221-230.

⁴⁵⁰ Así lo advierten LECIÑENA, 2021, p. 670; DÍAZ PARDO, 2022, pp. 328-329; y NIETO ALONSO, 2022, p. 315. En sentido semejante, aunque de modo excesivo, también SOLÉ RESINA, 2021, p. 386.

- AMMERMAN YEBRA, Julia: *ad artículos 275 y 278*, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 387-393 y 403-406.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, edit. Reus, Madrid 2019.
- ANDRÉU MARTÍNEZ, María Belén: «La protección de las personas mayores diez años después de la entrada en vigor de la convención de la ONU de protección de las personas con discapacidad: del procedimiento de modificación de la capacidad al modelo de apoyos», en *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2018, pp. 527-552.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *PROPIUESTA DE CÓDIGO CIVIL*, Madrid 2018.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Validez o invalidez de los contratos celebrados por personas de edad avanzada con deficiencias cognitivas, a la luz de la Ley 8/2021», en *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas mayores vulnerables por razón de edad* (dir. Leciñena Ibarra), edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 137-156.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *ad artículo 306*, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. Amorós-Bercovitz), edit. Tecnos, Madrid 1986, pp. 784-794.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Aproximación a la institución de la guarda de hecho», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, núm. 722, pp. 2844-2874.
- BOTELLO HERMOSA, Pedro: «La Ley Orgánica 1/2015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro Ordenamiento jurídico», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 615-638.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial», en <https://www.notariosyregisradores.com>.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad», en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com> (publicación 12 de octubre de 2018) pp. 1-5.
- «Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores», en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com> (publicación 30 de junio de 2021), pp. 1-16.
- «Contratación por discapacitados con y sin apoyos», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. Álvarez Lata), edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 239-275.
- CARRIÓN, Pedro: *Jornada de la CAE celebrada en Barcelona, en la sede del Ilustre Colegio notarial de Cataluña, el 20 de noviembre de 2915, bajo el título La protección de las personas vulnerables*, en *La protección de las personas vulnerables (Academia Notarial Europea. Jornadas CAE de la UINL)* (coord. Carrión), edit. Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, pp. 55-61.
- CERRADA MORENO, Manuel: *Incapacitación y procesos sobre capacidad de las personas*, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena: «Función social del notariado en la defensa de los más vulnerables», en *La protección de las personas vulnerables (Academia Notarial Europea. Jornadas CAE de la UINL)* (coord. Carrión), edit. Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, pp. 33-44.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho civil: en especial, el papel del Notario como garante de la capacidad de los mayores», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46, abril-junio 2003, pp. 27-66.
- DELGADO BUENO, Santiago y RUIZ DE LA CUESTA, José María: «Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacidad», en *Los discapacitados y su protección jurídica* (dir. González Poveda-Picón Martín), edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, pp. 23-115.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Venta por representante legal sin autorización judicial», en *Tratado de la compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, dir. Carrasco, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, t. I, pp. 287-292.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «El procedimiento de incapacidad y las instituciones de guarda», en *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad)* (dir. por Díaz Alabart), edit. PyCH Asociados, Madrid 2004.
- «La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas», en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2013, pp. 3-24.
- DÍAZ PARDO, Gloria: «Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente, Heras Hernández), edit. Tirant lo blanch, Valencia 2022, pp. 307-340.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (dir.): *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela* (Bercovitz-Rogel-Cabanillas-Caffarena), Fundación General Mediterránea, 1977.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: en *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guijarro Martín-Calero), edit. Aranzadi, Cizur Menor 2021, pp. 1075-1117.
- *Reforma de la Ley Hipotecaria*, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. de Verda), edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 637-653.
- ESCALONILLA MORALES, Blanca: «Aspecto personal de las instituciones protectoras de las personas incapacitadas», en *Los discapacitados y su protección jurídica* (dir. González Poveda y Picón Martín), edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, pp. 277-310.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles: «La reforma del régimen de la anulabilidad», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. Lledó-Ferrer-Egusquiza-López), edit. Dykinson, Madrid 2022, pp. 1151-1180.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, edit. Ramón Areces, Madrid 2006.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «Mandatos y poderes preventivos en el contexto del envejecimiento activo y de la Ley 8/2021», en *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas mayores vulnerables por razón de edad* (dir. Leciñena Ibarra), edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 51-90.

- FERRER VANRELL, María Pilar: «Las medidas informales de apoyo. Especial referencia a la guarda de hecho», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. Lledó-Ferrer-Egusquiza-López), edit. Dykinson, Madrid 2022, pp. 599-620.
- GARCÍA ALGUACIL, María José: *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, edit. Reus, Madrid 2016.
- GARCÍA GOLDAK, Mónica: *ad artículo 294*, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 463-464.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», en *Actualidad Civil*, tomo 1999-2, núm. 21, pp. 553-581.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006», en *Propostas de modernización do Direito* (dir. García Goldar y Ammerman Yebra), edit. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela 2017, pp. 7-18.
- *ad artículos 250, 251, 1263, 1291.1, 1299.2 y 1301*, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 223-244, 623-644.
- *ad artículo 251*, en *Comentarios al Código civil* (dir. Cañizares), t. I, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2023, pp. 1692-1698.
- «Los desafíos del nuevo modelo de discapacidad y las reticencias para aceptar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad cognitiva, intelectual o psicosocial», en *La persona con discapacidad en el Derecho de sucesiones* (dir. Espejo-Cerdeira), edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 27-41.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y TORRES COSTAS, María Eugenia: *ad artículo 249*, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio-Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 207-219.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y VARELA CASTRO, Ignacio: *ad artículo 1302*, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 645-668.
- GARCÍA RUIZ DE HUIDOBRO, Alberto: «La Ley 8/2021, de 2 de junio, y el Registro de la Propiedad», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 513-527.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: *ad artículos 1291 y 1296*, en *Comentarios al Código civil* (dir. Bercovitz), t. VII, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2013, pp. 9203-9209 y 9227.
- GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen: *La protección civil de personas sometidas a manipulación mental* (coord. Gete-Alonso), edit. Tirant lo blanch, Valencia 2003.
- «Paternalismo y autonomía en la noción legal de capacidad», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 33-53.

- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis: «Inscripción y publicidad de los bienes y personas con discapacidad», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. Lledó-Ferrer-Egusquiza-López), edit. Dykinson, Madrid 2022, pp. 1355-1414.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Discapacidad y Registro de la Propiedad», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 493-511.
- GÓMEZ GARZÁS, Jesús: «El juicio notarial de capacidad: Especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo alzheimer y otros trastornos afines», en *La protección de las personas mayores* (dir. Lasarte), edit. Tecnos, Madrid 2007, pp. 216-233.
- GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel: «La *testamentifactio* activa: una reivindicación de la intervención de las medidas de apoyo en el negocio testamentario», en *Revista de Derecho Civil*, 2023, núm. 5, pp. 93-171.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, edit. Tecnos, Madrid 1986.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, edit. McGraw-Hill, Aravaca 1996.
- en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero), vol. III, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2021, pp. 511-551 y 787-815.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Capacidad jurídica y capacidad de obrar», en *Los discapacitados y su protección jurídica* (dir. González Poveda y Picón Martín), edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, pp. 13-22.
- HERMIDA LINARES, Mariano: «La inscripción de las resoluciones judiciales que afectan a la capacidad civil de las personas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1952, pp. 20-26 y 442-448.
- IGLESIA MONJE, María Isabel de la: «Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa», en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. Muñiz Espada), edit. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid 2020, pp. 141-174.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: *ad* artículo 1459, en *Comentarios al Código civil* (dir. Cañizares), t. IV, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2013, pp. 6628-6635.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el Derecho común y los Derechos catalán y aragonés», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. De Salas Murillo), edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, pp. 623-650.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, Madrid 2007.
- LAUROBA LACASA, María Elena: en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero), vol. III, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2021, pp. 980-987.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: *La guarda de hecho de las personas mayores*, edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2015.
- en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero), vol. III, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2021, pp. 647-678.

- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Revista de Derecho Civil*, vol. IX-1, enero-marzo 2022, pp. 257-293.
- LEGERÉN MOLINA, Antonio: «La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos», en *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. De Salas Murillo-Mayor del Hoyo), edit. Tirant lo blanch, Valencia 2019, pp. 165-212.
- LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael: «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, edit. Consejo General del Notariado-Cívitas, Madrid 2000, pp. 149-218.
- LESCANO FERIA, Patricia A.: *La guarda de hecho*, edit. Dykinson, Madrid 2017.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. Albaladejo), edit. Edersa 2.^a ed., Madrid 1985, t. IV, pp. 484-493.
- LÓPEZ BARBA, Elena: *Capacidad jurídica: el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, edit. Dykinson, Madrid 2020.
- «La protección del patrimonio de las personas con discapacidad», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 593-616.
- LÓPEZ CÁNOVAS, Ángeles: «Ángulos muertos y espacios con sombra en el ejercicio de la acción de anulabilidad de los contratos celebrados por personas mayores con discapacidad, vulnerables por razón de edad», en *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas mayores vulnerables por razón de edad* (dir. Leciñena Ibarra), edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 157-176.
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «El apoyo notarial a la persona discapacitada en la ley que reforma los preceptos del Código civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica», en *El Notario del siglo XXI*, mayo-junio 2021, núm. 97, pp. 38-45.
- *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, edit. Francis Lefebvre, Madrid 2021.
- MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta: «La guardadora de hecho», en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado* (dir. García Rubio-Valpuesta Fernández), edit. Tirant lo blanch, Valencia 2011, pp. 605-636.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «Comentarios al Anteproyecto de ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 199-225.
- MARÍN CALERO, Carlos: *La integración de las personas con discapacidad en el Derecho civil*, edit. Aferre, Barcelona 2022.
- MARÍN VELARDE, Asunción: «La discapacidad: su delimitación jurídica», en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. Muñiz Espada), edit. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid 2020, pp. 37-68.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio: ad artículo 1459.1, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 157-176.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2014.
- «La protección jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad psíquica», en *La protección de las personas vulnerables (Academia Notarial Europea. Jornadas CAE de la UINL)*, (coord. Carrión), edit. Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, pp. 19-25.
 - «La Observación general primera del Comité de derechos de las personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 85-112.
- MARTÍNEZ DÍE, Rafael: «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en *Los discapacitados y su protección jurídica* (dir. González Poveda-Picón Martín), edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999.
- «La formulación notarial del Derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, edit. Consejo General del Notariado-Cívitas, Madrid 2000, pp. 27-44.
 - «Conclusiones», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, edit. Consejo General del Notariado-Cívitas, Madrid 2000, pp. 333-335.
- MESA MARRERO, Carolina: ad artículo 753, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio-Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 539-544.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A.: «La ineeficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad», en *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. Pereña), edit. Dykinson, Madrid 2018, pp. 495-510.
- «La incidencia de la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en el Registro de la Propiedad y en el Registro Civil», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente-Heras Hernández), edit. Tirant lo blanch, Valencia 2022, pp. 387-406.
- MONJE BALMASEDA, Óscar: «Capacidad para contratar», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. Lledó-Ferrer-Egusquiza-López), edit. Dykinson, Madrid 2022, pp. 1117-1132.
- MORENO QUESADA, Bernardo: «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, abril 1985, pp. 307-330.
- ad artículo 1295, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. Albaladejo y Díaz Alabart), edit. Edersa 2.^a ed., Madrid 1995, t. XVII-2, pp. 193-223.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda: «El guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones: revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones efectuadas bajo su responsabilidad», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. De Salas Muriel), edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, pp. 849-890.

- MUNAR BERNAT, Pedro A.: *ad* artículo 287, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 433-442.
- *ad* artículo 275, en *Comentarios al Código civil* (dir. Cañizares), t. II, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2023, pp. 1900-1906.
- MUÑOZ CALVO, Alberto: «Registro y discapacidad. Perspectivas de futuro», en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. Muñiz Espada), edit. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid 2020, pp. 421-431.
- NIETO ALONSO, Antonia: *ad* artículos 263-265, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 295-315.
- NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen: «La guarda de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, junio 1999, pp. 428-448.
- NÚÑEZ ZORRILLA, María del Carmen: *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, edit. Dykinson, Madrid 2014.
- PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores: «Guarda de hecho, curatela o defensor judicial; buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 417-430.
- PALLARÉS NEILA, Javier: «La participación en la toma de decisiones: el instrumento que permite el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica», en *Actualidad Civil*, núm. 3, Sección Persona y derechos (La Ley 3308/2020), marzo 2020, pp. 1-20.
- «El ejercicio de la nueva curatela», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Pereña Vicente y Heras Hernández), Tirant lo blanch 2022, pp. 257-280.
- PALOMINO DÍEZ, Isabel: «La flexibilidad de la protección de los “*majeurs protégés*” en Derecho francés. Comparativa con el Derecho español», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, edit. Consejo General del Notariado-Cívitas, Madrid 2000, pp. 351-368.
- PARRA LUCÁN, María Angeles: *ad* artículos 303-304, en *Comentarios al Código civil* (dir. Bercovitz), t. II, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2013, pp. 2531-2549.
- «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. De Salas Murillo), edit. Dykinson, Madrid 2013, pp. 211-264.
- «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. Díez-Picazo), t. II, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2014, pp. 2481-2509.
- PAU PEDRÓN, Antonio: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 5-28.
- «Prólogo», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 13-14.

- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre 2018), pp. 61-83.
- «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Pereña Vicente y Heras Hernández), Tirant lo blanch, Valencia 2022, pp. 155-184.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo: «La comparecencia asistida en el instrumento público notarial: especial referencia a la curatela asistencial», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 473-491.
- PÉREZ MONGE, Marina: *ad* artículos 303-306, en *Código civil comentado* (dir. Cañizares-de Pablo-Orduña-Valpuesta), vol. I, edit. Cívitas-Thomson Reuters, 2.^a ed., Cizur Menor 2016, pp. 1347-1363.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen: «La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», en *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, 2009, pp. 335-368.
- RAMS ALBESA, Joaquín: «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexiones sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 2011, núm. 723, pp. 211-296.
- RIVERA ALVAREZ, Joaquín María: «¿Realiza el guardador de hecho una función que le legitima para la obtención de información jurídica y económica de los organismos públicos?» en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-co-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. De Salas Murillo), edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, pp. 997-1022.
- *Las personas jurídicas de apoyo a la discapacidad. Una interpretación principialista en la encrucijada de la reforma legislativa de las instituciones tutelares*, edit. Ramón Areces, Madrid 2021.
- ROGEL VIDE, Carlos: *ad* artículos 303-306, en *Comentario del Código civil* (dir. Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz, Salvador), t. I, edit. Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pp. 860-871.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «La guarda de hecho. Características básicas y condiciones de funcionamiento. Supuestos posibles de guarda de hecho», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, edit. Atelier, Barcelona 2022, pp. 271-290.
- «El régimen jurídico de la guarda de hecho», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, edit. Atelier, Barcelona 2022, pp. 291-308.
- SALAS MURILLO, Sofía de: «Repensar la curatela», en *Derecho Privado y Constitución*, 2013, núm. 27, pp. 11-48.
- «Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, mayo 2018, pp. 71-120.
- «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 780, pp. 2227-2268.
- «La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos», en *Diario La Ley*, núm. 9841, mayo 2021, pp. 1-9.

- SALAS MURILLO, Sofía de: «Inscripción y anotación preventiva de resoluciones judiciales y medidas previstas en las leyes que afecten a la libre administración y disposición de los bienes», en *Tratado de Derecho Inmobiliario registral* (dir. Del Rey Barba, Espejo Lerdo de Tejada), t. I, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2021, pp. 931-990.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, octubre-diciembre 2020, pp. 385-428.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Alicia: «La publicidad registral, personas y discapacidad», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. Lledó-Ferrer-Egusquiza-López), edit. Dykinson, Madrid 2022, pp. 1277-1305.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Emma: «Principales novedades introducidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. Lledó-Ferrer-Egusquiza-López), edit. Dykinson, Madrid 2022, pp. 1307-1331.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2000.
- «Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio», en *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. Pereña Vicente), edit. Univ. Rey Juan Carlos – Dykinson, Madrid 2018, pp. 17-25.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: en *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, *Derecho de familia*, vol. 2 (Lacruz, Sancho, Rivero), 3.^a ed., edit. Bosch, Barcelona 1989.
- SOLÉ RESINA, Judith: «Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, pp. 383-396.
- TENA ARREGUI, Rodrigo: «El régimen de ineeficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 101, enero-febrero 2022, pp. 40-47.
- TORRES COSTAS, María Eugenia: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, edit. Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2020.
- VALLS I XIUFRÉ, Josep María: «El papel del Notario en el nuevo régimen de apoyos», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. Pereña Vicente-Heras Hernández), edit. Tirant lo blanch, Valencia 2022, pp. 85-154.
- VAQUER ALOY, Antoni: «El sistema de apoyos como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad», en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. Lledó-Ferrer-Egusquiza-López), edit. Dykinson, Madrid 2022, pp. 505-537.
- VARELA CASTRO, Ignacio: ad artículos 1163.1, 1304 y 1314, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. García Rubio, Moro Almaraz), edit. Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2022, pp. 613-621 y 669-682.

- VERDA BEAMONTE, José Ramón de: «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. Álvarez Lata), edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 81-123.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Libertad y protección de la persona vulnerable en los Ordenamientos jurídicos europeos: Hacia la despatrimonialización de la discapacidad», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 7, 2010, pp. 561-595.
- *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta para la reforma del sistema tutitivo español*, Olivenza, 2012.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, edit. ICAI, Madrid 1984, pp. 139-153.
- ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles: *ad artículos 1290-1298*, en *Comentarios al Código civil* (coord. Bercovitz), edit. Thomson Reuters-Aranzadi, 4.^a ed, Cizur Menor 2013, pp. 1761-1775.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: *Protección civil de la ancianidad*, edit. Dykinson, Madrid 2004.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL)

- STS. 29 de abril de 2009 (Ponente: Excmo. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías) (RJ 2009/2901).
- STS. 8 de noviembre de 2017 (Ponente: Excmo. Sra. D.^a María Ángeles Parra Lucán) (RJ 2017/4760).
- STS. 10 de enero de 2018 (Ponente: Excmo. Sra. D.^a María Ángeles Parra Lucán) (RJ 2018/156).
- STS. 6 de mayo de 2021 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg) (RJ 2021/2381).
- STS. 8 de septiembre de 2021 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2021/4002).
- STS. 23 de diciembre de 2021 (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile) (RJ 2022/566).
- STS. 21 de diciembre de 2022 (Ponente: Excmo. Sra. D.^a María Ángeles Parra Lucán) (RJ 2023/356).
- STS. 23 de enero de 2023 (Ponente: Excmo. Sra. D.^a María Ángeles Parra Lucán) (RJ 2023/2350).
- STS. 20 de octubre de 2023 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2023/5929).
- STS. 20 de octubre de 2023 (Ponente: Excmo. Sra. D.^a María Ángeles Parra Lucán) (RJ 2023/5967).
- STS. 18 de junio de 2024 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) (JUR 2024/206237).

AUDIENCIAS PROVINCIALES (Sentencias y Autos):

- SAP La Coruña (Secc. 5.^a) 21 de marzo de 2022 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas) (JUR 2022/187260).
- SAP Pontevedra (Secc. 6.^a) 1 de febrero de 2023 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Eugenio Francisco Míguez Tabares) (JUR 2023/149223).
- SAP Cádiz (Secc. 5.^a) 29 de marzo de 2023 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Navarro Robles) (JUR 2023/259463).
- SAP La Coruña (Secc. 4.^a) 24 de abril de 2023 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Sócrates González-Carrero Fojón) (JUR 2023/285894).
- SAP León (Secc. 2.^a) 2 de junio de 2023 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Álvarez Rodríguez) (JUR 2023/310169).
- SAP Málaga (Secc. 6.^a) 18 de octubre de 2023 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Utrera Gutiérrez) (JUR 2024/72034).
- SAP Madrid (Secc. 24.^a) 20 de noviembre de 2023 (Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Dolores Planes Moreno) (JUR 2024/62428).
- SAP Sevilla (Secc. 2.^a) 26 de enero de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero) (JUR 2024/232895).
- SAP Málaga (Secc. 6.^a) 31 de enero de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Shaw Morcillo) (JUR 2024/158986).
- SAP Asturias (Secc. 6.^a) 25 de junio de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Riaza García) (JUR 2024/302078).
- AAP Pontevedra (Secc. 3.^a) 29 de marzo de 2023 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio de Frías Conde) (JUR 2023/344181).
- AAP La Coruña (Secc. 3.^a) 19 de octubre de 2023 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García) (JUR 2024/76157).
- AAP Alicante (Secc. 6.^a) 12 de enero de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Baldomero Losada Fernández) (JUR 2024/376054).
- AAP Guipúzcoa (Secc. 2.^a) 4 de marzo de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Edorta Josu Echarandio Herrera) (2024/376488).
- AAP Zaragoza (Secc. 2.^a) 24 de mayo de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Ignacio Pérez Burred) (JUR 2024/287283).
- AAP Alicante (Secc. 6.^a) 4 de julio de 2024 (Ponente: Ilma. Sra. D.^a Encarnación Caturla Juan) (JUR 2024/446784).
- AAP Alicante (Secc. 6.^a) 5 de julio de 2024 (Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Dolores López Garre) (JUR 2024/376052).
- AAP Guipúzcoa (Secc. 2.^a) 11 de julio de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Gorka de la Cuesta Berméjo) (JUR 2024/465618).
- AAP Alicante (Secc. 6.^a) 12 de julio de 2024 (Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Dolores López Garre) (JUR 2024/299077).
- AAP Guipúzcoa (Secc. 2.^a) 22 de julio de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Edorta Josu Echarandio Herrera) (JUR 2024/465604).
- AAP Cantabria (Secc. 2.^a) 10 de octubre de 2024 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Bruno Arias Berrioategortúa) (JUR 2024/ 424596).

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA:

- R. 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324104).
- R. 19 de enero de 2024 (JUR 2024/324105).

