

PRÁCTICA PROFESIONAL



# La reforma civil y procesal en materia de discapacidad

Estudio sistemático de la  
Ley 8/2021, de 2 de junio

YOLANDA DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA  
ANTONIO JOSÉ QUESADA SÁNCHEZ  
(Directores)

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ  
(Coordinador)

2ª ed.

 **Atelier**  
LIBROS JURÍDICOS

## Capítulo III

# CAPACIDAD JURIDICA Y DISCAPACIDAD. LAS VÍAS IMPUGNATORIAS DE LOS ACTOS CELEBRADOS POR LA PERSONA DEL DISCAPACITADO. LA DESAPARICIÓN DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL DISCAPACITADO

*José Manuel Ruiz-Rico Ruiz*

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. CAPACIDAD JURÍDICA Y DISCAPACIDAD. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA LEY Y SU POSIBLE CRÍTICA. 1. La máxima de la equiparación de los discapacitados al resto de personas. 2. La desaparición de la incapacidad y de la falta de capacidad natural. 2.1. *La desaparición de la incapacidad (de obrar)*. 2.2. *La desaparición de la falta de la llamada «capacidad natural»*. 3. Sobre las posibilidades actuales de impugnación de los contratos y negocios celebrados por los discapacitados: 3.1. *Consideraciones generales. La rescisión*. 3.2. *Improcedencia de una posible «falta de consentimiento» contractual*. 3.3. *Discapacidad y vicios del consentimiento. La conducta del tercero contratante y la impugnación con base en ella*. 3.4. *Una posible vía impugnatoria: las situaciones en que el discapacitado carece de medidas de apoyo y celebra por sí solo un acto o contrato*. 3.5. *La «influencia indebida» y el «conflicto de intereses»*. 3.6. *La posibilidad de anular el contrato por falta del consentimiento del prestador de apoyos (con funciones representativas)*. 3.7. *En general, la falta de apoderamiento o la extralimitación de las funciones representativas: el artículo 1259 CC y su relevancia en materia de discapacidad*. 4. El cambio de paradigma y la minoría de edad. 5. Sobre la imposibilidad de mantener ya una suerte de presunción general de capacidad de las personas, con posibilidad de prueba en contrario, tras la nueva Ley de Discapacidad. II. DISCAPACIDAD Y PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL DISCAPACITADO: LA DESAPARICIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL INCAPAZ O DISCAPACITADO DE NUESTRA LEGISLACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS. III. BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN. CAPACIDAD JURÍDICA Y DISCAPACIDAD. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA LEY Y SU POSIBLE CRÍTICA

### 1. La máxima de la equiparación de los discapacitados al resto de personas

Si hay algo de lo que no se puede dudar en la reforma legal introducida por la LD es la idea de que los discapacitados, entendido el término en un sentido muy amplio y no formalista, son legalmente equiparados al resto de ciudadanos, con los mismos derechos pero también con las mismas posibilidades de actuación por sí solos, y con plenitud de facultades para decidir sobre su vida y sus bienes. Siempre dejando a salvo las situaciones excepcionales previstas en la ley en las que puede proceder la curatela representativa. Nos podrá parecer bien o mal, pero es un dato incontestable del que hay que partir necesariamente.

Ello ha llevado a una modificación, calificada coherentemente como «radical»<sup>1</sup>, de nuestro sistema jurídico en el punto relativo a la distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, de modo que esta última ha desaparecido de nuestro Código Civil, pasando a hablarse ahora sólo de capacidad jurídica y de «ejercicio» de esa capacidad jurídica, pero sin distinguirse como categorías jurídicas.

La doctrina española que se ha ocupado hasta ahora del tema se encuentra aún algo dividida, ya que una parte de ella sigue manifestando su inclinación a seguir manteniendo las categorías clásicas de capacidad jurídica y capacidad de obrar, e intenta en lo posible encontrar algunas vías, sin duda forzadas y/o netamente contrarias al espíritu de la nueva normativa, de propiciar la aplicación a los discapacitados de la tradicional nulidad contractual por falta de capacidad, nulidad que también debe entenderse desterrada de nuestro ordenamiento jurídico-civil por obra de la modificación de los artículos 1263 y 1302 del Código Civil.

En esta disputa doctrinal, nos inclinamos por seguir la línea antes señalada de GARCÍA RUBIO, en el sentido de defender la radicalidad de la reforma legal en esta materia, haciendo desaparecer la distinción, por su posible base discriminatoria y por la afectación de los derechos fundamentales de los discapacitados, e imponiendo una única capacidad jurídica para cuyo ejercicio se puede necesitar apoyos en función del estado del sujeto<sup>2</sup>.

---

1. Así lo señala GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz, «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *SEPIN*, Junio 2021, pag. 2, quien habla de un «cambio radical» en nuestro sistema jurídico.

2. También a favor, GONZALEZ GRANDA, P., *Articulación del sistema procesal de provisión de apoyos y salvaguardas en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, La Ley Digital, Práctica de Tribunales, N<sup>o</sup> 141, Noviembre-Diciembre 2019, pag. 4.

## 2. La desaparición de la incapacidad y de la falta de capacidad natural

De la anterior conclusión sobre la equiparación de los discapacitados al resto de ciudadanos mayores de edad, y de la definitiva desaparición de la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, se derivan consecuencias cruciales para nuestro sistema jurídico, que conllevan un cambio de paradigma y un giro legal de extraordinaria relevancia en comparación con el sistema anterior. Al tener los discapacitados esa plenitud de facultades y de posibilidades de ejercicio de sus propios derechos, *ha desaparecido la incapacidad de obrar*, lo que significa, a la vez, que ya no se pueda hablar de posibles situaciones de falta de «capacidad natural» de los sujetos, sea cual sea su estado físico o psíquico. Veamos esto con algo más de detenimiento.

### 2.1. La desaparición de la incapacidad (de obrar)

En cuanto a lo primero, el art. 1263 CC en su nueva redacción ha producido un cambio sustancial en la mentalidad del legislador: ya no hay incapacidades para contratar que puedan dar lugar a una posible nulidad contractual por esa causa, de modo que no se puede de ningún modo pensar en que se pueda anular hoy por esa causa un contrato o negocio jurídico, aduciendo al efecto una presunta «falta de consentimiento contractual», en cuanto carencia de uno de los tres elementos básicos de todo contrato o negocio jurídico (art. 1261 CC: consentimiento, objeto y causa), en concreto, el consentimiento (salvo lo que luego se dice).

De hecho, no cabe duda de que la conexión entre el art. 1263 CC y el nuevo artículo 1302 (y 1304) lleva a concluir que el discapacitado que carezca de medidas de apoyo podrá realizar válidamente toda suerte de contratos o negocios sin posibilidad de ser invalidados con base en una falta de (su) consentimiento<sup>3</sup>. La ley viene así a ratificar de forma maximalista la equiparación entre discapacitados y no discapacitados: del mismo modo que nadie puede anular, por una hipotética falta de consentimiento por su parte (sí en su caso, por un vicio del consentimiento), un contrato suscrito por persona mayor de edad sin discapacidad, *exactamente igual va a suceder con el discapacitado que contrate o realice por sí solo un acto jurídico si no tiene antes establecida una medida convencional y judicial de apoyo*. Sólo en este último caso se podrá anular el contrato o negocio, conforme a las pautas y condiciones señaladas en el artículo 1302 CC, y sólo en esos casos.

---

3. En esta dirección, manifestando no obstante su asombro, CARRASCO PERERA, A., «Riesgos y estrategias en la nueva contratación con discapacitados, guardadores y curadores», publicado en Gómez-Acebo & Pombo 50 Aniversario, Junio de 2021, pag. 4. Indudablemente se refiere a la nulidad radical por falta de consentimiento a causa de su discapacidad, admitiendo la posibilidad lógica de esa nulidad la falta de consentimiento cuando procede de causa exógena a dicha discapacidad, v.gr, por trastorno mental o violencia física de tercero.

## 2.2. La desaparición de la falta de la llamada «capacidad natural»

Pero es que además entendemos que ya no cabe plantearse o debatirse en un proceso judicial si una de las partes que otorgaron ese contrato o negocio disponía o no en ese preciso momento lo que antes se denominaba la «capacidad natural».

Antes de la reforma del Código civil por Ley 8/2021 era posible, demostrando esa falta de capacidad natural, y aun no habiendo todavía ningún tipo de procedimiento judicial de incapacitación, anular el referido acto o negocio<sup>4</sup>.

A día de hoy, consideramos que esta alternativa resulta totalmente inviable. Si de un sujeto pudiera pensarse que tiene una cierta deficiencia física o psíquica, pero no se hubiera acordado todavía una medida de apoyo, el acto que realice será considerado válido e inatacable *por esta causa*.

2.2.1. No obstante, por excepción, quizás podría plantearse la duda en el siguiente caso: *estando en tramitación una medida (judicial, básicamente) de apoyo, el discapacitado ha celebrado el acto o negocio para el que justamente se habría pedido ese apoyo, pero aún no se había resuelto*. En esta situación, ¿podría anularse el contrato o negocio, con base en el art. 1302 CC, a partir del hecho de que se había iniciado la tramitación de la medida de apoyo, y finalmente el juzgador ha resuelto concederla?

La respuesta a esta cuestión, a falta de posibles medidas preventivas o cautelares susceptibles de acordarse en el inicio de ese procedimiento (que seguramente no se acordarán por cuanto muy probablemente el solicitante desconocerá que el discapacitado tenía intención de consumir, o que ya había consumado el acto o negocio referido<sup>5</sup>), *depende en primer lugar de si la resolución judicial que se dicte tiene naturaleza constitutiva o declarativa*.

---

4. Al respecto, puede citarse la doctrina contenida entre otras en la STS de 14 de febrero de 2006; que afirma en relación a esa falta de capacidad natural y la posible anulación de los contratos en aplicación del antiguo artículo 1263 CC:

*«El artículo 1263 del Código Civil, que la parte recurrente estima infringido, se limita a proclamar que no pueden prestar el consentimiento contractual los menores no emancipados y los incapacitados, pero dicha norma no agota los posibles casos en que el consentimiento pueda considerarse inexistente, sino que su correcta interpretación lleva a estimar que en tales supuestos legalmente previstos no existe consentimiento eficaz y tal conclusión no puede ser combatida ni siquiera mediante la aportación de prueba en contrario. Lo que ha venido a establecer al respecto la jurisprudencia de esta Sala es que, tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia. Así, además de las que se citan en el recurso, la sentencia de 24 de septiembre de 1997 afirma que «en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad», y las de 18 de mayo de 1998 y 29 de marzo de 2004, éstas referidas a la validez de disposiciones testamentarias, sientan la presunción «*ius tantum*» de capacidad del otorgante cuya incapacidad no haya sido previamente declarada —presunción que queda reforzada además por la intervención notarial— pero admiten la posibilidad de que se pueda efectuar prueba en contrario que demuestre la situación de incapacidad real del otorgante, si bien dicha prueba ha de exigirse con especial rigurosidad.*

5. Es cierto no obstante que la modificación del art. 762 LEC puede dar pie para acordar medidas que eviten estas conductas. Sin embargo, cabe recordar que estamos en sede de medidas de apoyo acordadas judicialmente, lo que limita esta posibilidad a los casos de oposición.

Más exactamente, la cuestión es *si producirá o no efectos retroactivos la resolución que se dicte acordando la medida de apoyo*, en el sentido de considerar que el sujeto necesitaba la misma ya en el momento de la solicitud judicial, o si más bien la eficacia real de la medida de apoyo se producirá a partir de la resolución judicial y para el futuro. Aquí está en juego la cuestión recurrente de si son constitutivas o declarativas las resoluciones judiciales en materia de persona y familia reguladas en los arts. 748 ss. de LEC, o las resoluciones dictadas en expedientes de jurisdicción voluntaria en esta materia de discapacidad. Tradicionalmente se ha pensado en su carácter constitutivo en general, aunque en la actualidad se está empezando a poner en duda.

No obstante lo anterior, parece que debemos examinar la nueva normativa reguladora sobre los procesos judiciales sobre medidas de apoyo, en caso de oposición, así como la normativa sobre jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad, haciendo abstracción de lo que suceda con el resto de resoluciones judiciales en materia de persona y familia. A este respecto, *no encontramos en esa nueva normativa ningún cambio relevante sobre los efectos de la resolución judicial que se dicte en materia de medidas de apoyo, en el ámbito sustantivo*.

Por lo tanto, no podemos decir que la reforma haya cambiado la idea tradicional de la eficacia constitutiva de las resoluciones judiciales, aun de jurisdicción voluntaria, sobre adopción de medidas de apoyo.

Si se examina ahora la reforma legal en el ámbito sustantivo, podemos comprobar igualmente que no hay tampoco base para la retroacción de efectos de la resolución que se dicte. El análisis del art. 1302 CC permite concluir que no hay nulidad posible si no se da el presupuesto legal que fundamenta la anulabilidad del contrato, cual es que se haya celebrado sin un apoyo preexistente y además no hay buena fe del tercero. Esto último hace imposible la anulación del contrato en el caso examinado, precisamente porque ni siquiera hay una resolución judicial acordando la medida. Por tanto, no siendo así, es realmente muy difícil defender la retroacción y por tanto la posible nulidad.

En conclusión, la respuesta a la cuestión planteada debe ser a la postre la misma antes señalada para los actos y negocios celebrados sin existir medidas de apoyo simultáneas, a saber: la validez y la inatacabilidad del contrato o negocio celebrado con base en el motivo de una presunta deficiencia del sujeto. A falta de una norma que lo establezca, esa debe ser la interpretación más sensata derivada de la reforma legal.

Téngase en cuenta además que, a partir de ahora, aun cuando va a existir publicidad registral de las medidas de apoyo, sin embargo el art. 83.1b) y 84 de la Ley del Registro Civil, impedirán al tercero acceder a los asientos referidos a esas medidas de apoyo, de modo que ese tercero que contrata con el discapacitado estaría protegido en todo caso (salvo mala fe probada por su parte) frente a cualquier pretensión de nulidad procedente de la parte discapacitada.

2.2.2. El nuevo planteamiento del legislador merece un examen y una valoración más detenidos, en cuanto a su oportunidad y las consecuencias del mismo.

Las soluciones propuestas pueden resultar muy chocantes en sus efectos, puesto que no protegen a los discapacitados frente a sí mismos, y sus propias decisiones,

la cuales pueden ser, previsiblemente, con más o menos frecuencia, desacertadas o insuficientemente meditadas, y a la postre lesivas para el sujeto que las emite. Sin embargo, si analizamos con detenimiento la normativa aprobada, es prácticamente imposible encontrar otras alternativas protectoras frente a esas hipotéticas decisiones equivocadas del discapacitado.

Sí debe señalarse que el enfoque de la nueva regulación se limita a aclarar cuándo puede anularse el contrato o negocio desde el lado del propio discapacitado, permitiendo a éste o al sujeto prestador de la medida de apoyo anular o no anular el mismo según las circunstancias concurrentes. En cambio no hay una regulación específicamente referida a las posibilidades de anular (por parte del discapacitado o de su representante) con base en una posible conducta inapropiada procedente del tercero que contrata, lo cual nos obliga a analizar si pudiera existir alguna vía anulatoria por esta causa que pudiera servir para proteger mejor la posición contratante del discapacitado<sup>6</sup>. Sobre ello se vuelve ahora.

### 3. Sobre las posibilidades actuales de impugnación de los contratos y negocios celebrados por los discapacitados

#### 3.1. Consideraciones generales. La rescisión

Las anteriores consideraciones nos llevan a otras no menos importantes. En particular, nos conducen al examen de las posibilidades que existen en la actualidad para impugnar el acto o contrato celebrado por el discapacitado, cuando pudiera considerarse claramente lesivo para sus intereses. No cabe duda de que aquí habrá un amplio debate doctrinal, y la práctica de los Tribunales dará fe en el futuro de los diversos intentos que se acometerán para propiciar y conseguir la anulación de esos actos o contratos, para intentar proteger los intereses sobre todo económicos de los discapacitados<sup>7</sup>. Quede constancia de antemano que no vemos grandes alter-

---

6. En esta dirección, DE SALAS MURILLO, S., «La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos», *Diario La Ley*, N° 9841, Sección Doctrina, 3 de Mayo de 2021, pag. 4.

7. Se ha planteado la doctrina anterior a la promulgación de la Ley 8 /2021 la cuestión de si las nuevas reglas sobre incapacidad y sobre nulidad por razón de discapacidad de los arts. 1263 y 1300 y 1302 CC son trasladables a **aquellos otros negocios no contractuales o en general a actos jurídicos de todo tipo en los que puede querer intervenir un sujeto con discapacidad**. Recuérdese cómo el legislador en el nuevo art. 287 CC ha ampliado considerablemente los actos para los que un curador con funciones representativas necesita autorización judicial, incluyéndose allí (apartado 1º) numerosos actos de trascendencia personal o familiar que no necesariamente serán contratos, que antes no se incluían en el antiguo artículo 271 CC.

A este respecto, CARRASCO PERERA, A., «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», <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 12 de Octubre de 2018, pag. 2, sostenía en relación al citado Anteproyecto que no se puede aplicar a esos otros negocios, tales como los que comportan la disposición de derechos de la personalidad, de derechos potestativos no externalizables en sus efectos (vgr. declaración de opción por la nacionalidad española) o la autorización unilateral para intervenciones de

nativas que sean viables de conformidad con la letra y sobre todo el espíritu de la nueva normativa.

Lo cierto es que el legislador ha tenido una muy buena oportunidad de encontrar una solución, parcial pero relativamente fácil, respecto de actos de enajenación onerosos, y ésta hubiera sido, no ya acoger la posible nulidad, sino quizás la rescisión por lesión genérica, v.gr. la tradicional *ultradimidium* o que supere la mitad del valor de mercado de la cosa o derecho, cuando el discapacitado hubiera vendido, enajenado o arrendado por sí solo, a título oneroso, un bien de su propiedad a un tercero. O bien la alternativa de permitirlo cuando se pudiera demostrar, además de la lesión, que el tercero se aprovechó de la ignorancia o la inexperiencia o falta de conocimiento del objeto contratado, por parte del sujeto discapacitado, como se dispone por ejemplo en algunas de las reglamentaciones internacionales en materia de unificación del Derecho de obligaciones<sup>8</sup>. En cambio, el legislador de la Ley 8/2021 se ha limitado a adaptar el art. 1291.1º CC a los supuestos actuales de contratos suscritos por los prestadores de apoyos con funciones representativas, cuando no era precisa la autorización judicial, y haya lesión en

---

terceros en el propio ámbito psíquico o físico, junto a otros posibles, el principio de confianza de terceros que se deduce del art. 1302 CC.

Junto a ello, GUILARTE MARTÍN-CALERO, «*Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual*», **BIB 2018\13987**, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.11/2018, pag. 2, considera en esa misma dirección, y en relación también al Anteproyecto, que los nuevos principios allí recogidos no se integrarían con la misma coherencia respecto de toma de decisiones «no contractuales», y que debería articularse un sistema específico similar al diseñado para el ámbito de la salud, que permita la toma de decisiones a la persona con discapacidad por sí misma, si tiene capacidad suficiente, o acompañado por las personas legalmente determinadas e, incluso, por su representante legal si tal actuación fuere exigida por la protección del interés de la persona con discapacidad.

Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, comprobamos que no se ha construido un sistema propio para este tipo de decisiones o de actos o negocios jurídicos no contractuales, o incluso para contratos distintos de los dispositivos, como serían los de servicios, muy frecuentes y previsibles en este ámbito de los sujetos con discapacidad, lo cual es muy significativo. Ello lleva a pensar que, no existiendo normas específicas, deberían jugar por analogía, si no directamente, las normas generales de los arts. 1300 ss. del C.Civil.

Si se piensa, lo que realmente importa al legislador, como ya se ha visto y se comprobará en el capítulo siguiente, es el proceso de formación de la voluntad del discapacitado, de modo que prevalezcan sus verdaderos deseos, siendo impugnables sus actos cuando exista una previa medida de apoyo (básicamente, de origen judicial) que no haya sido cumplida. Por lo tanto, este esquema puede ser trasladable sin demasiados problemas al campo no contractual, donde además indudablemente juega con mayor trascendencia la tutela de los derechos fundamentales del sujeto que consiente. La particularidad es que en ese campo, normalmente, no habrá tercero cuya buena fe merezca ser tutelada, por lo que la impugnación quedaría limitada a que se hubiera vulnerado o no la medida de apoyo previa, pudiendo ser impugnado el acto por el propio discapacitado (cuando no le fuese posible revocarlo de forma unilateral, como ocurrirá con cierta frecuencia), o incluso por el prestador de apoyos.

8. Así se puede comprobar por ejemplo en el art. 3.2.7 de los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales, donde se prevé explícitamente la posibilidad de anular el contrato cuando el contrato otorgue a la otra parte una ventaja excesiva como consecuencia de haberse aprovechado injustificadamente de la dependencia, la aflicción económica o las necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia o inexperiencia o falta de habilidad en la negociación.

más de la cuarta parte del valor de las cosas. En suma, ha recogido un supuesto aún más remoto en sus posibilidades de que ya contenía la antigua regulación, habida cuenta la amplitud de casos en los que se va a exigir autorización judicial conforme al art. 287 CC<sup>9</sup>.

Entrando ya en las posibilidades de anulación del contrato suscrito por el discapacitado, se debe afirmar lo siguiente:

### 3.2. Imprudencia de una posible «falta de consentimiento» contractual

Por lo pronto, parece evidente, como antes se dijo, que no será factible anular el contrato o negocio celebrado por el discapacitado sin medida de apoyo previo con base en una hipotética «falta de consentimiento» del mismo, como aplicación del artículo 1261 CC<sup>10</sup>. No se puede poner en cuestión que el discapacitado que suscriba un contrato o negocio, máxime si en él ha intervenido un fedatario público notarial, ha prestado de manera efectiva un consentimiento contractual, por lo que en ningún caso podrá considerarse como falto o carente de consentimiento contractual o negocial.

Podría haber divergencias entre lo interna y verdaderamente querido por el sujeto con discapacidad al prestar ese consentimiento, y lo efectivamente manifestado, de modo que podría darse lugar, en estos casos, identificables o muy próximos a lo que sería un «error obstativo», a una posible nulidad contractual. Debe tenerse en cuenta no obstante las dificultades de acoger un error obstativo en general, dada la necesidad de protección como regla del tercero que contrata de buena fe con el sujeto que incurre en el error, y la importancia de la diligencia del emitente en este campo<sup>11</sup>.

Por otro lado, esto que decimos no impide, como es lógico, la posibilidad de acreditar esa falta de consentimiento contractual de una o de ambas partes contratantes, en los casos típicos de simulación o reserva mental, o en general en aquellas otras situaciones en las que se pueda constatar que no hubo tal consentimiento por prestarse bajo los efectos de drogas o alcohol (o si se quiere, en casos de violencia extrema), en donde nos encontramos con circunstancias exógenas al sujeto y a su capacidad normal o natural de discernimiento.

Por otro lado, el hecho de que no intervenga un Notario en la celebración del acto o contrato tampoco constituirá un criterio para discernir la posible viabilidad de la nulidad contractual. También en esos otros contratos o actos extra-notariales, habrá habido una firma, o un asentimiento expreso o tácito del discapacitado. El hecho de que la prueba del consentimiento, sobre todo si fue prestado verbal o tácitamente o por hechos concluyentes, se haga en estos casos más difícil, no impli-

---

9. CARRASCO PERERA, «Riesgos ...» cit., pag. 4-5 señala que se podía haber aprovechado la ocasión para incluir al menos la rescisión por la misma lesión de la cuarta parte de los contratos celebrados por el discapacitado con asistencia de apoyos no representativos.

10. En contra, DE SALAS MURILLO, S., «La reforma ...» cit., pag. 4-5.

11. A estos efectos, nos remitimos al clásico y excelente trabajo de MORALES MORENO, A.M., *El error en los contratos*, Ed. Ceura, Madrid, 1988, pag. 111 ss..

cará una vía para su impugnación. Quedando constancia de ese consentimiento, el acto no podrá ser impugnado con base en una hipotética falta del mismo, a la vista del presumible nulo o muy escaso discernimiento del sujeto firmante.

### 3.3. Discapacidad y vicios del consentimiento. La conducta del tercero contratante y la impugnación con base en ella

En cambio, el hecho de que haya quedado cerrada la posibilidad de impugnación por falta de capacidad o por falta de consentimiento, puede abrir algo la puerta a un más amplio entendimiento y aplicación de los vicios del consentimiento respecto de los discapacitados.

En esta dirección, no puede perderse de vista la reciente doctrina del TS en relación con las posibilidades del error vicio cuando se trate de contratos de cierta complejidad, como algunos de los celebrados con entidades financieras o similares. Es conocida la doctrina que considera que en estos casos, los ciudadanos de a pie no profesionales deben ser tutelados frente a la contraparte cuando nos hallemos ante negocios complejos, y se haya producido una falta o deficiente información sobre el producto ofrecido<sup>12</sup>.

Quizás —y se trata de una afirmación sin duda discutible— podría abrirse en el futuro la puerta a una nueva ampliación de esta doctrina jurisprudencial para hacer viable, con mayor flexibilidad, la nulidad por error, sobre la base de un entendimiento más amplio de la excusabilidad del error cuando se trate de discapacitados contratantes en exclusiva, y de nuevo respecto de negocios de cierta complejidad.

Lo mismo y con mayor relevancia sucederá con la nulidad por dolo de aquellos contratos de cierta entidad y complejidad suscritos por discapacitados de forma exclusiva y sin asistencia, de modo que, siendo una causa de anulación plenamente viable en estos casos, podría entenderse la misma de una forma más amplia y flexible cuando nos encontremos ante estos sujetos, dada su previsible mayor ductilidad y facilidad para ser influenciados, a la hora de conformar su voluntad. Sobre ello se vuelve ahora con más detenimiento.

Por otro lado, como antes se dijo, no hay un planteamiento del legislador acerca de las vías impugnatorias de los contratos o negocios suscritos por discapacitados en función de la conducta de la otra parte contratante.

Al margen del dolo, indudablemente aplicable a los contratos de los discapacitados en tanto se demuestre la conducta insidiosa del tercero en los términos generales del art. 1269 CC, con el efecto de haber obtenido con base en ella el consentimiento del discapacitado, no hay alusión alguna al tema, cuando debemos tener en cuenta que ese será uno de los grandes riesgos derivados de la equiparación legal de los

---

12. Vid a título de ejemplo la reciente STS de 16 de marzo de 2021, y doctrina jurisprudencial allí citada.

Sobre esta doctrina, puede verse recientemente la exposición de PANTALEON PRIETO, F., «Otra vez la consumación? Perseverare diabolicum» (I) y (II), en el *Almacén del Derecho*, 7 abril de 2021, y la jurisprudencia allí citada.

discapacitados al resto de personas físicas. A este respecto, es ilógica la conducta del legislador, que parece enormemente preocupado de evitar conductas abusivas *procedentes del prestador de apoyos o curador representativo*, y no se plantee lo más mínimo la posible conducta abusiva o prepotente *procedente del tercero que contrata con el discapacitado (o del entorno de ambas partes)*, sobre todo pensando en los casos, que serán muy frecuentes a partir de ahora, en que este sujeto actúe sin un prestador de apoyos curador (aunque haya un guardador de hecho).

Parece claro que debería abrirse alguna vía impugnatoria ante la previsible y seguramente frecuente actitud de la otra parte contratante de aprovecharse de la insuficiencia de experiencia, la ignorancia o en general la dificultad del discapacitado de valorar el alcance de lo que firma o consiente. Sin embargo, fuera de la prueba de la conducta dolosa, se hace imposible con la ley en la mano defender un cauce anulatorio del contrato o negocio en estas situaciones, dado que la ley asume de una manera implícita, pero con plena consciencia, la posibilidad de que el discapacitado elija un camino inadecuado a sus intereses, pensando que lo mismo o muy similar le puede suceder a cualquier sujeto que toma una decisión que a la postre no le va a resultar beneficiosa, debiendo asumir sus propios riesgos sin que la ley le ampare en su equivocación.

Es cierto que defender la equiparación entre discapacitados y no discapacitados no necesariamente debe conducir a una igualdad total en los medios impugnatorios, sin que tampoco ello suponga un restablecimiento del principio del superior interés del discapacitado respecto de cualquier otro en juego. De hecho, la nueva regulación de los arts. 1300 y 1302 CC sigue asumiendo un trato diferenciado de los discapacitados. Pero precisamente el hecho de recogerse allí las condiciones especiales de impugnación de los contratos celebrados por los discapacitados, lleva a concluir que no hay, para el legislador de la Ley 8/2021, ningún otro posible cauce impugnatorio adicional.

### **3.4. Una posible vía impugnatoria: las situaciones en que el discapacitado carece de medidas de apoyo y celebra por sí solo un acto o contrato**

La lectura del art. 1302 CC lleva a la conclusión de que la norma se limita a regular la nulidad *cuando el discapacitado dispone de medidas de apoyo, pero prescinde de ellas*, en cuyo caso podrá impugnar bien él mismo o bien su prestador de apoyos o representante, cuando se ha prescindido de su intervención, necesaria por haberla previsto expresamente una resolución judicial. *Eso significa que la norma no regula los casos en que el discapacitado carecía de medidas de apoyo previas*, por lo que podría pensarse que la impugnación por nulidad allí prevista debería restringir su alcance a estos casos. De ese modo, quizás se dejaría paso hipotéticamente, *como supuesto carente de regulación específica, a una vía impugnatoria adicional* cuando se trate de *contratos suscritos por el solo discapacitado cuando carecía de una previa medida de apoyo*.

No obstante, la interpretación que se sugiere presenta serios problemas. El primero, que de ser así, el legislador debería haber previsto esta otra alternativa,

dada su importancia práctica. Por tanto, el no hacerlo debería llevar a su negación y en consecuencia a la inadmisibilidad de esta vía anulatoria.

El segundo inconveniente es que, *aun admitiendo que podría haber una laguna legal* para estas situaciones, habría que encontrar una solución, con base en la analogía y los principios subyacentes. Sin embargo, estos últimos conducen inexorablemente a la idea de eficacia del consentimiento prestado y su inimpugnabilidad, al menos con base en una hipotética falta de capacidad, por los motivos antes expuestos. Todo ello al margen de la dificultad que concretar el régimen jurídico aplicable a esa laguna, en cuanto a sus distintos aspectos, tales como los presupuestos que deberían concurrir para acoger esta causa concreta de nulidad, el tipo de nulidad, es decir, si sería una hipótesis de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad, o el plazo de impugnación, no regulado legalmente ni directamente ni por analogía. A lo que se añadiría el problema de la legitimación activa para la impugnación, dado que, al no haber un prestador de apoyos previo, el que se designe ulteriormente, aun cuando sea con funciones representativas, sólo debería actuar si judicialmente se le ha asignado la tarea de impugnar el concreto acto o contrato, lo que parece poco probable en la práctica, al menos de momento<sup>13</sup>.

### 3.5. La «influencia indebida» y el «conflicto de intereses»

En relación con lo anterior, y siempre desde la perspectiva del prestador de apoyos y no del tercero contratante, la nueva normativa ha introducido, al tratar de las cautelas o salvaguardias que deben adoptarse para evitar lesiones al discapacitado, un nuevo concepto que merece ser examinado con detenimiento: el de **«la influencia indebida»**.

Esta expresión, junto con las de «evitar» los «abusos» o los «conflictos de intereses» (art. 270 CC) van a constituir, a nuestro juicio, puntos de referencia nuevos y de mucha importancia práctica, por cuanto el juzgador deberá tenerlos en cuenta a la hora de decidir las medidas y su ámbito, pero *quizás también a la hora de juzgar si el prestador de apoyos voluntario o judicial ha actuado conforme a los parámetros legales*. Así pues, la evitación de abusos, conflictos de intereses e influencia indebida constituyen los nuevos parámetros en la actuación de los prestadores de apoyos y representantes del discapacitado, que vienen a sustituir en buena medida el tradicional «interés superior del discapacitado» de la normativa previgente.

---

13. La misma respuesta negativa habría que dar a la posible interpretación del art. 1302 CC, en cuanto a considerar como causa autónoma de impugnación de los contratos el que el tercero contratante hubiera obtenido una «ventaja injusta».

Esta posibilidad, aun cuando pudiera resultar atractiva, no encuentra apoyo definitivo en la norma, dado que la misma exige, para tener en cuenta esa ventaja injusta como base anulatoria, el que se trate de «*contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo ...prestando de dichas medidas cuando fueren precisas*» (el párrafo II concierne a «*los contratos mencionados en el párrafo anterior*»), por lo que, siendo un caso distinto como el expuesto de discapacitado carente de medidas de apoyo previas, estamos fuera del ámbito de aplicación del art. 1302.3 (párrafos I y II) del CC, y sería posible la anulación por esa sola causa.

3.5.1. Empecemos por la «influencia indebida». ¿Qué se puede entender por tal «influencia indebida»? Desde la perspectiva de la formación de la voluntad del discapacitado (y al margen de la exigencia o no simultánea del consentimiento o anuencia del prestador de apoyos), nos situamos en cierto modo ante una suerte de nuevo «vicio» en la formación del consentimiento, que no puede ser identificado propiamente ni con el dolo ni con la intimidación, sino con una suerte de *tertium genus* entre ambos. Muy probablemente, esa influencia indebida debería ser situada entre los vicios del consentimiento, porque ese predominio ejercido por el prestador de apoyos designado (cuando no sea curador representativo o ejerza funciones de representación en general) puede haber condicionado y conducido (cuando así se acredite) a la celebración misma de contrato o negocio, que seguramente no se hubiera celebrado de otro modo.

No es técnicamente dolo, porque quien lo genera no es la otra parte contratante, sino el sujeto designado para apoyar al discapacitado en la formación de su voluntad, ni tampoco puede ser equiparada esa posible conducta a la de una «maquinación insidiosa» en los términos del artículo 1269 CC. Se tratará más bien de una prevalencia de la autoridad del designado sobre la relativamente fácil ductilidad de la voluntad del concreto discapacitado. Tampoco podemos decir que se trate de una intimidación, ya que muchas veces no habrá habido «amenaza» de ninguna clase del prestador de apoyos frente al discapacitado<sup>14</sup>.

Estas reflexiones llevan a un punto dudoso: ¿cómo apreciar la «influencia indebida»? ¿De qué medios probatorios podría servirse el juzgador para declarar su existencia en un caso dado? La respuesta es que no hay base legal en que apoyarse.

Yendo un poco más allá, la acogida de la «influencia indebida» como posible nuevo «vicio del consentimiento» puede generar una gran inseguridad jurídica, al no haber sido expresamente declarado como tal por el legislador.

Ahora bien, el que resulte difícil elevarlo a la categoría de nuevo vicio del consentimiento no significa que no pueda tener relevancia anulatoria, cuando se demuestre que se ha producido en un caso dado. En esta dirección, los jueces y Tribunales deberán estar abiertos a la posibilidad de declarar la nulidad, a petición del discapacitado (o de quien ejerza su representación), con base en un consentimiento viciado, ya sea a través del cauce del dolo, en la forma amplia antes señalada, o de la intimidación (la cual, por cierto, admite también su adaptación a las circunstancias concretas del sujeto afectado, como sabemos), cuando se produzca esa «influencia indebida»<sup>15</sup>.

---

14. Sobre la influencia indebida y su posible relevancia impugnatoria, DE SALAS MURILLO, ob.cit., pag. 7, deja abierta la puerta, aunque la relaciona con la influencia procedente *del tercero contratante*, cuando entendemos que se trataría de una deficiente formación de la voluntad contractual proveniente del prestador de apoyos voluntario o sobre todo judicial. No otro sentido tiene el que se incluya su referencia dentro de las salvaguardias en la actuación del prestador de apoyos (art. 270 CC).

15. No se olvide además que, en el ámbito testamentario, por ejemplo, existe la vía de la anulación testamentaria por concurrencia de «fraude», que es una expresión no equiparable técnicamente al dolo. En consecuencia, es razonable sostener que, en el ámbito de la discapacidad, se han ampliado los posibles vicios del consentimiento contractual, o el entendimiento legal de los mismos, precisamente por haberse cerrado la puerta a la falta de capacidad natural o la incapacidad del sujeto como vía anulatoria.

En todo caso, el aplicador del derecho deberá responder en el futuro a la cuestión de qué alcance y valor práctico otorgar a la «influencia indebida», en aquellos casos en que no se ha previsto como cautela, o simplemente, aun habiendo sido prevista, no ha funcionado de forma efectiva en una situación dada.

3.5.2. Diferente entendemos que es la respuesta legal a los casos de «conflicto de intereses». ¿Qué consecuencias jurídicas debemos atribuir a la concurrencia de un «conflicto de intereses» entre el discapacitado y el prestador de apoyos designado? ¿Podría anularse un contrato o acto consentido o autorizado por este último cuando quedase constancia de que había un choque entre los intereses de estos dos sujetos?

Este tema tiene quizás una mejor y más fácil solución que en el caso anterior. Así, podría defenderse que, habiendo tal conflicto, automáticamente debe considerarse que carece totalmente de legitimación el prestador de apoyos para intervenir en ese acto o contrato (al margen de que esa falta de legitimación se acabe declarando en un momento posterior).

Se trataría aquí de aplicar un criterio similar al que rige, por ejemplo, en la patria potestad, conforme a la cual (art. 162.2° CC) no estaría abierta la representación legal a aquel o aquellos progenitores o representantes legales, o ahora prestadores de apoyo (art. 295.2° CC), que entrasen en conflicto de intereses con el representado o asistido (hijo menor, discapacitado).

Aquí, en la discapacidad, aun siendo la atribución de funciones representativas la excepción, no debería cerrarse la puerta a la anulación del acto celebrado cuando, habiendo asistencia o representación del discapacitado, el prestador de apoyos intervino en un acto o contrato habiendo un previo conflicto de intereses con la persona asistida o representada. En la medida en que haya concurrido, se habría producido un defecto en la formación de la voluntad contractual o negocial, por lo que debería ser viable declarar *a posteriori*, en un procedimiento *ad hoc*, la nulidad del contrato o negocio<sup>16</sup>.

En casos de conflicto de intereses, sabemos que lo que marca la ley es la designación de un defensor judicial (art. 295.2° CC). Como es posible que no se haya procedido a ese nombramiento, habrá que plantearse la posible ineficacia, o al menos la inoponibilidad, del acto o contrato frente al discapacitado y su patrimonio.

Así pues, todo parece indicar que debería acogerse como posible causa de ineficacia, si no total, sí parcial, esto es, cuando menos frente al discapacitado, de ese acto celebrado por este, ya sea a través del un prestador de apoyos con funciones representativas, ya sea con la asistencia del mismo, en tanto se demuestre que concurría un conflicto de intereses con el discapacitado. Llamamos la atención de que no se precisa que haya habido una lesión acreditada en el patrimonio del dis-

---

16. En contra parece manifestarse CARRASCO PERERA, *ob.cit.*, pag. 4, quien, aun no refiriéndose al conflicto de intereses, considera sin embargo que el contrato no puede ser anulado aunque en la relación interna el apoyador o representante haya abusado de su cargo o no haya cumplido con los altos deberes fiduciarios que le imponen los arts. 249 y 250 CC.

capacitado: bastará con la prueba del conflicto de intereses, junto con la voluntad del afectado de hacer ineficaz ese acto, o hacerlo inoponible frente a sí mismo.

La concurrencia y acreditación, en un proceso dado, de ese conflicto de intereses, debería dar lugar a la ineficacia del acto frente al discapacitado, aun por encima de la necesaria tutela del interés del tercero contratante. No se trataría aquí de una manifestación de un hipotético principio del interés superior del discapacitado, inexistente como ahora veremos tras la reforma legal. Más bien será la necesidad de aplicar los principios legales que niegan legitimación para actuar a quien, siendo representante o asistente del discapacitado, se mueve por intereses propios y no de los del sujeto por quien debe velar. Ello con eficacia incluso frente al tercero, aun cuando fuese de buena fe, en la medida en que sea probado efectivamente ese conflicto.

Surge la duda de que esa nulidad sería, en principio, una nulidad de pleno derecho, por falta absoluta de consentimiento. Ello sin embargo no debe llevar a aplicar las pautas generales y tradicionales de la nulidad de pleno derecho. En concreto, respecto de la legitimación activa, es indudable que debería defenderse una suerte de limitación de la misma a la persona del discapacitado (o quien sea designado *ad hoc*, como representante para esta actuación procesal concreta) negándola a posibles terceros interesados o afectados (salvo herederos) y a la otra parte contratante, así como, lógicamente, a quien fue prestador de apoyos pero actuó indebidamente anteponiendo sus intereses a los del discapacitado.

Por otro lado, el sentido de lo que sea «conflicto de intereses», en casos en que, mayoritariamente, el prestador de apoyos carezca de funciones representativas, se nos presenta como algo más complejo. Habrá que atender al resultado final de la operación en la que ha intervenido, para determinar cuál ha sido la conducta de dicho sujeto y si ha habido o no tal contraposición de intereses.

### **3.6. La posibilidad de anular el contrato por falta del consentimiento del prestador de apoyos (con funciones representativas)**

La lectura de la nueva redacción del art. 1302 CC, en lo concerniente a la impugnación de los contratos celebrados por discapacitados, lleva a pensar que está referido únicamente a los casos en que el discapacitado otorgue su consentimiento contractual prescindiendo de las medidas de apoyo. Ello supone remitir casi exclusivamente a los casos de curatela, o en general, a los de concurrencia del consentimiento del prestador a apoyos, junto al consentimiento del discapacitado. No se puede olvidar que la nueva normativa parte de la excepcionalidad de la atribución de funciones representativas, por lo que es coherente que sólo regule las hipótesis consideradas generales como son éstas de nulidad por falta de concurrencia del consentimiento del prestador de apoyos (básicamente, el curador) para aquel contrato o negocio para el que era necesaria su intervención.

Así las cosas, puede perfectamente leerse el art. 1302 y concordantes en clave de nulidad por falta de concurrencia del consentimiento del prestador de apoyos, léase sobre todo curador (o defensor judicial en sustitución del curador), o bien curador voluntario (autocuratela), o cualquier otra modalidad de medida voluntaria

en la que no haya sustitución de la voluntad del discapacitado. Quedarían hipotéticamente fuera el resto de posibilidades, como la de falta del consentimiento del curador o prestador de apoyos cuando haya asumido funciones representativas.

Es lógica esta interpretación del art. 1302 CC, puesto que el supuesto de hecho de la norma parte **prácticamente siempre** de un discapacitado que presta el consentimiento, y que puede y debe hacerlo, por tener una deficiencia que no le impide prestarlo, sólo que **además**, necesitaba el del prestador de apoyos. Es decir, no se refiere a una curatela representativa ni a una medida de apoyo voluntaria con funciones representativas<sup>17</sup>.

Si eso es así, entonces los arts. 1302 y 1304 CC no serían aplicables a los casos (excepcionales pero perfectamente posibles) de curatela representativa, o medidas de apoyo voluntarias con asignación de funciones representativas, o al supuesto del guardador de hecho con esas mismas funciones representativas (art. 264 CC).

La cuestión es cómo se regirán estos supuestos en materia de nulidad. La respuesta parece clara: si no concurre el consentimiento del prestador de apoyos representante, en tanto estemos dentro del concreto ámbito representativo asignado, *el consentimiento del discapacitado, no sólo es insuficiente, sino que es improcedente e irrelevante, puesto que carecerá totalmente de legitimación para celebrar ese contrato, negocio o acto jurídico*. Por lo tanto, la falta de intervención del único legitimado (el prestador representante) debería dar lugar a la nulidad de pleno derecho, *ahora sí, por falta de un efectivo consentimiento contractual*.

Como decimos, la concurrencia del consentimiento del discapacitado será jurídicamente irrelevante, puesto que ya se habrá resuelto esta cuestión por el juzgador en el expediente de jurisdicción voluntaria o en el procedimiento judicial pertinente, al habersele privado de la posibilidad de ejercicio de su capacidad jurídica para ese concreto acto o actos.

Sin embargo, surge la duda **en casos de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria**, en cuanto que la intervención directa del discapacitado, sin la presencia de su «representante» (designado por él mismo con anterioridad) acaso pudiera identificarse con una suerte de «revocación», en principio perfectamente legítima, del poder de representación concedido. Ciertamente, cabe la posibilidad de que ese discapacitado haya perdido la capacidad para ese acto entre medias, pero en tales circunstancias, hay que recordar que la ley no permite ya un juicio de valoración de una posible falta de capacidad del sujeto, porque volveríamos al tema de la falta de «capacidad natural», ya excluido como vimos.

Es decir, mientras no haya una resolución judicial que niegue al discapacitado la facultad de celebrar ese acto jurídico, la decisión del mismo de prescindir de su «representante» (voluntario) debería tener plena virtualidad jurídica, y no podría ser anulado el contrato celebrado por él en exclusiva. Es cierto que esa denominada

---

17. La excepción vendría dada por el caso en que, *a posteriori* del acto celebrado, se hubiera designado un curador con facultades representativas, incluyendo en ellas las relativas al concreto acto o contrato previamente celebrado, y con específicas facultades impugnatorias. En estos casos, el discapacitado carecerá de aptitud para ejercitar la acción impugnatoria, debiendo poder hacerlo su curador representativo.

«revocación» de facultades representativas, efectuada por parte del discapacitado, pudiera no haber sido conocida por el tercero. Sin embargo, a pesar de ello, en la medida en que el tercero con el que contrata ha prestado su consentimiento sabiendo de la existencia de la medida de apoyo y de su naturaleza voluntaria, esté o no publicada por el Registro, no habrá más remedio que otorgar eficacia jurídica al contrato, puesto que se debe presumir (*iuris et de iure*) en el discapacitado la facultad de celebrar ese acto, dada la prevalencia que la ley otorga al consentimiento del discapacitado. Es decir, el tercero contratante, a pesar de conocer la medida voluntaria y de lo publicado por el Registro, debe acabar resultando protegido al darse prioridad al consentimiento del discapacitado por encima de la medida de apoyo voluntariamente establecida por él mismo.

La misma solución debe adoptarse en caso de medidas de apoyo voluntarias en las que se haya previsto el *consentimiento concurrente del prestador de apoyos junto al del propio discapacitado*. Aquí con más motivo, ya que habrá que entender sin ninguna duda que, mientras no haya una resolución judicial al respecto (posterior en el tiempo), el propio discapacitado tiene en sus manos la posibilidad de revocar las facultades concedidas a la persona autorizada, o simplemente la posibilidad de decidir por sí mismo, en exclusiva, lo que más le convenga, sin contar con aquél. Por lo tanto, no cabría en estas hipótesis la aplicación de la nulidad contractual prevista en el art. 1302 CC.

Por lo demás, la remisión que hace el art. 1302 CC a la falta de medidas «*cuando fueren precisas*» no puede entenderse como un juicio *a posteriori* sobre si debía o no ser precisa la medida: se refiere a que la medida ya existe, pero se prescinde de ella. Esto sólo puede valer para las medidas de apoyo judiciales. En suma, esa referencia a «*cuando fueren precisas*» está pensada únicamente para las medidas de apoyo de naturaleza judicial, y no a la voluntarias, y sólo a las que supongan constitución de la curatela o en general que supongan la necesidad de concurrencia de los dos consentimientos (del discapacitado y del prestador de apoyos), de modo que la falta de consentimiento de éste último es lo que puede dar lugar a la nulidad allí regulada.

### **3.7. En general, la falta de apoderamiento o la extralimitación de las funciones representativas: el artículo 1259 CC y su relevancia en materia de discapacidad**

Junto a lo anterior, y quizás como complemento de lo dicho, debemos finalmente plantearnos, en particular en aquellos casos en que el discapacitado tenga un representante *ad hoc* para ese acto (curador, defensor judicial o guardador de hecho con funciones representativas), si sería viable una nulidad del acto o contrato, no ya con base en el art. 1261 CC, por falta de consentimiento, sino con fundamento en el art. 1259 CC, *por haberse celebrado un acto por dicho representante careciendo de poder suficiente de representación*. Esto se plantearía tanto respecto de las medidas de apoyo voluntarias como de las legales.

**En las medidas voluntarias**, habida cuenta que provienen de una decisión documentada del propio discapacitado, habrá que atenerse al ámbito y los límites

señalados por éste para resolver si ha habido o no extralimitación (y los datos publicados al efecto en el Registro Civil).

No obstante, sucede que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, *los parámetros* a los que deberá atenderse para decidir —en caso de disputa— si ha actuado correctamente el prestador de apoyos que haya sido apoderado por el discapacitado, *han cambiado*, y ya *no sólo serán relevantes jurídicamente los límites inherentes al propio poder*, sino que se erige como *nuevo parámetro el de la «voluntad, deseos y preferencias» del poderdante, sean éstos actuales o bien sean hipotéticos*, es decir, fruto de una reconstrucción de lo que previsible hubiera querido el discapacitado según su trayectoria vital anterior. Sobre ello se vuelve más adelante.

Lo que es evidente es que puede constituir una causa de nulidad del contrato o acto celebrado por el prestador de apoyos con funciones representativas *el de la extralimitación en sus facultades, o en general el de haber actuado más allá de lo autorizado por el discapacitado que lo apoderó*.

**Tratándose de medidas de apoyo de origen judicial**, con asignación de funciones representativas, se aplicarán los mismos límites y, por tanto, las mismas causas de nulidad, *mutatis mutandi*. Aquí, la voluntad manifestada previamente por el discapacitado será sustituida por la «voluntad, deseos y preferencias», sean éstos actuales o bien sean hipotéticos.

En todos estos casos, debemos pensar que ese cauce anulatorio también surtirá efectos frente a los terceros contratantes, puesto que sería aplicación de la regla general del art. 1259 CC, adaptado a la discapacidad y a los distintos tipos de representantes de los discapacitados<sup>18</sup>.

En la dirección señalada, y en referencia a **actos personalísimos del discapacitado**, GARCIA RUBIO<sup>19</sup> asume implícitamente que podría declararse la nulidad en estos casos, en los que nunca cabe representación legal. En concreto afirma: *«Asimismo, el autor del poder también puede excluir del ámbito de actuación de la persona de apoyo los asuntos o actos que desee. En tal situación los mencionados como vedados al apoderado se sumarán a todos los que, por su carácter personalísimo, están excluidos ex lege de la actuación representativa cuando el apoyo requerido implique, precisamente, representación sustitutiva. Tal puede ser el caso de la celebración del matrimonio, la adopción, el reconocimiento de un hijo o el otorgamiento de un testamento, por señalar solo alguno de los más importantes. Con ello no quiero decir que este tipo de asuntos le sean negados a las personas que lleguen a necesitar apoyo a causa de su discapacidad; todo lo contrario, la regla es justamente la opuesta: que todas las personas, por el hecho de serlo, puedan realizar este tipo de actos, solos o incluso con el apoyo que precisen, si este es necesario. Lo que afirmo es que este apoyo no puede ser nunca de índole representativa sustitutiva, pues se trata de actos en los que la voluntad del interesado no puede ser nunca sustituida por la de un tercero»*<sup>20</sup>.

---

18. Debe advertirse sin embargo que ello puede acabar generando bastante inseguridad jurídica frente a los terceros, pero entendemos que la ley es clara al respecto.

19. GARCIA RUBIO, *ob.cit.*, pag. 12.

20. Las anteriores palabras nos llevan a cuestionar la pervivencia de la doctrina jurisprudencial, tanto del TC como del TS, que legitiman al tutor (hoy prestador de apoyos con funciones representativas)

#### 4. El cambio de paradigma y la minoría de edad

No se ha planteado el legislador las consecuencias que esta nueva filosofía sobre la capacidad de ejercicio de sus propios derechos por los discapacitados, puede traer consigo en otros ámbitos. Nos referimos ahora al campo de los contratos y negocios susceptibles de ser celebrados por los menores de edad no discapacitados.

En este tema, la regulación en principio no ha experimentado ningún cambio: los menores de edad siguen estando representados por su padres, en cuanto titulares de la patria potestad, o en su defecto, por sus tutores (art. 199 ss. CC), quienes les representarán en todos aquellos actos y contratos previstos en los artículos 162 y siguientes del Código Civil, y en los demás preceptos legales concordantes de las leyes especiales, pudiendo no obstante celebrar, conforme a lo dispuesto en el vigente art. 1263 CC *«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»*.

Sin embargo, debemos percatarnos de que se ha producido un sutil cambio en la redacción de este artículo 1263 por lo que concierne a los menores de edad. En la redacción anterior, se decía que *«No pueden prestar consentimiento: ...1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos...»*. Es decir, la redacción se configuraba en el sentido de *regla general* (la incapacidad para contratar) y *excepción* (aquellos contratos que la leyes les permitan o que puedan celebrar conforme a los usos sociales). *Hoy, por el contrario, la estructura de la norma es la de una regla, sin más*, la de que los menores de edad pueden celebrar aquellos contratos que la leyes les permitan o que puedan celebrar conforme a los usos sociales.

Esto supone a nuestro juicio, un cambio en la perspectiva, derivado sin duda de la comparación entre el régimen de los menores y el régimen de los discapacitados. Por lo tanto, debemos pensar que, cuando un menor con cierto grado de madurez quiera celebrar un contrato, suponemos que sin intervención notarial, *la nueva regulación le debería otorgar un mayor campo de actuación* a la hora de delimitar qué se debe entender por *«bienes y servicios de la vida corriente»* y por *«usos sociales»*<sup>21</sup>

Esto debe ser así por su correlación con la concesión a los discapacitados de la plena capacidad de ejercicio, a menos que exista una medida de apoyo preestablecida. Es decir, si una persona con una más o menos importante deficiencia física o mental está legitimada para cualquier contrato, *no tiene mucho sentido que no lo tenga, con similar alcance (ya que no igual), un menor de edad con edad cercana a los 18 años o con cierto nivel de madurez*, conforme a unos usos sociales cada vez más permisivos en cuanto la celebración de contratos sobre bienes o servicios.

---

para ejercitar acciones de separación legal o de divorcio en sustitución de un incapacitado (hoy, discapacitado) que no se halla en condiciones de hacerlo de forma más o menos permanente (v.gr., por hallarse en estado de coma). Todo indica que tal doctrina debe quedar proscrita tras la entrada en vigor de la nueva Ley, cuando menos respecto de la acción de divorcio.

21. Ese mayor campo debería tener especial reflejo en los actos y contratos relacionados con el ámbito personal del menor, donde su autonomía ha de ser por lógica mayor aún que en el ámbito patrimonial, al estar afectados directamente sus derechos constitucionales.

Dicho de otro modo, el debate sobre la aptitud de los discapacitados para el ejercicio de sus propios derechos por sí mismos, se puede perfectamente trasladar a los menores de edad con cierta madurez. Existirá una cierta incoherencia de un sistema jurídico como el vigente si no se plantea *una nueva reinterpretación del citado art. 1263 CC*, ya que de otro modo se corre incluso el riesgo de una posible inconstitucionalidad de las restricciones de la capacidad de actuación en el mercado de los menores de edad, cuando su nivel de conocimiento y madurez, e incluso de experiencia, puede superar en muchos casos el de grupos determinados de discapacitados, o el de discapacitados concretos en sus concretas situaciones.

## **5. Sobre la imposibilidad de mantener ya una suerte de presunción general de capacidad de las personas, con posibilidad de prueba en contrario, tras la nueva Ley de Discapacidad:**

De nuevo el cambio de paradigma derivado de la Ley 8/2021 ha podido influir a nuestro juicio en el tema de la presunción de capacidad de las personas, tradicionalmente esgrimido por doctrina y jurisprudencia.

En este sentido, ha sido habitual en la doctrina y en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo la concepción según la cual, cada vez que se plantee la duda sobre si un acto o contrato ha sido suscrito por una de las partes en unas circunstancias que pudieran pensar en una carencia de adecuado consentimiento, por posible falta de capacidad, debe mantenerse que existe una presunción general de capacidad del sujeto, debiendo probarse lo contrario para invalidar el acto o negocio celebrado.

Al respecto, cabe citar, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 14 de febrero de 2006, 8 de abril de 2016, 15 de marzo de 2018 o 6 de mayo de 2021.

La pregunta que debemos hacernos es si, con la Ley 8/2021 se ha venido a elevar a principio general específico el de que al sujeto discapacitado se le presume de manera general su madurez para la realización de actos por sí mismo, sin necesidad de asistencia o de apoyo de otro sujeto, o si más bien se trata de otro estadio distinto, que nada tiene que ver con esa doctrina clásica de la presunción de capacidad del sujeto salvo prueba en contrario.

Parece bastante claro, a la vista de la línea mantenida en las páginas anteriores, que hemos de mantener esto último<sup>22</sup>.

Por lo pronto, no está demasiado claro el alcance real y efectivo de la posición habitual de jurisprudencia y doctrina sobre la presunción general de capacidad de los sujetos personas físicas (siendo mayores de edad, claro). Así pues, es muy posible que este principio o máxima jurídica no deba ser desorbitado en cuanto a su

---

22. No obstante lo anterior, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de mayo de 2021, bien que dictada antes de la promulgación definitiva de la Ley 8/2021, se expresa en el sentido de establecer una conexión entre la nueva normativa derivada de la Convención de Nueva York de 2006 y el reconocimiento de la llamada presunción de capacidad, con susceptibilidad de prueba en contrario.

alcance. Probablemente es o ha sido una máxima *de carácter fundamentalmente probatorio*, en cuanto regla general probatoria según la cual quien alegue la falta de discernimiento del sujeto, debe probarlo, y no a la inversa, aun cuando ha sido también tradicional mantener la regla probatoria contraria cuando se trate de menores de edad y de sujetos con capacidad modificada judicialmente (antigua incapacitación). Junto a ello, debe señalarse que, analizadas con cierto detalle las distintas sentencias, comprobamos que se trata de una doctrina jurisprudencial especialmente aplicada en el ámbito testamentario, para justificar la validez del testamento otorgado notarialmente frente a la demanda de impugnación del mismo, siendo decisivo en todos esos casos el juicio de capacidad efectuado por el Notario otorgante. Por lo tanto, quizás no deba exagerarse su alcance, a pesar de que en algún momento se ha intentado fundarlo en el artículo 10 de la Constitución y los principios de autonomía y libre desarrollo de la personalidad.

Para rechazar dicha doctrina y defender su plena proscripción de nuestro Ordenamiento jurídico, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se puede exponer diversos argumentos.

El primero es que dicho principio no aparece plasmado normativamente por ningún lado en la Ley 8/2021, lo cual resulta muy significativo. Muy al contrario, la nueva ley asume que los discapacitados tienen la misma capacidad jurídica y de ejercicio que el resto de los ciudadanos.

En este sentido, como dato relevante, ya se ha señalado que han desaparecido del art. 1263 CC todas las incapacidades de obrar, de modo que la norma *está redactada en positivo, y no en negativo, como antes de la reforma*, por lo que no se puede ya considerar, ni a los menores, ni mucho menos a los discapacitados, como carentes de capacidad para prestar consentimiento contractual (y por tanto negocial en sentido amplio, salvo prohibiciones puntuales). Eso significa que ya no se podrá en ningún caso anular, por una hipotética falta de consentimiento contractual o negocial, el acto o contrato celebrado por el discapacitado, no habiendo una previa intervención judicial acordando medidas de apoyo<sup>23</sup>. Por lo tanto, ya no tiene sentido el cauce anulatorio del acto o negocio suscrito por el discapacitado con base en una prueba en contrario que destruya una hipotética presunción de capacidad, dado que la Ley 8/2021 ha suprimido de forma radical cualquier vía posible de anulación de esos actos o contratos del discapacitado, con base en una carencia de consentimiento derivada de la discapacidad del sujeto (salvo los matices que se han señalado más arriba).

Pero es que, junto a ello, la misma regulación del art. 1302 CC sobre las mismas medidas de apoyo previstas en la ley, voluntarias o judiciales, refuerzan esta conclusión, en cuanto, en principio, y como regla, sólo cabría impugnar los actos o contratos realizados por un discapacitado, cuando haya una medida de apoyo, v.gr., una curatela normal o no representativa, por falta de consentimiento, en caso de que falte

---

23. Tampoco significa propiamente una forma de protección de la apariencia jurídica, como decía hace tiempo GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, pag.82 ss., para justificar la posible nulidad contractual cuando, no habiendo previa incapacitación, se probase sin embargo la falta de capacidad natural del sujeto discapacitado.

uno de los consentimientos previstos, bien el del discapacitado, estando el del prestador de apoyos, bien el de éste último, faltando el del primero; o bien porque falte una autorización judicial.

La ley, al reconocer el principio de igualdad, está jugando en contra de la vigencia de presunción. No es que se presuma la capacidad, es que no cabe prueba en contrario. No hay propiamente un cauce procesal ni sustantivo para impugnar los actos del discapacitado por esa causa, como ya hemos expuesto antes. Dicho de otra forma, ya no se puede recurrir a la demostración de la falta de «capacidad natural» del sujeto, no sólo porque ya no cabe la incapacitación (y ella era la vía para delimitar cuándo era lícita o no la actuación del propio discapacitado, y era a la vez el cauce para el juego de la presunción<sup>24</sup>), sino porque la ley establece la igualdad en el ejercicio de los derechos del discapacitado respecto de los demás sujetos, por lo que ya no hay vía para anular los actos o contratos celebrados por el sujeto por esta específica causa.

Podemos preguntarnos qué hacer en aquellos casos en que, habiéndose solicitado la medida de apoyo, con base en una deficiencia del sujeto afectado, el juez la haya denegado, por considerar al presunto discapacitado como suficiente «maduro». En realidad, ese no va a ser el planteamiento en la práctica. Lo será el decidir si necesita o no apoyos, pero la negativa a acordarlos podría obedecer a otros motivos o razones distintas del nivel de madurez del sujeto. Por lo tanto, tampoco en estas situaciones creemos que sería viable el uso de la tradicional presunción (adaptada a la discapacidad)<sup>25</sup>.

---

24. La duda era si se podía demostrar la falta de capacidad natural producida antes del procedimiento de incapacitación, o si bastaba con la sentencia, o era además precisa su constancia registral, en el Registro Civil o en el Registro de la Propiedad.

25. No obstante todo lo anterior, podemos también preguntarnos por aquellos casos en que, habiendo una previa medida de apoyo (v.gr. de carácter representativo), el discapacitado quisiera a pesar de todo realizar el acto o contrato para el que se le ha designado un sujeto prestador de apoyos, *por considerar que ha mejorado su situación personal y que por tanto, a su juicio, puede celebrar el contrato correspondiente, y así lo hace efectivamente*. ¿Podría en estos casos jugar una suerte de presunción de capacidad favorable al discapacitado, y por tanto proclive a acoger la validez del acto o contrato con base en esa presunción? La cuestión nos parece muy difícil de responder afirmativamente. Debemos pensar que, desde el momento en que se le nombra al discapacitado un prestador de apoyos (normalmente, un curador, con o sin funciones representativas), el acto que realice por sí mismo, y sin la asistencia o representación de aquél, debe ser presuntamente invalido, o al menos susceptible de ser invalidado, por parte de ese representante o asistente, al considerarse vigente la medida acordada judicialmente, medida que extenderá su eficacia hasta el momento en que sea revisada o revocada judicialmente, por los cauces procesales correspondientes.

Cuestión distinta es que el prestador de apoyos, estando obligado en todo momento a recoger y transmitir la voluntad actual o hipotética del discapacitado, opte —como puede hacer conforme al citado art. 1302— por no impugnar dicho acto, dado que el mismo no es inválido de forma inmediata, sino sólo invalidable por iniciativa de los sujetos legitimados legalmente, aquí el curador o representante.

## II. DISCAPACIDAD Y PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL DISCAPACITADO: LA DESAPARICIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL INCAPAZ O DISCAPACITADO DE NUESTRA LEGISLACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS:

Todo lo expuesto anteriormente llevan a preguntarnos si se puede mantener tras la Ley 8/2021 la pervivencia del tradicional principio del superior interés del incapacitado, transformado y adaptado ahora los discapacitados en el sentido de principio de superior interés del discapacitado.

Por lo pronto, debe quedar claro que, en realidad, nunca ha habido en el CC un principio de protección del interés superior del discapacitado, sino del incapaz judicialmente. Tras las reformas de 2003, no se instaura propiamente este principio respecto del sujeto con discapacidad. Sólo se regulan cuestiones puntuales sobre discapacidad o discapacitados.

Comencemos con las palabras de GARCÍA RUBIO<sup>26</sup>: *«A pesar de que subsisten algunas buellas en la parte procesal que deberían ser eliminadas en una posterior reforma, en la parte sustantiva de la nueva ley se ha tratado de prescindir del criterio del «mejor interés» o «interés superior» o similares de las personas con discapacidad como guía de actuación tanto para los poderes públicos como para los particulares que actúen como apoyo cuando tengan que intervenir en la toma de decisiones que afecten a las personas con discapacidad. La eliminación de este criterio es una exigencia de la Observación General Primera que se ha tratado de respetar al máximo, al entender que es la que se compadece con el nuevo concepto de capacidad jurídica y la que, en verdad, respeta la dignidad de la persona y su derecho a tomar sus propias decisiones, con o sin apoyo»*<sup>27</sup>.

Se trata sin embargo de una opinión no compartida hasta la fecha por toda la doctrina reciente estudiosa de la Ley y de los distintos proyectos de ley<sup>28</sup>. Así, por

---

26. GARCÍA RUBIO, *ob.cit.*, pag. 4.

27. En esta misma dirección, PAU PEDRON, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol V N° 3 (julio-septiembre 2018), pag. 7.

28. Es más, la antes citada y muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de mayo de 2021, después de citar el artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006, señala que uno de los principios básicos de la nueva normativa (no la Ley 8/2021, aún no promulgada en ese momento) es del interés superior de la persona del discapacitado. Al respecto afirma literalmente:

*«El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros.*

*A dicho principio se refiere la sentencia 458/2018, de 18 de julio, cuando señala:*

*«El interés superior del incapaz —sentencias 635/2015, 19 de noviembre 2015; 403/2018, de 27 de junio—, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad...».*

ejemplo, BERROCAL LANZAROT<sup>29</sup>, adopta una posición favorable a la pervivencia de dicho principio, compartida con la idea de la voluntad del discapacitado. No aclara sin embargo la autora cuándo se atenderá al interés del discapacitado por parte del juez, y no a su voluntad. Este interés parece que, desde su perspectiva, sería subsidiario a la voluntad, por lo que debemos pensar que lo remite únicamente a los casos en que no sea posible determinar su voluntad.

También en esta dirección PALLARÉS NEILA<sup>30</sup> afirma: *«Es cierto que... esta tensión entre la autonomía y el mejor interés de la persona con discapacidad se está resolviendo en Derecho comparado priorizando la primera, la voluntad del propio interesado, pero a nuestro juicio, el respeto a la voluntad manifestada por la persona a quien se le ha reconocido ciertas limitaciones en el ejercicio de su capacidad jurídica, sin el establecimiento de una norma de cierre que implique ciertas cautelas nos parece temerario; y presumirla, sencillamente inadmisibile»*.

A pesar de estas últimas opiniones, nos parece mucho más coherente la primera de ellas, a la vista de todo lo expuesto con anterioridad sobre los principios de la Ley y los cambios sustanciales producidos<sup>31</sup>.

Seguramente, haya que defender que no existe ya un principio de protección prevalente del interés del discapacitado, cuanto en todo caso *un nuevo principio de signo diferente: el principio de prevalencia de la voluntad del discapacitado, frente a otras posibles voluntades intervinientes* (incluso la de la propia autoridad judicial, que se vería sustancialmente constreñida por la misma), *en caso de conflicto o disputa*<sup>32</sup>.

Si se quiere introducir algún matiz a la tesis anterior, ese podría ser el de que quizás deba de distinguirse entre discapacitados con medidas de apoyo consistentes

---

29. BERROCAL LANZAROT, A.L., «La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad en el proyecto de ley 121/000027», *LA LEY Derecho de familia*, N° 29, Sección A Fondo, Primer trimestre de 2021, pag. 12. En concreto afirma: *«Además el respeto a la voluntad, deseos y preferencias debe primar por encima del interés de la personas con discapacidad; si bien, dicho interés puede ser tenido en cuenta por el juez atendiendo a las circunstancias del caso. El interés superior de la persona actúa como guía en la adopción de las medidas de apoyo junto con la voluntad»*. En todo caso, *el interés de la persona con discapacidad si entra en colisión con el interés de otras personas, aquél tendrá primacía o preferencia sobre éste»*.

30. PALLARÉS NEILA, j. «La participación en la toma de decisiones: el instrumento que permite el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica», *Actualidad Civil*, N° 3, Sección Persona y derechos / A fondo, Marzo 2020, pag. 13.

31. En esta misma dirección, CALAZA LÓPEZ, S., «La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad», *LA LEY Derecho de familia n° 31, julio-septiembre, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, pag. 7.

32. La misma GARCIA RUBIO, *ob.cit.*, pag. 14, ha dicho en esta misma dirección: *«Esto significa, y me parece un apunte importante, que cuando el curador sea representativo y precise de autorización judicial en los términos del nuevo art. 287 CC, la función de la autoridad judicial ya no será la de calibrar el mayor o menor beneficio del acto para el representado, sino la de valorar si, en efecto, se ha respetado la voluntad de este en la toma de la decisión, por lo que, una vez más, su presencia y protagonismo en el procedimiento correspondiente resulta de la máxima importancia»*.

en atribución a un sujeto de funciones representativas, donde sí jugaría en cierto modo este principio, y los demás casos, donde parece más claro que no puede haber una primacía del interés del discapacitado. La regulación de la LEC parece que va en esa dirección. Tan sólo cuando se trate de una voluntad del discapacitado, al que previamente se le hubiera designado una medida de apoyo con funciones representativas, y la disputa fuera justamente en el concreto ámbito cubierto por esas funciones, es donde podría justificarse el recurso al interés (entendido genéricamente) del discapacitado.

Pero para ello debería cumplirse la exigencia de que no pudiera conocerse ni directa ni indirectamente, ni siquiera mediante una reconstrucción de la hipotética voluntad del discapacitado según su trayectoria vital previa. Sólo en ese caso claramente excepcional no estaría justificado recurrir a la voluntad del discapacitado, primando la idea abstracta de la búsqueda del mejor interés de éste.

Ahora bien, si nos fijamos, el alcance de ese recurso en estas situaciones sería también muy limitado. Ya no estaremos propiamente ante un principio interpretativo o informador de la ley en general, como ocurriría con ese presunto principio del interés superior del discapacitado. Ya no se trataría tampoco de que, en caso de conflicto de intereses, primaría el interés de éste sobre el de los demás sujetos en juego, como sucedía con anterioridad. En realidad, en estos casos de curatela con funciones representativas, se trataría más bien de la aplicación del deber o carga genéricos de todo representante, sea voluntario o legal o judicial, de actuar siempre en interés del representado, como modelo básico de conducta de todo sujeto que se inmiscuye en un ámbito de actuación ajeno. Por tanto, *tendrá una utilidad restringida a resolver el alcance de lo que estará legitimado para hacer o no el prestador de apoyos, lo cual será relevante primordialmente en las relaciones internas entre discapacitado y prestador de apoyos*<sup>33</sup>.

No obstante, la cuestión debe ser examinada con algo más detenimiento.

Por lo pronto, debemos plantearnos por el alcance que deba otorgarse en la regulación actual de la discapacidad y en su aplicación por los Tribunales, al mandato constitucional de protección de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, recogido en el art. 49 de la Constitución. ¿Podríamos seguir manteniendo un principio de tutela del interés superior del discapacitado, a partir de esta norma constitucional? ¿Cuál sería en caso contrario el contenido de ese mandato constitucional?<sup>34</sup>

Sabemos que se está tramitando en sede parlamentaria la reforma de este artículo 49 CE, seguramente para adaptarlo a los principios derivados de la Conven-

---

33. Ello no significa que, en las relaciones con el tercero contratante, no vaya a tener eficacia. Como vimos más arriba, también podrá tenerla, en la medida en que se pueda acreditar frente al mismo que se ha vulnerado de forma más o menos flagrante la voluntad (actual o hipotética) del discapacitado.

34. En esta dirección, DE SALAS MURILLO, «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 780, 2020, pag. 2236-2237, defiende que el artículo 49 CE debe coonestarse con el art. 10 de la misma Constitución (principio de dignidad y libre desarrollo), y deducir de ambos la base para mantener la persistencia de este principio del interés superior del discapacitado.

ción de Nueva York de 2006 y a la vez, coordinarlo con la reciente reforma legal de la ley 8/2021. Pues bien, el propio texto propuesto viene a ratificar la idea de la autonomía de las personas con discapacidad y su equiparación al resto de ciudadanos, y no se vislumbra en ella nada relacionado con un presunto principio del interés superior de los discapacitados como instrumento específicamente protector de estas personas<sup>35</sup>. Por lo demás, con independencia del resultado de esta reforma constitucional, que vislumbramos complejo políticamente, las consecuencias sobre la cuestión aquí planteada van a ser seguramente poco trascendentes.

Desde el punto de vista constitucional, no hay en la actualidad —ni va a haberlo en el futuro— mandato alguno al legislador ordinario para que mantenga a capa y espada lo que hasta ahora era el tradicional principio de preeminencia del interés del discapacitado o incapaz. La norma del art. 49 CE está pensada para orientar la política legislativa en orden a la integración social de los sujetos allí señalados, y aun cuando pudieran equipararse a lo que hoy la Ley 8/2021 entiende por discapacitados, lo cierto es que precisamente una política de integración debe huir justamente del tutelaje legal o judicial de los discapacitados, y debe tender hacia la equiparación, que es lo que busca la Convención de Nueva York. Precisamente esta Convención, al haber pasado a formar parte del Ordenamiento jurídico interno, orientará la interpretación de la norma constitucional hacia la mayor autonomía posible del discapacitado y por tanto hacia un rechazo al principio que estamos analizando.

Por otro lado, los argumentos empleados para mantener la vigencia de este principio del interés superior del discapacitado tampoco son convincentes.

Así, se ha dicho por MARTINEZ DE AGUIRRE<sup>36</sup> que la Convención ha sido de alguna manera alterada por la Observación General primera, que ha hecho un excesivo hincapié en la voluntad del discapacitado, cuando aquella atendía a datos más «objetivos» como «los derechos e intereses» de la persona del discapacitado, y de ahí habría pasado a la Ley 8/2021, todo lo cual debería llevar al mantenimiento del principio del interés superior del discapacitado<sup>37</sup>. Frente a esta opinión, es incuestionable que

---

35. Transcribimos el texto propuesto desde el Gobierno, y dado a conocer en mayo del presente año 2021 (en la actualidad se tramita ya en el Senado la reforma constitucional):

«Artículo 49. 1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

3. Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos.»

36. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica», Diario La Ley, N° 9851, 17 de mayo de 2021, pag. 4.

37. En una línea muy similar, DE SALAS MURILLO, S., «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?» cit., pag. 2227 ss., defiende la necesidad de lograr un equilibrio entre la voluntad del discapacitado y el interés objetivo de este, en cuanto considera que el abandono del interés

estamos ahora ante un texto legal que ensalza la «voluntad, deseos y preferencias» de forma reiterada, y *prescinde por completo de una idea objetivada de ello, que podría llevar a la pervivencia del citado principio*. En consecuencia, estamos más ante un *desiderátum* que ante una pauta o criterio deducible de la letra o del espíritu de la nueva regulación<sup>38</sup>.

El mismo autor citado<sup>39</sup> abunda en sus planteamientos aduciendo que ***«La toma de decisiones depende no solo de la voluntad, sino también del entendimiento: de ahí la importancia del proceso de toma de decisiones, que culmina en la voluntad, pero ni comienza ni se agota en ella»***. Viene así a introducir de forma sorpresiva un elemento nuevo que no aparece en la Ley por ningún lado, como éste de diferenciar «la voluntad» del «entendimiento», de modo que la falta de éste último influye en el proceso de toma de decisiones, lo que debería obligar a un examen de si había o no una «capacidad de conocer y querer», siendo viable —parece querer decirse— la impugnación cuando tal cosa falte. Es incuestionable que con esta forma de razonar se pretende sin más reintroducir la tradicional «falta de capacidad natural» como una causa más de impugnación de los contratos o actos otorgados por los discapacitados, cuando es manifiesto que no hay base para ello en la reforma legal.

Del mismo modo, ya vimos la opinión de PALLARÉS NEILA, quien argumentaba que siendo cierto que la tensión entre la autonomía y el mejor interés de la persona con discapacidad se está resolviendo en Derecho comparado priorizando la primera, esto es, la voluntad del propio interesado, a su juicio resultará temerario el respeto a la voluntad manifestada por la persona a quien se le ha reconocido ciertas limitaciones en el ejercicio de su capacidad jurídica, sin el establecimiento de una norma de cierre que implique ciertas cautelas.

Frente a ello, y al margen de que no se expone aquí un verdadero argumento jurídico, sino una mera valoración personal, se olvida que la imposición de cautelas o salvaguardias, que es una fórmula nueva inexistente antes respecto de estos u otros sujetos, refuerza la idea aquí defendida. No es que con ellas se busquen formas de protección de un sujeto concreto porque merezca especial protección; es simplemente que *esas cautelas son la fórmula utilizada por el legislador para procurar que se alcance la prestación del consentimiento por el discapacitado en condiciones de igualdad al resto de ciudadanos*. Eso debe llevar consigo el que no se establezcan causas de nulidad específicas de los contratos suscritos por ellos, sino como mucho adaptar las causas tradicionales sobre vicios del consentimiento. Pero *antes de llegar a esto último, se deben adoptar las referidas salvaguardias, a nivel judicial (e inclu-*

---

del discapacitado —que de algún modo reconoce— se topa con la realidad, en cuanto en no pocas veces será inviable adoptar una decisión basada en la voluntad del discapacitado, y remite a los casos en que no sea posible reconstruir la voluntad hipotética del sujeto.

38. De hecho, es llamativo que el propio autor acabe reconociendo que el paso del Proyecto por el trámite parlamentario ha acentuado esa prevalencia de la voluntad, al haberse suprimido supuestos en que no se atendía a ella, y que a la postre el mismo concepto de discapacidad y la consiguiente adopción de medidas de apoyo aparecen en la ley supeditados, no a la constancia de una deficiencia psíquica, sino al hecho de que un sujeto tenga o no aptitud para expresar su verdadera voluntad.

39. MARTINEZ DE AGUIRRE, «Autonomía..» cit., pag. 7.

so a nivel convencional, en las medidas de apoyo voluntarias) para impedir la anulación y dar eficacia a lo celebrado por el discapacitado con los apoyos correspondientes. Esta es la estructura jurídica empleada por el legislador de esta Ley 8/2021, esto es, adoptar salvaguardias o cautelas, y sólo cuando no hayan sido suficientes, permitir la impugnación básicamente por vicios del consentimiento o excepcionalmente por el mero hecho de no haber utilizado las medidas de apoyo. De ese modo, se prescinde indudablemente de mantener el principio clásico del interés superior y prevalente del incapaz (hoy, discapacitado), con las consecuencias jurídicas inherentes a ello, entre otras las impugnatorias por falta de capacidad natural del sujeto.

No hay, por lo demás, en la Ley 8/2021 nada parecido a lo que establece el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor, donde sí tiene un reflejo explícito un principio de este signo, el principio del superior interés del menor respecto de cualquier otro, y donde además se trata (sin conseguirlo del todo, dicho sea de paso) de delimitar las consecuencias de la proclamación de dicho principio.

La defendida sustitución de este tradicional principio por el de la prevalencia de la voluntad del discapacitado no significa una especial tutela de la posición del discapacitado en un posible conflicto con otros intereses en juego: significa el reconocimiento de que ese sujeto es un actor del mundo jurídico como cualquier otro al que hay que asegurar la adecuada prestación del consentimiento, en los casos en que lo tenga que hacer, que serán la gran mayoría. A ello nos dedicamos en el próximo capítulo, al cual remitimos.

### III. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A.L., «*La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad en el proyecto de ley 121/000027*», *LA LEY Derecho de familia*, N° 29, Sección A Fondo, Primer trimestre de 2021.
- CALAZA LÓPEZ, S., «*La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*», *LA LEY Derecho de familia n° 31, julio-septiembre, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*.
- CARRASCO PERERA, A., «*Riesgos y estrategias en la nueva contratación con discapacitados, guardadores y curadores*», publicado en Gómez-Acebo & Pombo 50 Aniversario, Junio de 2021.
- GARCÍA ALGUACIL, M.J., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Ed. Reus, Madrid, 2016
- GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz, «*Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*», *SEPIN*, Junio 2021.
- GONZALEZ GRANDA, P., *Articulación del sistema procesal de provisión de apoyos y salvaguardas en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, La Ley Digital, Práctica de Tribunales, N° 141, Noviembre-Diciembre 2019.
- GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, ed. Tecnos, Madrid, 1986

- GUILARTE MARTÍN-CALERO, «*Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual*», **BIB 2018\13987**, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.11/2018.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «*Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica*», *Diario La Ley*, N° 9851, 17 de mayo de 2021
- MORALES MORENO, A.M., *El error en los contratos*, Ed. Ceura, Madrid, 1988.
- PALLARÉS NEILA, j. «La participación en la toma de decisiones: el instrumento que permite el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica», *Actualidad Civil*, N° 3, Sección Persona y derechos / A fondo, Marzo 2020
- PANTALEON PRIETO, F., «Otra vez la consumación? Perseverare diabolicum» (I) y (II), en el *Almacén del Derecho*, 7 abril de 2021.
- PAU PEDRON, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol V N° 3 (julio-septiembre 2018)
- DE SALAS MURILLO, S., «La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos», *Diario La Ley*, N° 9841, Sección Doctrina, 3 de Mayo de 2021.
- DE SALAS MURILLO, «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 780, 2020.

## Capítulo IV

# LA ABSOLUTA PREDOMINANCIA DE LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO: DETERMINACIÓN Y SU VERDADERO ALCANCE. SUPUESTOS POSIBLES EN LOS QUE NO FUNCIONARÁ LA VOLUNTAD ACTUAL O HIPOTÉTICA DEL DISCAPACITADO

*José Manuel Ruiz-Rico Ruiz*

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO. II. VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO Y NULIDAD DE CONTRATOS: LOS ARTÍCULOS 1263 Y 1302 CC DESDE LA PERSPECTIVA DE LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO. III. NIVELES POSIBLES DE RELEVANCIA DE LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO. IV. EL SUPUESTO CONCRETO DE PRESTADOR DE APOYOS CON FUNCIONES REPRESENTATIVAS (SIN SUSTITUCIÓN PLENA DE LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO). V. LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO Y SUS POSIBLES MANIFESTACIONES. 1. La intervención del discapacitado en la elección de la persona que va a prestar los apoyos. 2. La voluntad del discapacitado en cuanto al tipo de medida de apoyo y el momento de hacerlo. 3. La voluntad del discapacitado en cuanto a la determinación de las condiciones para la vigencia de las medidas de apoyo. 4. La voluntad del discapacitado para determinar los casos de intervención del prestador de apoyos con o sin funciones representativas, así como las facultades concedidas al mismo. 5. La voluntad del discapacitado en los procesos judiciales en los que intervenga (expedientes de jurisdicción voluntaria y procedimientos contenciosos). 6. La voluntad del discapacitado para manifestar su negativa a recibir medidas de apoyo. VI. SUPUESTOS POSIBLES EN LOS QUE NO FUNCIONARÁ LA VOLUNTAD ACTUAL O HIPOTÉTICA DEL DISCAPACITADO. OPINIONES DOCTRINALES Y ANÁLISIS CRÍTICO. 1. La curatela representativa con sustitución plena de la voluntad actual o hipotética del discapacitado. 2. Casos de guarda de hecho con anteposición a las medidas de apoyo voluntariamente propuestas por el discapacitado. 3. Los casos de insuficiencia de las medidas de apoyo voluntarias. 4. El supuesto

especial del artículo 252 C.Civil: la atribución gratuita de bienes al discapacitado y la administración de los mismos. 5. Los casos en que se prevé la audiencia del discapacitado sin que el juzgador esté vinculado por la voluntad del discapacitado. 6. El artículo 276 C.Civil sobre nombramiento como curador de sujeto distinto del propuesto por el discapacitado.

## I. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO

La enorme predominancia concedida en la Ley 8/2021 a la voluntad del sujeto discapacitado constituye sin duda uno de los ejes centrales de la reforma legal en materia de discapacidad. Como antes se señaló, podría decirse que el principio del interés superior del discapacitado o incapaz en general, ha sido sustituido por otro principio que claramente reluce en la nueva normativa: el que llamaremos principio de prevalencia absoluta de la voluntad del discapacitado.

En este capítulo vamos a intentar desgranar hasta qué punto es así, examinando de forma global las distintas formas en que se puede manifestar o acabar expresándose esa voluntad, así como las posibles excepciones o situaciones específicas en las que no va a ser prevalente, dándose relevancia a otras voluntades o criterios.

Empezamos con unas palabras de GARCÍA RUBIO<sup>1</sup>, quien afirma lo siguiente: «A mayor abundamiento, **la focalización de este respeto por la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad se pone de relieve tanto por la prioridad de las medidas de apoyo voluntarias (arts. 249.p. 1 y 255 p. final CC), como por la necesidad de que quien preste el apoyo respete la voluntad deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 249, p. 1 CC, en general, o art. 268 p. 1 para la curatela)...».**

Esto significa afirmar que la voluntad/deseos/preferencias se manifiesta en dos campos fundamentales: el de las medidas de apoyo, donde priman las medidas de apoyo voluntarias por encima de las demás, incluso las judiciales o legales, y el del modo de actuación de los prestadores de apoyo, que también deben guiarse por la voluntad y preferencias actuales o hipotéticas del discapacitado, incluso aunque se trate de uno designado voluntariamente por el propio discapacitado.

A nuestro juicio, sin embargo, ese principio de prevalencia de la voluntad puede ser llevado bastante más allá, y aplicarlo a prácticamente todos los ámbitos donde se dilucide cualquier cuestión relativa a un sujeto discapacitado<sup>2</sup>.

---

1. GARCÍA RUBIO, «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *SEPIN*, Junio 2021, pag. 5.

2. Sobre la importancia de la voluntad del discapacitado en el ámbito de los derechos de la personalidad y en el ámbito patrimonial, conforme a la antigua normativa, vid. GARCÍA ALGUACIL, M.J., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Ed. Reus, Madrid, 2016, pag. 51 ss.

## II. VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO Y NULIDAD DE CONTRATOS: LOS ARTÍCULOS 1263 Y 1302 CC DESDE LA PERSPECTIVA DE LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO

Por lo pronto, debemos dejar bien establecida la pauta principal de la Ley 8/2021 —la cual no necesariamente tiene su entronque en la Convención de Nueva York de 2006— en cuanto a la actuación de los discapacitados en el ejercicio de sus derechos: esa pauta la encontramos en los decisivos artículos 1263 y 1302 CC, reguladores de la capacidad para contratar y la acción de nulidad de los contratos suscritos por los discapacitados.

De acuerdo con ellos, leídos *sensu contrario*, se extrae la conclusión básica de que, no habiendo medidas de apoyo acordadas previamente respecto de un sujeto discapacitado, no será viable la anulación del contrato por razón de discapacidad, o más exactamente, por razón de falta de capacidad natural o falta de discernimiento para celebrar ese contrato. Por lo tanto, la nueva normativa dispone, no sin cierta perplejidad, la validez general de los contratos suscritos por los discapacitados, sean cuales sean sus circunstancias y su situación personal física o mental, pudiendo ser anulados sólo cuando hubiera unas previas medidas de apoyo que hayan sido soslayadas o eludidas por el propio discapacitado.

Esto conduce a una idea que ya expresábamos en el Capítulo anterior: a partir del 3 de septiembre de 2021, al legislador, tratándose de un sujeto mayor de edad que contrata, ya no le va a preocupar si tenía suficiente «capacidad» o discernimiento a la hora de suscribir personalmente un contrato o celebrar un negocio o acto jurídico. Lo que le va a interesar es ante todo *que la voluntad contractual manifestada o exteriorizada por el sujeto (presuntamente) discapacitado se corresponda con su verdadera intención*<sup>3</sup>. O en caso de no haberse expresado o exteriorizado, se habrá de atender prioritariamente a la voluntad que pudiera manifestar, o incluso no siendo esto posible, a la hipotética voluntad que hubiera expresado a partir de su trayectoria vital anterior. Pero es que, además, esa voluntad, en tanto pudiera expresarse, podría llevar a revocar, alterar o hacer ineficaces cualesquiera actuaciones o decisiones tomadas por los prestadores de apoyos, o incluso por la propia autoridad judicial, en tanto no coincida con la del discapacitado.

Como sabemos, esta es la manera de equiparar (casi totalmente), de forma implícita, al sujeto discapacitado con el resto de sujetos mayores de edad que actúan en el mercado o la contratación en general.

Fíjese bien, además, que el nuevo art. 1302 CC no ha dejado la puerta abierta a una anulación cuando se pruebe que la contraparte se hubiera aprovechado de

---

3. A este objetivo (determinar la verdadera voluntad interna del discapacitado, o su voluntad hipotética) se deberá dedicar también el Notario ante el cual se otorgue, si llega el caso, el posible contrato o negocio que se celebre, esto es, deberá cerciorarse de que su voluntad real se corresponde con el negocio extremadamente celebrado. Dicho en sentido más gráfico: lo importante y decisivo ahora no será conocer si el otorgante tiene aptitud o capacidad natural para otorgar el concreto contrato, sino *conocer si es verdaderamente querido aquello que manifiesta celebrar, o si lo transcrito por el Notario se corresponde con su verdadera voluntad interna*.

la situación del discapacitado mediante la obtención de una ventaja económica, como podía haberse previsto. Esto sólo será posible cuando, *además de probarse esa ventaja*, quede constancia de que se ha prescindido de la intervención del prestador de apoyos, estando prevista la misma para ese concreto negocio o contrato. Por tanto, no es posible lo primero sin cumplir esta segunda exigencia legal o *conditio sine qua non*.

Es cierto que este asunto ha sido —y va a ser— discutido a nivel doctrinal y en la práctica judicial, en cuanto hay opiniones que consideran que puede ser decisivo para la anulación el haberse aprovechado el tercero del resultado del acuerdo, sin más exigencias<sup>4</sup>. Sin embargo, creemos que esta postura carece en realidad de fundamento en la ley<sup>5</sup>.

Esto implica a la postre lo que dijimos más arriba en el Capítulo anterior: que en la nueva normativa, al equiparar a los discapacitados con el resto de personas mayores de edad sin discapacidad, la posible anulación del contrato o negocio se centrará en si ha habido una voluntad exteriorizada que sea acorde con la verdadera voluntad del sujeto, lo que en suma remitirá muy frecuentemente al examen de la posible concurrencia de vicios del consentimiento contractual (arts. 1265 ss. CC).

En principio, el hecho de que se pudiera estimar que el discapacitado contratante estaba realmente necesitado de medidas de apoyo para ese acto, no tendrá relevancia jurídica como causa invalidadora del mismo, en tanto el sujeto no dispusiera ya, esto es, de forma actual, de una medida de apoyo específica, y ésta no hubiera sido utilizada.

1. La regulación legal del art. 1302 CC, en relación justamente al tema de relevancia de la voluntad del discapacitado, obliga a dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿qué sucederá cuando el contrato celebrado por el discapacitado sin la concurrencia del prestador de apoyos (habiendo sido éste designado a tal fin con anterioridad), sea impugnado por este último, conforme al art. 1302.3 párrafo 2º CC, *pero el discapacitado manifieste su voluntad contraria de darlo por válido y eficaz?*

Se trata de una cuestión que el legislador, tras haber elevado la voluntad del discapacitado a la categoría de principio general, no se ha planteado. No se trata aquí del caso de un prestador de apoyos al que se le han asignado funciones representativas, sino *del supuesto del prestador de apoyos cuyo consentimiento debe concurrir junto con el del discapacitado* para hacer válido el contrato celebrado. En este concreto caso, que es el típico del tradicional curador y figuras asimiladas al mismo, *es muy dudoso que*, dándose el supuesto de hecho de dicha norma (falta

---

4. Esta parece ser la posición de GARCIA RUBIO, *ob.cit.*, pag. 16.

5. Como argumento colateral pero muy relevante en contra de la interpretación señalada, esto es, la de que bastaría con que el tercero hubiera obtenido una ventaja injusta para anular el contrato, puede aducirse el que, de ser así, no tendría sentido haber modificado el art. 1291.1º CC, el cual como sabemos sólo admite la rescisión por lesión patrimonial cuando, además de superar una cuarta parte el valor de mercado de la cosa o servicio, se haya actuado por el curador sin autorización judicial. Por lo demás, no tiene mucha lógica que la ventaja injusta sólo pueda ser aducida por el prestador de apoyos, y no por el propio discapacitado, quien según el párrafo primero del nuevo art. 1302.3 CC únicamente podrá anular cuando hubieran prescindido de las medidas de apoyo.

de consentimiento del prestador de apoyos y conocimiento del tercero contratante), *se pueda anular el contrato si a ello se opone frontalmente el propio discapacitado*. Por cuanto, *de entender lo contrario, se elevaría la voluntad del prestador de apoyos impugnante por encima de la voluntad del discapacitado*, criterio que no se percibe por ningún lado a lo largo de la Ley 8/2021.

En consecuencia, creemos que el legislador no ha sopesado bien lo que dice —o parece decir— en la modificación del art. 1302 CC: si nos hallamos ante un supuesto de medida de apoyo donde el prestador ha de concurrir con el discapacitado en la emisión del consentimiento contractual o negocial, la posibilidad de que este último sujeto pueda instar judicialmente la nulidad del contrato por falta de su propio consentimiento, *pasa inexorablemente por que la presentación de la demanda sea consentida —expresa o tácitamente— por ambos sujetos, incluido el propio discapacitado*. La negativa de éste debería, por coherencia con el sistema instaurado, *impedir* la legitimación en exclusiva del prestador de apoyos (curador, defensor judicial en sustitución de éste, etc.). Con mucho más motivo este criterio debe regir si se trataba de un prestador de apoyos voluntario con funciones de complemento del consentimiento, designado por el propio discapacitado<sup>6</sup>.

2. Nos planteamos por último *el supuesto en que el prestador de apoyos ostente funciones representativas, pero lo haga por habérselas atribuido expresamente el discapacitado de forma voluntaria*, a través de alguno de los cauces legales para ello (poderes preventivos, autotutela, etc.). Aquí surge la duda sobre si podría instar la nulidad del contrato celebrado de forma separada y sin contar con el propio discapacitado. Planteado el tema de otro modo: *¿podría el discapacitado obstaculizar la intención del prestador de apoyos voluntario, con funciones representativas, de impugnar un contrato celebrado por el primero sin contar con el sujeto autorizado para ello?* ¿Podría hacerlo a pesar de que hayan concurrido las condiciones y presupuestos (marcados convencionalmente en escritura notarial) para hacer efectiva la utilización de las funciones representativas atribuidas voluntariamente?

La respuesta debe ser matizada. *En la medida en que el discapacitado no haya perdido sus facultades* y no haya sido además objeto de un expediente de jurisdicción voluntaria o un procedimiento judicial *ad hoc* para poner en cuestión sus capacidades decisorias y nombrársele judicialmente un representante para ese o esos actos, *se tratará realmente de una revocación de poderes*, y por tanto perderá el sujeto autorizado la legitimación para pedir la nulidad.

En cambio, si las hubiese perdido, y hubiera habido adicionalmente un pronunciamiento judicial al efecto con atribución de funciones representativas, entonces

---

6. Sólo en la hipótesis de que el discapacitado no tenga el suficiente discernimiento *en el momento de instarse la demanda*, lo que *exigiría una resolución judicial designando un curador con funciones representativas* (para ese concreto acto) permitiría a este último instar de forma separada la nulidad. Pero entonces la vía anulatoria no sería la del art. 1302.III CC, que expresamente remite a los «contratos mencionados en el párrafo anterior» (los celebrados por el discapacitado sin la concurrencia del prestador de apoyos, estando prevista la misma de antemano), sino la derivada del hecho de haber sido autorizado en exclusiva por el juez para ejercitar esa concreta acción de anulación.

el discapacitado habrá perdido su poder de control, y será correcta la legitimación del sujeto representante.

### III. NIVELES POSIBLES DE RELEVANCIA DE LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO:

A nuestro juicio, podría decirse que la Ley 8/2021 ha establecido **cuatro niveles básicos** de eficacia de los actos del discapacitado en función de su situación y de la existencia o no de medidas de apoyo y de la naturaleza concreta de éstos:

**Nivel 1:** El discapacitado lo puede decidir todo por sí mismo, en tanto no disponga de medidas de apoyo actuales, ya sea porque el mismo las haya previamente previsto pero no para ese acto jurídico concreto, o no lo haya hecho aún una resolución judicial, o en general cuando no se aprecie la necesidad de dichos apoyos.

**Nivel 2:** Existe una medida de apoyo pero el discapacitado esté facultado para intervenir, manifestando su voluntad, deseos y preferencias, porque la medida concreta no prevé la sustitución de su voluntad. En estos casos, no resultará posible prescindir de su voluntad, por lo que habrá de atenderse prioritariamente a la misma, debiendo acoger el prestador de apoyos (sea un curador, un guardador de hecho o un defensor judicial) lo querido por aquél, al margen de complementar, en su caso, dicha voluntad mediante la concreción de los detalles en los que se va a traducir en el contenido o clausulado del contrato o negocio<sup>7</sup>.

En realidad, *dentro de este segundo nivel, cabría a su vez distinguir entre dos casos*: los casos en que la autoridad judicial hubiera previsto que el prestador de apoyos tan sólo se ocupara de asesorar y contrastar la opinión del discapacitado, pero siendo éste *el único* que debe prestar el consentimiento al acto o contrato, y aquellos otros casos en que deben *concurrir tanto el consentimiento del éste último como el del mismo prestador de apoyos*, en una situación equiparable a la tradicional curatela.

**Nivel 3:** Es el caso de la curatela representativa o de los apoderados voluntarios o sujetos designados por el propio discapacitado con específicas funciones representativas. En estas situaciones, *ni siquiera está prevista en la ley una sustitución total de la voluntad del sujeto*, como sucedía con la tutela en la anterior regulación, sino que *el representante habrá de realizar una labor de tomar en cuenta las manifestaciones previas, más o menos documentadas, del discapacitado*, o, a falta de ellas, efectuar *una reconstrucción de su voluntad hipotética*, sobre

---

7. Entendemos que el hecho de señalar el art. 1302.3.I CC que estos actos podrán ser anulados por el propio discapacitado cuando haya prescindido de la medida de apoyo asignada previamente, y que habrá de hacerlo «*con el apoyo que precisen*» pudiera dar a entender que la voluntad del discapacitado no es prioritaria sino equiparable a la del prestador de apoyos, quien hipotéticamente debería prestar su apoyo. Sin embargo, esa expresión («*con el apoyo que precisen*») no resuelve el problema de que haya una voluntad anulatoria del discapacitado y se oponga a ello el prestador de apoyos. A nuestro juicio, con esa expresión se alude a lo sumo a la necesidad de que sea consultado o al menos tenga conocimiento de esa acción el prestador de apoyos, pero no impone obligatoriamente su consentimiento o aprobación.

la base de datos anteriores, debiendo el curador representante atender a dichos datos para tomar su decisión.

**Nivel 4:** *Sólo cuando esto último sea imposible e impracticable, es cuando será viable una verdadera y plena sustitución de la voluntad del discapacitado* (limitada siempre al concreto campo o campos en el que el juez haya otorgado esas funciones representativas). Se piensa sobre todo en aquellas discapacidades que son de nacimiento, perdurables durante la vida del discapacitado, y que suponen una deficiencia de tal entidad que imposibilita conocer siquiera cuál podría ser esa hipotética voluntad del sujeto.

#### **IV. EL SUPUESTO CONCRETO DE PRESTADOR DE APOYOS CON FUNCIONES REPRESENTATIVAS (SIN SUSTITUCIÓN PLENA DE LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO):**

Merece dedicar algunas líneas específicas al supuesto singular que hemos denominado Nivel 3.

Sobre este nivel, ha dicho GARCIA RUBIO<sup>8</sup> que incluso en los casos de asignación de funciones representativas, no hay en puridad sustitución de la voluntad del representado, al no poder el representante actuar según su propio criterio, siendo en cierto modo un transmisor de la voluntad del discapacitado, y añade: *«Por lo tanto —afirma la autora—, en estas hipótesis el titular del apoyo no será nunca un representante que sustituye la voluntad de su representado por la suya propia, aunque tampoco cabe calificarlo como un mero nuntius que se limita a comunicar una declaración de voluntad de otra persona que ha sido creada o formada en su integridad por esta última. Más bien creo que en las situaciones que estamos describiendo parece producirse una hipótesis intermedia en la que el titular del apoyo actúa como enlace o nexo de unión entre la persona con discapacidad y el destinatario de la declaración de voluntad, pero lo hace participando de modo activo no solo en la interpretación de dicha declaración sino incluso en su formación, en la medida en que tiene que realizar una auténtica labor de integración de la voluntad de la persona con discapacidad a la que representa. Siendo así, en los casos de actuación representativa que estamos describiendo se puede afirmar que la declaración de voluntad es una creación conjunta de la persona con discapacidad y de la que le presta apoyo...».*

Sobre este asunto, debe señalarse que la ley no ha previsto un efecto o consecuencia concreta para el caso de que se demuestre que el prestador de apoyos con funciones representativas *haya errado, de forma consciente o inconsciente, en la plasmación de esa voluntad hipotética*, lo cual constituye una importante carencia o laguna legal. Si nos remitimos al citado artículo 1302 CC, nada se halla en ese precepto legal que guarde relación con el tema planteado.

---

8. GARCIA RUBIO, «Contenido y significado general...» cit., pag. 6.

Entendemos que el mismo *deberá resolverse atendiendo a las reglas generales de la contratación*: primera, protección del tercero contratante de buena fe, que se ha guiado por la información facilitada por la contraparte o la obtenida por otros medios de forma diligente (al margen de lo inscrito en el Registro Civil, dado que no puede acceder a esa información según los arts. 83 y 84 LRC); segunda, inoponibilidad frente al patrimonio del discapacitado representado de lo realizado por el representante designado, cuando sea posible probar la desviación de lo actuado respecto de la «hipotética voluntad» del discapacitado. Podríamos decir que sería una remisión a la regla general del art. 1259 CC: nulidad o inoponibilidad frente al representado de lo hecho por el representante, *cuando actuó fuera del ámbito representativo concedido (voluntaria o judicialmente)*<sup>9</sup>.

No se nos oculta que esto último será realmente complicado de acreditar, en un proceso judicial, por lo que lo más habitual será en la práctica la vinculación patrimonial del discapacitado a lo hecho por el prestador con funciones representativas, sin perjuicio de la posibilidad del discapacitado de exigir a este último responsabilidad por abuso de poder o extralimitación del poder, al no haberse atendido a lo que *mutatis mutandi* serían las «instrucciones» del representado en la representación voluntaria (aquí, la voluntad *hipotética* que razonablemente habría expresado el representado discapacitado).

Debemos reflexionar, dada la importancia que se concede a la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado, sobre la verdadera naturaleza de las funciones representativas, en estos casos en que se haya atribuido judicialmente a un sujeto prestador de apoyos este tipo de tareas.

En relación a esta cuestión, no se puede decir que la validez o invalidez de lo realizado por el designado con funciones representativas dependa *de que haya actuado dentro de los cauces de la autorización (o de lo dispuesto en la ley)*, como sucedía hasta la fecha, en aplicación del art. 1259 CC, con los supuestos de representación legal de menores e incapaces. Desde luego, ese dato seguirá siendo *un primer y básico parámetro* para resolver (en caso de disputa) sobre la validez o invalidez, de modo que no será válido el acto o negocio si no era uno de los incluidos dentro de la autorización (voluntaria o judicial). Pero *no será el único*.

Como antes se dijo, *la pauta la van a marcar también la previa voluntad o las previas preferencias del discapacitado, a las que obligatoriamente debe atender también el representante*, de modo que *la validez o invalidez del acto estará también en función de este segundo parámetro, ahora novedoso*. En consecuencia, el representante no va a cumplir una función estrictamente de sustitución total de la voluntad del representado discapacitado, salvo casos aún más excepcionales.

Entonces, ¿se tratará de una especie de «nuncio» o de un sujeto con posición «intermedia» que comparte su decisión con la del discapacitado, como sostiene GARCÍA RUBIO? Tenemos muchas dudas de que sea así.

---

9. En contra parece mostrarse CARRASCO PERERA, «Riesgos y estrategias ...» cit., pag.4, para quien no será posible anular el contrato aunque en la relación interna el apoyador o representante haya abusado de su cargo o no haya cumplido con los altos deberes fiduciarios de los arts. 249 y 250 CC.

Difícilmente puede equipararse a un nuncio, que es alguien que ha recibido unas previas instrucciones o indicaciones más o menos precisas, para que no se salga de ellas ni un ápice y transmita una voluntad concreta: evidentemente no es éste el caso, ya que no habrá habido contactos previos entre los dos sujetos, o si los hubo, no fueron en esta dirección. Tampoco parece que haya una voluntad contractual conformada por ambos sujetos conjuntamente.

Parece más razonable concluir que el prestador con funciones representativas es un verdadero representante, con una autonomía decisoria amplia, indudablemente no equiparable a la del mero nuncio, pero que *estará limitada por dos parámetros*: por un lado, *las posibles indicaciones o instrucciones* previas del discapacitado, si las hubo (lo que sucederá sobre todo si lo nombró a través de un poder preventivo o una autocuratela con funciones representativas), y por otro, *la trayectoria vital previa de este último*, que le obligará a efectuar una labor de reconstrucción lo que podría haber deseado en ese caso.

En realidad, no hay que salirse del ámbito de las reglas generales de la representación legal (o voluntaria, si fue designado por el discapacitado): sólo que *habrá que añadir al artículo 1259 CC un nuevo límite legal a la hora de discernir si ha habido o no una actuación representativa acorde con los deseos e intereses del sujeto representado: el examen de la voluntad hipotética de este último*.

Por lógica, cualquier extralimitación relativa a esta nueva restricción, *deberá producir los mismos efectos previstos en el art. 1259 CC para cualquier modalidad de representación tanto voluntaria como legal*, a saber, la inoponibilidad de la gestión realizada en el patrimonio del representado (salvo ratificación posterior). La diferencia es que la determinación de cuándo ha habido o no esa extralimitación dependerá de un juicio *a posteriori* de la autoridad judicial, de modo que, siendo contrario a esa voluntad hipotética, el contrato podría ser declarado nulo de pleno derecho, y no habrá posibilidad de ratificación por el discapacitado (salvo medida de apoyo voluntaria con preservación de discernimiento por su parte).

Es cierto que esto puede generar una gran inseguridad jurídica al tercero contratante, y que podría llegar a defenderse la anteposición de la tutela de ese tercero, en tanto que de buena fe, al interés del discapacitado. Máxime teniendo en cuenta que, como ya se vio, no existe ya un principio del superior interés del discapacitado, como podía existir con la normativa anterior ya derogada.

Sin embargo, no parece lógico que ello lleve a adoptar una solución del conflicto favorable al tercero, cuando resulta que la normativa vigente, aunque no incluye una priorización del interés del discapacitado en caso de conflicto, sí que ha introducido este otro principio de prevalencia de la voluntad del discapacitado, que viene a ser su sustituto. Por lo tanto, en la medida en que se pueda demostrar con más o menos precisión cuál era la verdadera voluntad de ese sujeto, debería priorizarse y anteponerse a cualquier otro interés en juego. Si se piensa, en realidad estamos dentro de las reglas generales sobre representación y sobre eficacia o ineficacia de lo hecho por el representante cuando se extralimita de sus poderes, y no hay ratificación posterior, ni expresa ni tácita. Sólo que ahora se ha introducido de forma inequívoca un nuevo factor a la hora de determinar cuándo se ha producido esa extralimitación (la voluntad hipotética del discapacitado).

Por lo demás, es previsible que estas situaciones no sean en la práctica muy frecuentes, de modo que, o bien habrá una voluntad conocida del discapacitado, si era un prestador de apoyos voluntario y aquél no ha perdido totalmente el discernimiento, o bien puede resultar fácil la reconstrucción de la hipotética voluntad del discapacitado. Cuando esto último se haga muy complicado, habrá que considerar al representante incluido en el que hemos denominado Nivel 4, donde tendría mucha mayor libertad de actuación, siempre con el límite genérico de actuar en interés del discapacitado, como debe actuar todo representante, sea voluntario o legal. No hay aquí un mandato legal específico de tutela especial del discapacitado, por razón de su discapacidad o hipotética debilidad. Por tanto, en esos casos, la tutela del tercero deberá prevalecer frente a una posible pretensión de nulidad del contrato con base en no haberse atendido al suscribirlo a la «hipotética» voluntad del discapacitado.

Por lo demás, esa voluntad presunta o hipotética, expresada antes de una discapacidad sobrevinida, se va a referir casi siempre a aspectos de tipo personal, más que a aspectos patrimoniales. En estos últimos, parece mucho más fácil determinar esa hipotética voluntad, por existir seguramente una trayectoria personal previa más o menos identificable, por lo que será muy poco probable la nulidad del contrato o la inoponibilidad de lo actuado, en tanto exista alguna base probatoria.

Lo cierto es que se echa en falta en la nueva regulación una norma de cierre, que atienda a datos objetivos en la tutela de la posición del discapacitado, como podría haber sido una norma que dispusiera la rescisión por lesión de todos aquellos contratos de corte patrimonial en los que el curador con funciones representativas (o sujeto con similares facultades) hubiera causado un perjuicio patente a su representado. Es indudable que tal norma de cierre no existe en la actualidad, no sólo porque no se ha incluido en la modificación de la rescisión por lesión, sino porque la remisión del art. 1302 CC a la llamada «ventaja injusta» no permite su aplicación independiente, como hubiera sido más sensato, sino que exige en todo caso, como se dijo, que venga acompañada de una condición básica, la de que el contrato lo hubiera celebrado el discapacitado prescindiendo del prestador de apoyos designado a tal fin. Sin esta última, no se podrá anular en ningún caso un contrato suscrito por un discapacitado que le haya causado una «ventaja injusta» como consecuencia de un aprovechamiento de la situación por parte del tercero contratante, como antes se dijo<sup>10</sup>.

Para terminar este apartado, decir que se trata de una cuestión controvertida si la CDPD ha cerrado totalmente la puerta a la determinación heterónoma de la voluntad del discapacitado, esto es, a si es viable que un tercero, sea sujeto prestador de apoyos, guardador de hecho o autoridad judicial, puede desviarse y no atender a la voluntad actual del discapacitado, en la medida en que haya sido expresada con más o menos definición o indefinición. Aunque sobre ello se vuelva más adelante, debemos adelantar que nuestra guía debe ser la Ley aprobada por el Parlamento español, y los concretos mandatos del mismo, y no propiamente la

---

10. Como ya dijimos, en contra de esta postura creemos se manifiesta GARCÍA RUBIO, *ob.cit.*, pag. 16, quien parece afirmar que la ventaja injusta funciona con independencia de que concurra la exigencia de que el discapacitado haya actuado sin el prestador de apoyos.

Convención de Nueva York, visto el carácter genérico de la misma. En este sentido, parece evidente que el legislador es consciente de que no siempre será posible delimitar la voluntad, por lo que admite excepciones, que ahora veremos, pero que sin duda deberán ser interpretadas y aplicadas de forma muy restrictiva, dado el principio básico referido de prevalencia de la voluntad del discapacitado.

## V. LA VOLUNTAD DEL DISCAPACITADO Y SUS POSIBLES MANIFESTACIONES

Vamos a hacer ahora un repaso general acerca de las posibilidades reales que se le ofrecen al discapacitado de tomar decisiones sobre su persona y bienes, sin control de nadie, ni siquiera de la autoridad judicial o del Ministerio fiscal:

### 1. La intervención del discapacitado en la elección de la persona que va a prestar los apoyos:

Un primer ámbito en el que va a manifestarse la voluntad del discapacitado es, como no podía ser de otra forma, el de *la selección de la persona* que va a prestar los apoyos, actuales o futuros, en caso de necesitarlos. ¿Cómo queda esta cuestión en la nueva normativa, por comparación con la regulación anterior?

El art. 271 CC *permite proponer la persona* que va a realizar la función de prestar apoyos, y *también la exclusión de determinadas personas*, que deberán estar identificadas, de forma directa o indirecta (por ej., miembros de una determinada rama familiar, incluidos descendientes no existentes o menores de edad en el momento de la exclusión).

Sobre *la posibilidad de delegar en tercero* el nombramiento del sujeto que finalmente va a ser designado como prestador de servicios, el art. 274 CC dispone una amplia libertad de delegación. Es cierto que la norma se refiere al curador (que es sujeto designado judicialmente casi siempre, salvo en la autotutela), pero parece que debe ser entendida esta facultad en sentido más amplio: por ej., en un apoderamiento preventivo o en una medida voluntaria del art. 255 CC, se puede prever, no ya la persona del apoderado, sino también la de quién procederá a designar en el futuro al apoderado, en el momento en que sea precisa su intervención<sup>11</sup>.

---

11. En esta dirección, GARCIA RUBIO, *ob.cit.*, pag. 14, dice, en relación a la autotutela, aunque extensible a otras posibles situaciones, y la posibilidad de elegir o de excluir a posibles sujetos como prestadores de apoyos, lo siguiente: «*En efecto, la autotutela se recoge en los arts. 271 CC a 274 CC entre las normas relativas al nombramiento de curador, aunque se trata de una medida voluntaria, de naturaleza anticipatoria o preventiva, establecida por una persona en previsión de su futura discapacidad por la que designa a una o varias personas para que, llegado el momento y por el procedimiento que se establezca, ejerza o ejerzan las funciones de apoyo en su condición de curador o curadores y dispone, en su caso, sobre sus reglas de actuación; también se prevé la posibilidad de que el autor de la medida preventiva haga precisamente lo contrario, es decir, excluya a determinada o determinadas personas de la posibilidad de que, en el caso de que lo precise para el ejercicio de su capacidad, puedan llegar a ser sus curadores. Se trata, en definitiva, de*

## 2. La voluntad del discapacitado en cuanto al tipo de medida de apoyo y el momento de hacerlo:

Es muy relevante lo que dice el nuevo art. 255 CC sobre las previsiones del discapacitado mayor de edad o menor emancipado (no habiendo una medida de apoyo previa). Allí se dispone que pueda en escritura pública disponer medidas de apoyo, y hacerlo en dos tipos de casos:

- *Previsión (futura) de circunstancias* que pudieran dificultar el ejercicio de su capacidad jurídica.
- *Apreciación (actual) de esas circunstancias.*

Esto último es muy relevante ya que no exige que el discapacitado se halle en un buen estado para prever las medidas de apoyo por dificultades futuras, sino que es posible que esas dificultades ya sean actuales, y a pesar de ello, pueda decidir ir al Notario y disponer medidas de apoyo concretas en su favor con eficacia de presente o de inmediato futuro.

Esta última alternativa puede resultar dudosa. Es verdad que, no habiendo medidas de apoyo previas, el Notario va a tener una gran dificultad para rechazar una posible petición de escritura del discapacitado designando actualmente al prestador de las medidas de apoyo y la entrada inmediata en funcionamiento de las mismas. No obstante podría ser que la referencia a la «*apreciación*» sea interpretada de otra forma, en concreto como referida a dificultades actuales de orden físico, y no psíquico (o a lo sumo a una situación ya actual pero que sea cíclica y no permanente y continuada en el tiempo), *apreciadas por el Notario*.

Esta interpretación creemos que no se corresponde con el mandato legal, que remite al discapacitado mismo, y no propiamente al Notario, la apreciación de las circunstancias que, por dificultar el ejercicio de la capacidad, llevan a la designación de un prestador de apoyos.

Por tanto, lo que subyace a esta norma es la delimitación del alcance de la autonomía del sujeto discapacitado para disponer él solo de las soluciones a sus problemas, tanto los futuros como los inminentes (por ej., los derivados de una operación quirúrgica que se presume complicada, o un tratamiento farmacológico o de otro tipo que se presume duradero en el tiempo e incierto en su resultado) o incluso los ya vigentes, en la medida en que estos últimos no impidan totalmente la expresión de las preferencias y la prestación del consentimiento. Por lo tanto, parece muy difícil negar la eficacia de la manifestación de voluntad del discapacitado acordando la entrada en vigor de la medida de apoyo de forma simultánea a la misma, o en un futuro inmediato.

---

*autodeterminar el apoyo tomando como referencia el marco institucional que conforma la figura de la curatela diseñada por el legislador, si bien la autonomía de la voluntad del autor de la designación puede alterar ese diseño según sus propias preferencias, hasta el punto de perfilar un régimen distinto o, incluso, directamente opuesto al establecido por el legislador, por ejemplo, excluyendo en todo caso la necesidad de autorización judicial para que el curador que designó realice los actos previstos en el nuevo artículo 287 CC.»*

### **3. La voluntad del discapacitado en cuanto a la determinación de las condiciones para la vigencia de las medidas de apoyo**

Junto a todo lo anterior, el análisis de la regulación de los poderes preventivos, contenida en el art. 257 CC, permite extraer conclusiones relevantes acerca de las posibilidades de que dispone el discapacitado para decidir una cuestión tan importante como la fijación de las condiciones precisas para necesitar medidas de apoyo y para su entrada en vigor. Se trata de un aspecto indudablemente novedoso en la ley que demuestra la relevancia de la voluntad del sujeto a la hora de decidir una cuestión tan importante como ésta.

En el citado art. 257 CC el legislador ha pasado a conceder al discapacitado, al adoptar medidas de apoyo voluntarias, la total libertad para **decidir cuándo se halla o se hallará el sujeto en situación de necesitar apoyos**.

Esto es una cuestión muy importante, pues se tratará de una suerte de «interpretación auténtica» que es atribuida por la ley al discapacitado, en exclusiva, que como regla debe resultar plenamente vinculante no sólo para el prestador designado, sino también para el propio juez y también para el guardador de hecho, si lo hubiere.

Por supuesto, puede resultar problemática en la práctica si no se ha recibido una cierta ayuda de especialistas (jurídicos incluidos) para concretar técnicamente las condiciones y presupuestos que deben concurrir para que se pueda iniciar la medida de apoyo.

La ley, de forma parece que excepcional, permite (art. 257 CC) que, para determinar y decidir si ha llegado ya o no el momento de la medida de apoyo, se recurra a un Acta notarial, con incorporación de informe pericial en su caso. Pero no dice quién otorga el Acta ni quién puede tomar la iniciativa de solicitarla.

Pero además, si nos fijamos bien, ese acta no va a funcionar de forma aislada o independiente de la voluntad del discapacitado: en realidad es un acta que buscará garantizar el cumplimiento de las previsiones del otorgante, con lo que al final se tratará de hacer una interpretación de lo que pudo querer el poderdante cuando fijó las condiciones de inicio de la medida de apoyo, en caso de haber alguna duda sobre lo que ese sujeto quiso. No debe ir más allá, en principio.

### **4. La voluntad del discapacitado para determinar los casos de intervención del prestador de apoyos con o sin funciones representativas, así como las facultades concedidas al mismo**

Además, de lo anterior, el sujeto discapacitado, mientras no disponga de medidas de apoyo voluntarias o judiciales, incluso en casos de guarda de hecho, también tiene la facultad de decidir los negocios o actos concretos, así como las posibles situaciones materiales, en los que quiere recibir el apoyo de un tercero, por él designado, o designado judicialmente.

Aquí nos movemos en un campo un tanto complicado. ¿Cómo determinar de manera eficaz cuándo va a entrar en funcionamiento el apoyo designado voluntaria-

mente? ¿De qué concretas facultades dispondrá el prestador de apoyos en el desempeño de sus funciones, sean o no representativas?

Sin duda, las medidas de apoyo voluntariamente elegidas por el sujeto afectado habrán sido objeto en muchos casos de asesoramiento notarial (o también uno previo por parte de abogados), con lo que se garantizará que la regulación sea correcta o al menos clara en cuanto los objetivos. Pero no es descartable que se planteen problemas interpretativos graves, por lo pronto en cuanto al momento exacto en que el designado deba iniciar sus funciones.

Habría que examinar si es posible que la autoridad judicial pueda realizar labores de delimitación, aclaración o interpretación de lo querido por el discapacitado, o incluso de alteración o modificación, forzada por las circunstancias, de lo querido por éste, y por qué concreto cauce procesal. Lo cierto es que la nueva normativa civil y procesal introducida por la Ley 8/2021 no ha regulado esta posibilidad, ni ha fijado un cauce procesal para ello, lo cual dificulta la respuesta.

Además de lo anterior, la nueva normativa permite implícitamente que el discapacitado pueda *decidir de antemano en qué casos querrá en el futuro ser asistido o representado por un sujeto, cuando éste sea designado judicialmente en procedimiento de jurisdicción voluntaria*<sup>12</sup>. Es decir, que las disposiciones voluntarias anticipadas del discapacitado podrían incluso llegar al punto de controlar los casos en los que puede intervenir en el futuro un prestador de servicios cuando sea nombrado por el juez en un procedimiento a tal fin, sea cual sea el momento en que se inicie.

## **5. La voluntad del discapacitado en los procesos judiciales en los que intervenga (expedientes de jurisdicción voluntaria y procedimientos contenciosos):**

Ya hemos visto más arriba cómo en los procesos judiciales sobre impugnación por nulidad del contrato celebrado por el discapacitado, prescindiendo del prestador de apoyos designado, la voluntad del primero resultará enormemente relevante, hasta el punto de ser esencial su concurrencia cuando es el propio curador o prestador de apoyos quien impugne, y las funciones de éste no fuesen representativas, sino de complemento del consentimiento del discapacitado. En cuanto al resto de procedimientos en los que podría verse envuelto, ya sean expedientes de jurisdicción voluntaria o procesos contenciosos, no cabe duda de la relevancia de la voluntad y preferencias de la persona del discapacitado. No obstante, el asunto será tratado en el Capítulo siguiente, por lo que remitimos al mismo, no sin antes dejar constancia de que también el legislador ha sido consciente de la necesidad de que tenga reflejo en esos procedimientos los deseos y preferencias del sujeto afectado.

En este sentido, y a título indicativo, baste con referirse a la voluntad del discapacitado en los procedimientos contenciosos, cuyo artículo art. 760 LEC remite

---

12. Ni siquiera es descartable que eso mismo suceda en caso de disputa u oposición, en procedimiento *ad hoc* conforme a las norma de la LEC.

expresamente a «*las normas de derecho civil que resulten aplicables*», lo cual supondrá atender a la postre al criterio principal de «*la voluntad, deseos y preferencias*» del discapacitado.

## **6. La voluntad del discapacitado para manifestar su negativa a recibir medidas de apoyo:**

Sobre este asunto, se ha pronunciado la doctrina con cierta profusión, unas veces en sentido favorable, y otras en sentido contrario<sup>13</sup>. ¿Cómo queda a nuestro juicio esta cuestión en la Ley 8/2021?

En realidad, la respuesta a la pregunta viene condicionada por todo lo dicho con anterioridad. Existiendo tan amplísimas facultades del discapacitado para decidir sobre cualquier aspecto de su situación personal y patrimonial y sobre las medidas de apoyo que pudiera recibir, parece en principio inevitable llegar a *la conclusión de que dicho sujeto puede incluso decidir negarse a recibir apoyos de nadie en el futuro*, cuando se encuentre imposibilitado para ello y alguno de los legitimados legalmente intente recurrir a la autoridad judicial para pedir una medida de apoyo para el discapacitado.

El problema reside en que la ley otorga al discapacitado una suerte de *metapoderes*: como ya hemos comprobado, es el propio sujeto el que decide, parece que sin restricciones, cuándo se van a necesitar apoyos y por tanto van a entrar en funcionamiento las medidas voluntarias o legales, e incluso podría señalar la exclusión de una posible intervención judicial en la interpretación del alcance de lo dispuesto voluntariamente. Es más, hasta es posible un documento en que el sujeto tan sólo se ocupe de decidir cuándo y en qué supuestos y circunstancias considera que estará necesitado de apoyos. En estos últimos casos, podría incluso vincular en el futuro al juez a la hora de resolver sobre los apoyos, cuando un tercero (familiar o allegado) los solicite judicialmente<sup>14</sup>.

Alguna autora, como GUILARTE SANCHEZ-CALERO, ha analizado el caso en que el discapacitado tenga ya asignada una medida de apoyo, y sostiene que si la persona

---

13. Al respecto, DE SALAS MURILLO, S., «¿Existe un derecho a no recibir apoyos...» cit., *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 780, pag. ...., defiende la necesidad de ponderar la voluntad del discapacitado para no llevarla al extremo, por lo que al final defiende su postura contraria y por tanto favorable a que se pueda adoptar una medida de apoyo en contra de la voluntad del discapacitado que la rechazó de antemano. Incluso se basa para ello en la idea de que se trataría de una renuncia a un derecho que podría ser contraria al orden público o que podría en ocasiones perjudicar a terceros. Se trata de argumento muy dudosos, en cuanto si hay algo de orden público, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, es justamente la necesidad de respetar y permitir desarrollar «la voluntad, deseos y preferencias» del discapacitado, no habiendo motivos para justificar un interés de tercero que se pudiera anteponer a esa voluntad del discapacitado.

14. No obstante, cabe recordar que esa manifestación podría estar viciada, si no estaba suficientemente capacitado en el momento de emitir la voluntad, o resultaba que estaba condicionado por tercero, por lo que podría anularse por vicio del consentimiento, entendido en un sentido amplio, tal como se sostuvo más arriba.

tiene unos apoyos, debe tener que utilizarlos<sup>15</sup>. Ello nos lleva a plantear la obligatoriedad o no en el uso de esos apoyos designados voluntariamente, y en el fondo, si es posible que el discapacitado pueda renunciar a recurrir a ellos.

Aunque pueda resultar extraño que, teniendo apoyos, aun voluntarios, no se ejerciten por decisión del propio discapacitado, y aunque pudiéramos pensar en el riesgo de que el propio prestador de apoyos pudiera incurrir en responsabilidad si no lo hace, *lo cierto es que el sujeto debe tener a su alcance la facultad de renunciar a ellos, en la medida en que todavía se encuentre con facultades para ello*, es decir, en la medida en que no se haya procedido a la designación de un prestador de apoyos judicial<sup>16</sup>.

En cambio, la cuestión es diferente si la medida era voluntaria, y es el propio discapacitado el que decide no ejercitarla: en esta coyuntura, sería una suerte de revocación de poderes, que debería ser eficaz, siempre que previamente no hubiera habido una intervención judicial<sup>17</sup>.

Desde un punto de vista técnico, debemos preguntarnos si esa decisión de no ejercitar los apoyos, habiéndolos previamente, implica una remisión a las reglas generales sobre representación, y por tanto, si se trataría de una revocación de poderes equiparable a la revocación *ad nutum* típica del negocio de apoderamiento general (arts. 1732 y 1733 CC).

Quizás podría pensarse que la libre revocación se hace complicada, puesto que, al adoptarse medidas de apoyo, el poderdante no tendría total libertad de decisión, sino que precisaría seguramente el apoyo del sujeto apoderado o autorizado judicialmente. En esta dirección, el art. 258.I CC establece el mantenimiento de la vigencia del poder preventivo, incluso si se han dispuesto otras medidas por parte del propio interesado. Sin embargo, *aquí no estamos ante otra medida de apoyo distinta, sino ante la decisión sobrevenida de no querer utilizar la previamente constituida de forma voluntaria*, por lo que no deben existir cortapisas a la decisión de quien otorgó ese poder preventivo o medida voluntaria similar.

No puede perderse de vista lo dispuesto en art. 275.2 CC sobre quién no puede ser curador. Dice que no podrán ser curadores (y se refiere al curador designado

---

15. Así lo manifestó verbalmente en su Ponencia en el Curso de Verano impartido los días 1 y 2 de julio de 2021 en la Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Cuenca.

16. Por otro lado, debemos preguntarnos en estos casos por el juego del art. 1302 CC, en cuanto a las consecuencias de la falta de intervención del apoyo, existiendo previamente, y la posible inactividad del discapacitado: si este último renuncia o decide no utilizarlo, a través de una manifestación expresa a tal fin, ¿sería el acto inatacable, o aun así podría impugnarse ex art. 1302 CC?

La existencia de una medida de apoyo, sobre todo si es judicial, seguramente excluiría la posibilidad de dar validez a un acto de exclusión por el propio discapacitado, ya que el otorgamiento de la medida misma, implica un reconocimiento de su necesidad de ser apoyado o complementado. No obstante, todo dependerá, como se dijo más arriba, de si se trata de un curador o figura similar con funciones de complemento del consentimiento, en cuyo caso será necesario para impugnar la autorización expresa o tácita del propio discapacitado, como se vio más arriba, y además haya sido facultado judicialmente para impugnar ese tipo de actos o contratos.

17. Todo ello al margen de la posición del prestador de apoyos, que bien podría decidir no ejercer sus funciones, mediante la excusa del cargo.

judicialmente), «1º. *Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo*». Esta regla demuestra que el poder del sujeto discapacitado es muy elevado, y en este punto queda demostrado. No hay aquí ninguna matización a esta norma, y por tanto, debería jugar igualmente a la hora de dar por extinguida la curatela. En consecuencia, sus facultades para decidir no querer utilizar la medida de apoyo, aun dándose el supuesto de hecho previsto para su vigencia, deben considerarse intactas y plenas, incluso aunque haya intervenido la autoridad judicial adoptando la medida de apoyo, como sucede en la hipótesis del citado art. 275.2 CC: siempre que la misma no implique atribuir funciones representativas y por tanto la posibilidad de sustitución de la voluntad del discapacitado, éste puede decidir dar por extinguido el cargo o simplemente ordenar su inactividad en un momento o circunstancia concretos. Con mucho más motivo si se trataba de una medida de apoyo de carácter voluntario.

Es cierto, no obstante, que el art. 276 CC matiza lo dispuesto anteriormente en el citado art. 275 CC, e incluye la siguiente salvedad: «**Artículo 276. La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado, salvo que concorra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 272. La autoridad judicial estará también a lo dispuesto en el artículo 275**». Sin embargo, esa remisión al art. 272.II CC, además de estar *limitada al caso de nombramiento de la persona del curador*, y no a otros posibles casos como el aquí analizado, viene a la postre a reconocer que sólo procedería por circunstancias graves y desconocidas por parte del discapacitado, o por un cambio de circunstancias sobrevenidas (suponemos que durante el proceso de tramitación de las medidas), y siempre que además (implícitamente, así se viene a asumir) no haya podido el sujeto ponderar dichas nuevas circunstancias (básicamente, por encontrarse ya en ese momento en una situación personal de imposibilidad de hacerlo)<sup>18</sup>.

En conclusión, parece que existen argumentos legales suficientes para mantener la facultad del discapacitado de excluir o renunciar los apoyos, tanto de forma anticipada, en previsión de que se dé una situación de necesitarlos, como también de forma sobrevenida, cuando existiendo ya una medida de apoyo, tenga la voluntad inequívoca de no utilizarla o de renunciar a ella, incluso aunque haya sido acordada judicialmente o un tercero pretenda que se acuerde en procedimiento contencioso, con la oposición del discapacitado. Sólo en casos excepcionales en que se dé una modificación sustancial en las previsiones realizadas por el discapacitado, o en los presupuestos tomados por base para decidir, y no resulte posible conocer lo

---

18. Incluso GARCIA RUBIO, *ob.cit.*, pag. 14. llega a acoger la posibilidad de renuncia o exclusión de los apoyos en una posible situación un tanto extrema, en donde se podría dar eficacia a la negativa del discapacitado a la prestación de apoyos: «*La curatela se constituirá normalmente —afirma— tras un procedimiento de jurisdicción voluntaria que pasará a ser contencioso si se formula oposición en los términos del art. 42 bis b) n° 5 LJV. A mi juicio, esto último no deja de plantear problemas de coherencia del sistema, particularmente cuando la oposición fuese de la propia persona para la que se insta la medida de apoyo, toda vez que, como he anticipado más arriba, la prelación de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad parece exigir, como medida de cierre del modelo, el reconocimiento del derecho a rechazar el apoyo*».

que quiere o hubiera querido de haber estado en condiciones de expresarse, sería factible alterar su voluntad contraria a la medida de apoyo<sup>19</sup>.

Ello debe ser así a pesar de la posible alegación del interés del discapacitado, cuando un tercero (sea un pariente próximo, allegado o el mismo prestador de apoyos ya designado) pretenda oponerse a la voluntad de rechazo de la petición de medida de apoyo (o la puesta en actuación de la misma, cuando ya estuviere acordada). Como ya se dijo en el capítulo anterior, no existe propiamente un principio de protección del interés superior del discapacitado que pueda justificar la adopción de una resolución o medida que sea contraria a la voluntad, deseos y preferencias del sujeto afectado, por lo que tampoco puede tal hipotético principio anteponerse a una negativa o rechazo de éste a la adopción de medidas o a su entrada en vigor<sup>20</sup>.

## VI. SUPUESTOS POSIBLES EN LOS QUE NO FUNCIONARÁ LA VOLUNTAD ACTUAL O HIPOTÉTICA DEL DISCAPACITADO. OPINIONES DOCTRINALES Y ANÁLISIS CRÍTICO

Aun cuando ya hemos expuesto en buena medida nuestra postura acerca de las (amplísimas) facultades del discapacitado para controlar y decidir prácticamente todos los aspectos relacionados con su discapacidad, y con las medidas de apoyo que pudiera necesitar, conviene hacer un análisis minucioso de los posibles supuestos en que hipotéticamente la nueva normativa pudiera haber previsto algunas excepciones a la regla o principio de prevalencia de la voluntad del discapacitado.

Ello resulta procedente por cuanto un sector de la doctrina se ha manifestado señalando que existe un elenco más o menos amplio de situaciones donde no rige la regla, y por tanto puede prescindirse o no atenderse a la voluntad del discapacitado. Se trata de un sector doctrinal integrado por ilustres estudiosos de la materia<sup>21</sup>.

---

19. A este respecto, consideramos que, con las debidas cautelas en función de las circunstancias del caso, la decisión adoptada por la muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021, acordando una curatela respecto de persona con Síndrome de Diógenes que había manifestado de forma reiterada que no deseaba una medida de apoyo, choca frontalmente con la letra y espíritu de la nueva Ley 8/2021. Es manifiesto que había otras muchas opciones, de Derecho público (sancionatorias o de imposición de controles administrativos), y no de Derecho privado, como la imposición de una curatela (a cargo de la Administración pública!), que hubieran sido mucho más acordes con las circunstancias del caso y con el debido respeto a la voluntad del hipotético discapacitado.

20. En contra, BERROCAL LANZAROT, *ob.cit.*, pag.13, quien afirma: « *De todas formas, la voluntad y preferencia de las personas, esto es, su autonomía puede canalizarse en la elección de las medidas de apoyo que la persona con discapacidad crea más adecuadas y conveniente para su desarrollo personal y actuación patrimonial y, alcanza también a un posible rechazo a las mismas, siendo la autoridad judicial la que, si la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad lo exige, proceder a adoptar aquellas medidas de apoyo que, necesite respetando siempre su voluntad, deseos y preferencias y la mejor interpretación posible de las mismas, pero también teniendo presente su mejor interés.*»

21. Vid. al efecto MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «*Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica*», Diario La Ley, N° 9851, 17 de mayo de 2021, pag. 8, quien habla de

Debemos anticipar que, a nuestro juicio, se adopta una posición más voluntarista que apegada al texto y, sobre todo, al espíritu de la nueva regulación.

A este respecto, hay que anticipar que nadie niega que la Ley 8/2021 parte del principio general de preponderancia de la voluntad del discapacitado, y de que, por tanto, todo lo que no sea atender a la misma constituirá la excepción, por lo que la interpretación legal en cada caso debe resultar necesariamente restrictiva, al partirse además de la equiparación de los discapacitados, como regla, al resto de ciudadanos. Por otro lado, el principio de prevalencia de la voluntad del discapacitado aparece reconocido y elevado al rango máximo en la Convención de Nueva York, lo que de nuevo obliga al intérprete y aplicador del derecho a una interpretación de nuevo restrictiva de los posibles casos en que podrían anteponerse otros criterios o intereses a la voluntad de aquél. Es más, no es sólo que haya que hacer una interpretación restrictiva de los casos posibles, sino que también debe hacerse un esfuerzo interpretativo de las normas para que, incluso en esos casos legales excepcionales, se haga todo lo posible para buscar la alternativa que mejor se coherente con la voluntad actual o hipotética del discapacitado<sup>22</sup>.

Veamos en todo caso los supuestos legales en que se permite adoptar una solución contraria a la manifestada por la voluntad del discapacitado, no sin antes recordar que, lógicamente, cuando el discapacitado se encuentre en una situación personal de hecho que le imposibilite para expresar su voluntad, o decida de forma deliberada no intervenir, podrá actuar la autoridad judicial supliéndolo.

## 1. La curatela representativa con sustitución plena de la voluntad actual o hipotética del discapacitado

No cabe duda de que el primer supuesto en que no tendrá cabida la aplicación del principio de prevalencia de la voluntad del discapacitado será aquel justamente en que no exista ni sea posible conocer ni la voluntad real actual ni la hipotética. Esto sucederá en aquellos casos excepcionales en que, como se deduce del nuevo artículo 249.III CC, no haya existido una trayectoria vital marcada del discapacitado de la que se pueda extraer esa voluntad hipotética, o no se pueda obtener datos de la misma.

Ahora bien, esta hipótesis no sólo es excepcional, dado que la atribución de funciones representativas es en sí misma excepcional para la ley, sino que es una

---

la relativa abundancia de casos en los que la reforma permite apartarse de dicha voluntad, examinando a continuación algunos de ellos.

22. A este respecto, debe citarse de nuevo la opinión de GARCÍA RUBIO, *ob.cit.*, pag.6, quien razonablemente afirma: «En principio, en coherencia con la primacía de la autonomía de la persona que necesita el apoyo, del conjunto del texto se deriva que el apoyo voluntario será tal como su diseñador lo desee, sustitutivo o no sustitutivo, si bien **siempre ha de quedar margen para el cambio de voluntad de quien lo proyectó o para evitar que se produzcan situaciones abusivas**».

Como podemos ver, según esta opinión, debe hacerse lo posible por entender y aplicar las normas de tal modo que, constatando una posible vía de no atender a la voluntad del sujeto, debería dársele procedimentalmente la oportunidad de cambiar o modificar esa voluntad, a través del cauce que se estime judicialmente pertinente, en la medida en que ese sujeto pueda materialmente hacerlo.

excepción adicional dentro de la excepción. Es decir, las funciones representativas, siendo excepcionales, obligan al representante a buscar por todos los medios la voluntad hipotética, a partir de la trayectoria vital previa del discapacitado, por lo que la sustitución plena es aún más excepcional, y sólo cabrá prescindir de esa voluntad, cuando no haya existido esa trayectoria o sea imposible deducirla<sup>23</sup>.

## 2. Casos de guarda de hecho con anteposición a las medidas de apoyo voluntariamente propuestas por el discapacitado

La regulación del art. 263 CC permite aludir a un posible caso en que sería viable no atender a la voluntad prevista o preestablecida por el discapacitado en una medida voluntaria: «Artículo 263. *Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente*».

Como puede comprobarse, la norma transcrita parece permitir la anteposición de la actuación del guardador de hecho a la voluntad del discapacitado expresada a través de la designación de una medida de apoyo voluntaria previamente existente. La condición que fija la norma es que «no se esté aplicando eficazmente».

No obstante, a pesar de la expresión de la norma, es perfectamente posible que el discapacitado, ante la ineficaz o negligente actuación del prestador de apoyos por él designado, pudiera proceder a la designación de uno nuevo, cuya actividad vendría a dar por concluida la intervención (normalmente espontánea) del guardador de hecho. En consecuencia, se tratará de un caso excepcional cuya verdadera eficacia estará sujeta siempre a su extinción y desaparición por la voluntad del propio discapacitado manifestada de forma sobrevenida y posterior.

Por lo demás, no queda muy claro el ámbito en que podría jugar este supuesto. Desde luego, si el prestador de apoyo voluntario ostentaba funciones representativas, es claro que el guardador de hecho no las podría asumir, dado que el art. 264 CC exige siempre un expediente de jurisdicción voluntaria a tal fin, de modo que no puede interpretarse que la ley misma sirva para atribuirle esas funciones. Si se trataba de un sujeto que complementaba el consentimiento del discapacitado, por decisión de éste, parece también difícil que el guardador de hecho se irrogue, sin una decisión judicial previa, la facultad de intervenir en el contrato o negocio, por su cuenta y riesgo. En todo caso, parece claro que, de ser posible, a la postre la eficacia de la intervención quedará supeditada al consentimiento del propio disca-

---

23. Cabe recordar las palabras del Preámbulo de la ley: «...Apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, 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 con discapacidad. **Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones**».

pacitado, que debe concurrir junto con el del guardador, por lo que tampoco será de hecho un supuesto excepcional.

### 3. Los casos de insuficiencia de las medidas de apoyo voluntarias

Es relevante también como posible excepción al principio de prevalencia de la voluntad del discapacitado, lo dispuesto por el art. 255 CC, en su último párrafo, sobre la posible insuficiencia de las medidas de apoyo voluntarias: «**Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.**».

De acuerdo con este último párrafo, cuando nos encontremos con que la voluntad del discapacitado se demuestre insuficiente para cubrir las necesidades de apoyo de éste en un determinado ámbito de actuación, la norma prevé el recurso a la vía judicial para la adopción de medidas supletorias o complementarias (a falta también de una previa guarda de hecho).

Esto significa que puede haber medidas judiciales cuando no las haya voluntarias («en defecto»), y además de ello —aunque no se dice— el discapacitado no pueda en ese momento acordarlas por sí mismo. Porque indudablemente, si existiendo una carencia actual de medidas voluntarias, las acordara el juez, el discapacitado, en tanto esté en condiciones de hacerlo, podrá en cualquier momento revocar las acordadas judicialmente: *precisamente porque éstas son siempre, por su propia esencia, subsidiarias*. Surge además la duda de cómo solventar, dentro del concreto expediente judicial que las acuerde, la cuestión de si el discapacitado carecerá o no de condiciones para acordarlas por sí mismo, al no existir ya un procedimiento de incapacitación. Todo indica que será muy complicado que se produzca esa situación si el discapacitado se opone. Además, es poco probable que se pueda acordar una medida judicial sin consultar previamente al discapacitado (por ej., se nos ocurre que haya una imposibilidad de citar al discapacitado, por desconocerse actualmente su paradero, o situaciones similares), por lo que a la postre su voluntad y su intervención serán decisivas, y de alguna manera convertirá la medida en «voluntaria» en lugar de en judicial.

Por otro lado, en relación al otro caso («insuficiencia» de las medidas voluntarias) alude a un caso en que no se haya regulado convencionalmente por el discapacitado el acto o contrato que se va a celebrar, pudiendo en tal caso recurrirse a la vía judicial. Pero de nuevo la necesaria intervención del propio afectado en el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria o procedimiento judicial, y la falta de una resolución judicial previa restringiendo las posibilidades de actuación de éste, obligarán de hecho a remitirse a la voluntad del discapacitado, a la postre decisiva.

#### **4. El supuesto especial del artículo 252 C.Civil: la atribución gratuita de bienes al discapacitado y la administración de los mismos**

El art. 252 CC contiene un supuesto especial de disposición y control de medidas de apoyo, referido a los casos de atribución gratuita de bienes a favor del discapacitado, en el cual el predisponente puede controlar o establecer reglas de control que no pasen por la voluntad del discapacitado<sup>24</sup>.

Sin duda, en este caso no será decisiva la voluntad del discapacitado, porque la ley prevé explícitamente que sea el disponente el que pueda imponer las condiciones o cargas concretas desde el punto de vista de la administración de esos concretos bienes atribuidos. Propiamente no se trata de una excepción a la regla general, sino una manifestación de la libre disposición de bienes por sus titulares, en orden a atribuirla a terceros bajo determinadas cargas o limitaciones.

#### **5. Los casos en que se prevé la audiencia del discapacitado sin que el juzgador esté vinculado por la voluntad del discapacitado**

MARTINEZ DE AGUIRRE<sup>25</sup> recoge como casos en los que no rige la voluntad del discapacitado y en los que es posible, según él, prescindir judicialmente de la misma, todos aquellos artículos en los que se prevé la audiencia de la persona con discapacidad, pero sin que el Juez esté vinculado por su opinión, voluntad o preferencias (porque entonces ya no estaríamos ante una mera audiencia), tales como la autorización al guardador de hecho para realizar actuaciones representativas (art. 263.2), la reorganización del funcionamiento de la curatela (art. 283), el nombramiento de defensor judicial (art. 295), la fijación de la retribución del curador (art. 48 LJV), la remoción del curador (art. 49 LJV), o la adopción de las medidas cautelares del art. 762 LEC. A su juicio, en tales supuestos, la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad son conocidos (porque se le oye), pero no son necesariamente respetados, en el sentido de seguidos.

Es muy dudosa esta conclusión. Es cierto que la previsión legal de audiencia implica en general la no necesaria vinculación con lo manifestado por el sujeto oído. Sin embargo, no puede olvidarse que todas las normas citadas de la reciente Ley 8/2021 están transidas del novedoso espíritu legal, que entiende que *la audiencia*

---

24. Señala dicho artículo:

«Artículo 252. El que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades.

Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido por la disposición de los bienes, que las ejercerá, en su caso, con el apoyo que proceda. Igualmente podrán establecer los órganos de control o supervisión que se estimen convenientes para el ejercicio de las facultades conferidas».

25. MARTINEZ DE AGUIRRE, *ob.cit.*, pag. 9.

del discapacitado cumple una función especial, como es la de conocer justamente su «voluntad, deseos y preferencias», al objeto de que el juzgador las recoja y respete en su resolución, salvo que se haya omitido esa voluntad deliberadamente o resulte imposible conocerla.

El examen detenido de muchas de esas normas permiten extraer además la conclusión contraria a la sostenida, dado que siempre y en todo caso habrá que atender a la «voluntad, deseos y preferencias» del sujeto discapacitado, o elegir a la persona que se considere más adecuada justamente para respetar esa misma «voluntad, deseos o preferencias», en tanto sea posible conocerlas. En las restantes, la resolución judicial en la que se exige la audiencia del discapacitado, tiene por finalidad cuestiones en las que no es razonable atender sólo a la voluntad del discapacitado, como sucede con el art. 48.1 LJV, sobre fijación de retribución del curador, o con el expediente de remoción del curador (art. 49 LJV), cuyo objeto será demostrar la concurrencia de alguna de las causas legales para ello, al margen de la voluntad del sujeto afectado, cuya voluntad por lo demás podrá resultar muy relevante a la hora de resolver dicho expediente<sup>26</sup>.

## 6 El artículo 276 C.Civil sobre nombramiento como curador de sujeto distinto del propuesto por el discapacitado

También cabe incluir entre las posibles excepciones, lo dispuesto en el art. 276 CC, donde se recoge algunas posibilidades al respecto: «Artículo 276. La autoridad

---

26. Como complemento de lo señalado en el apartado anterior, el artículo 258 CC regula de modo general los poderes preventivos, pero a la vez dicta reglas de las que se deduce la total predominancia de la voluntad del discapacitado, incluso por encima de las posibles medidas judiciales acordadas. Se prevé un supuesto de revocación de los poderes por decisión judicial, lo que implicaría ir en contra de la voluntad del discapacitado, pero se trataría de una excepción, que debe ser interpretada restrictivamente, y que además se supedita a que el discapacitado no hubiera previsto otra cosa. La cláusula de cierre de su último párrafo («salvo que el poderdante haya determinado otra cosa») está presente en toda la regulación de las medidas voluntarias, lo que significa su anteposición general a cualquier otra alternativa, incluso judicial.

A este respecto, el párrafo primero del citado art. 258 CC dispone con toda claridad: «Los poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, **tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado**».

Por lo demás, no está claro lo que quiere decir el último párrafo de dicho artículo cuando prevé la facultad de terceros legitimados para instar la extinción de los poderes preventivos, ya que, si hay un apoderado, no tiene mucho sentido que haya un curador a la vez. Y en cuanto a cualquier otra persona legitimada para instar los apoyos, la norma dificulta enormemente la posibilidad de saltarse lo dispuesto previamente por el poderdante, o lo que éste pueda acordar por sí mismo a la vista de la pretensión de estos terceros.

Al respecto, GARCIA RUBIO, *ob.cit.*, pag. 12, ha dicho: «Además, el último párrafo del propio art. 258 dispone que ... La norma realiza una remisión al primer párrafo del art. 278 CC, que debería completarse con la parte del art. 275 CC que impide a ciertas personas acceder a la condición de curador, pero que **no termina de adaptarse del todo bien a un apoyo que ha sido establecido de manera voluntaria; en cualquier caso, el citado art. 258 CC deja claro una vez más que prevalece la voluntad del poderdante incluso en caso de que concurra causa de remoción. De darse el caso, la extinción de la medida voluntaria se producirá por resolución judicial en procedimiento de jurisdicción voluntaria**».

*judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 272. La autoridad judicial estará también a lo dispuesto en el artículo 275».*

Sobre esta posible excepción nos remitimos a lo dicho más arriba acerca de ella. Así, que la excepción recogida, consistente en la remisión al art. 272 CC, lo que dice es que se atenderá prioritariamente a la voluntad del discapacitado, y sólo no se hará así cuando existan circunstancias graves ignoradas por éste, pero no niega que, en la fase del procedimiento de designación, si fueran conocidas estas circunstancias, sea factible manifestar una nueva voluntad por parte de dicho sujeto, la cual de nuevo sería vinculante. Y respecto de la posible alteración de circunstancias, es de nuevo pensando que las mismas impidan al sujeto afectado, por alguna razón, expresarse en concreto sobre la persona que vaya a desempeñar la función, aun de forma sobrevenida, de modo que también quedará vinculado el juzgador si finalmente puede manifestarse.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A.L., «*La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad en el proyecto de ley 121/000027*», *LA LEY Derecho de familia*, N° 29, Sección A Fondo, Primer trimestre de 2021.
- CALAZA LÓPEZ, S., «*La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*», *LA LEY Derecho de familia n° 31, julio-septiembre, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*.
- CARRASCO PERERA, A., «*Riesgos y estrategias en la nueva contratación con discapacitados, guardadores y curadores*», publicado en Gómez-Acebo & Pombo 50 Aniversario, Junio de 2021.
- GARCÍA ALGUACIL, M.J., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Ed. Reus, Madrid, 2016
- GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz, «*Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*», *SEPIN*, Junio 2021.
- GONZALEZ GRANDA, P., *Articulación del sistema procesal de provisión de apoyos y salvaguardas en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, La Ley Digital, Práctica de Tribunales, N° 141, Noviembre-Diciembre 2019.
- GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, ed. Tecnos, Madrid, 1986
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, «*Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual*», **BIB 2018\13987**, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.11/2018.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «*Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica*», *Diario La Ley*, N° 9851, 17 de mayo de 2021
- MORALES MORENO, A.M., *El error en los contratos*, Ed. Ceura, Madrid, 1988.

- PALLARÉS NEILA, J., «La participación en la toma de decisiones: el instrumento que permite el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica», *Actualidad Civil*, N° 3, Sección Persona y derechos / A fondo, Marzo 2020
- PANTALEON PRIETO, F., «Otra vez la consumación? Perseverare diabolicum» (I) y (II), en el *Almacén del Derecho*, 7 abril de 2021.
- PAU PEDRON, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol V N° 3 (julio-septiembre 2018)
- DE SALAS MURILLO, S., «La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos», *Diario La Ley*, N° 9841, Sección Doctrina, 3 de Mayo de 2021.
- DE SALAS MURILLO, «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 780, 2020.

## BLOQUE 5

# **LAS MEDIDAS DE APOYO A LA DISCAPACIDAD. SISTEMA GENERAL (II): LA GUARDA DE HECHO DE LOS DISCAPACITADOS. SU COMPARACIÓN CON LA GUARDA DE HECHO DE MENORES**

## Capítulo I

# **LA GUARDA DE HECHO. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS Y CONDICIONES DE FUNCIONAMIENTO. SUPUESTOS POSIBLES DE GUARDA DE HECHO**

*José Manuel Ruiz-Rico Ruiz*

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. IMPORTANCIA REAL DE LA FIGURA TRAS LA LEY 2021 DE DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE LA GUARDA DE HECHO. 1. La guarda de hecho como medida informal de apoyo. El sentido de la «informalidad» y la incuestionable posibilidad de una guarda de hecho de origen convencional. 2. La guarda de hecho como medida de apoyo compatible con las restantes (voluntarias o judiciales). 3. Carácter principal o prioritario de la GH respecto de las medidas de apoyo judiciales. 4. La guarda del

hecho como medida de apoyo estable e incluso permanente. Las causas de extinción de la guarda de hecho. 5. La guarda de hecho como medida de apoyo de origen legal y sus matizaciones. 6. La guarda de hecho como mecanismo genérico de apoyo a discapacitados. II. SUPUESTOS EN QUE PROCEDE LA GUARDA DE HECHO. 1. Guarda de hecho de menores de edad con discapacidad a partir de la mayoría de edad. 2. Supuestos de guarda de hecho concurrente con una medida de apoyo voluntaria o judicial: Sujeto que se ocupa de la guarda habiendo otro que previamente había sido designado (voluntariamente o judicialmente) para prestar apoyos, y no lo hace. 3. Supuestos de contrato de servicios suscrito por el discapacitado, o por los progenitores o familiares (o allegados incluso) del discapacitado, en virtud del cual un tercero se ocupa de asistir al sujeto. 4. Otros posibles casos de guarda de hecho. 5. Conclusión: falta de delimitación legal del concepto o expresión «guarda de hecho» y «vis atractiva» de la institución. III. SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE GUARDADORES.

## **I. INTRODUCCIÓN. IMPORTANCIA REAL DE LA FIGURA TRAS LA LEY 2021 DE DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE LA GUARDA DE HECHO**

Ya antes de la aprobación de la Ley 8/2021, los estudiosos de la figura de la guarda de hecho destacaban la importancia real de la misma en el ámbito de la tutela de los discapacitados. En este sentido, autores como LECIÑENA IBARRA<sup>1</sup> así lo afirmaban, al señalar que se trata de una figura de gran relevancia práctica en el ámbito concreto de los mayores y ancianos con necesidad de medidas asistenciales y de apoyo<sup>2</sup>.

Tras la LD sólo puede decirse que esa conclusión ha quedado reforzada, por cuanto el legislador reconoce que va a ser frecuentemente utilizada, es más, le otorga preferencia y la antepone a las figuras de prestación de apoyos de naturaleza judicial, con ciertos matices, como ahora veremos.

**Como características básicas de la guarda de hecho** (en adelante, GH), deducidas de la nueva regulación legal, pueden citarse las siguientes (con sus consiguientes matizaciones).

---

1. LECIÑENA IBARRA, A., *La guarda de hecho de las personas mayores*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pag. 15.

2. Sobre guarda de hecho de discapacitados antes de la promulgación de la Ley 8/2021, pueden citarse entre otros los trabajos de BERROCAL LANZAROT, *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad en el proyecto de ley 121/000027, LA LEY Derecho de familia*, N° 29, Sección A Fondo, Primer trimestre de 2021; GARCIA ALGUACIL, M.J., «El difuso equilibrio entre autonomía y protección: algunos instrumentos de asistencia a la luz de la convención». BIB 2014\4435, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.9/2015; LESCANO FERIA, *La guarda de hecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.

## 1. La guarda de hecho como medida informal de apoyo. El sentido de la «informalidad» y la incuestionable posibilidad de una guarda de hecho de origen convencional

La GH es una medida de apoyo calificada por el art. 250 CC como una **medida informal**, por comparación a las restantes, que serían «formales», en cuanto nacidas de un acto de naturaleza voluntaria formal o judicial.

Esa «informalidad» no siempre queda clara en la ley ni tampoco resulta patente en las posibles situaciones de la vida práctica. En principio sería una medida informal porque nadie la constituye, sino que se deriva de una situación meramente fáctica.

Sin embargo, ello resulta bastante dudoso. Al respecto, la pregunta que debemos responder es la siguiente: *¿es posible una guarda de hecho nacida de forma voluntaria, ya sea porque fuera constituida mediante una suerte de acuerdo o contrato de naturaleza privada, o bien porque, siendo originariamente voluntaria, luego se transformase en «informal», por haberse constituido entre medias una medida de apoyo formal a favor de otro sujeto?*

La respuesta a la anterior cuestión no es sencilla.

En primer lugar, esa respuesta depende de cómo se configuren en la nueva normativa las medidas de apoyo voluntarias, y si resulta posible una constitución voluntaria que no se canalice a través de algunas de las figuras o fórmulas concretas señaladas en la ley (apoderamientos preventivos, autotutela o en general medidas voluntarias de las señaladas en el nuevo art. 255 CC). Esto a su vez se relaciona directamente con la cuestión de si las medidas de apoyo voluntarias deben ser obligatoriamente canalizadas a través de una escritura notarial, en cuanto acto jurídico *solemne* en su forma, o si caben también medidas voluntarias *no notariales*, en las que no resulte precisa para su constitución la intervención notarial.

— En este sentido, pensando en la realidad práctica, podríamos imaginar como una situación relativamente frecuente de GH la relación nacida de un contrato, por ej., un contrato de servicios, suscrito con un tercero por el propio discapacitado, cuando en ese momento se hallaba en un estado de salud aceptable, o bien un contrato suscrito, no por el discapacitado, sino por un pariente próximo de éste, con quien viene conviviendo (quien a su vez podría ser un anterior GH., o el titular de la patria potestad), encargando a un tercero la asistencia y cuidados, a cambio de un precio.

Del mismo modo, también son imaginables situaciones en las que, de forma gratuita y altruista y sin contraprestación alguna, se llegue a algún tipo de acuerdo, expreso o tácito, para que un allegado del discapacitado no pariente (o incluso pariente, más o menos cercano), se ocupe del sujeto de forma estable y duradera en el tiempo<sup>3</sup>.

---

3. De hecho, GARCIA RUBIO, «Contenido y significado...» cit., pag. 9, admite la posibilidad de un contrato de alimentos, como fórmula posible de medida de apoyo voluntarias al discapacitado, entre otras posibilidades.

Hay que señalar que, antes de la Ley 8/2021, la mayoría de la doctrina estudianta de la guarda de hecho defendía, respecto de mayores de edad discapacitados, que la GH excluía por sí sola, de forma automática, la posibilidad de una guarda pactada o de origen convencional<sup>4</sup>.

Es indudable que la situación legal ha cambiado sustancialmente, de modo que las situaciones de GH son y van a ser a partir de ahora mucho más numerosas, por lo que no se puede descartar en absoluto que tengan un origen más o menos convencional<sup>5</sup>.

De hecho, si se piensa bien, a partir del nuevo espíritu legal de atender a la voluntad y deseos del discapacitado en todo momento y circunstancia, es manifiesto que debe dejarse la puerta abierta a cualquier modalidad de GH que en su origen haya sido cuando menos consentida o asentida, expresa o implícitamente, por el sujeto afectado. En consecuencia, la GH va a tener en un porcentaje muy alto de casos un origen convencional, al menos entendido como situación aprobada, asentida o autorizada, cuando no querida abiertamente, por el propio discapacitado<sup>6</sup>. Claro que eso debe llevar a plantear la duda de si es correcto utilizar el término guarda «de hecho», dado que no lo va a ser en muchas ocasiones.

Pero sobre todo, este origen convencional de la GH, en cuanto fórmula aformal pero no propiamente «voluntaria» en el sentido señalado por los nuevos arts. 254 ss. del CC, nos llevará a preguntarnos por el régimen jurídico de esas situaciones, y si se podrían aplicar a estos concretos casos (no a los restantes supuestos de GH) las mismas o similares normas previstas para las medidas de apoyo voluntarias, o incluso para las medidas judiciales, en cuanto serían en cierto modo «formales» y no informales, como parece presuponer la norma.

Desde nuestro punto de vista, parece lo más lógico que la relación entre el discapacitado y ese guardador «convencional» se rija por lo pactado expresa o tácitamente por ambas partes, sin que se pueda pensar en una traslación de las reglas legales sobre medidas de apoyo voluntarias, ni tampoco en una aplicación analógica de las reglas sobre la curatela, al no ser una fórmula asistencial de origen judicial. En todo caso, la existencia de convención entre las partes, o respecto del discapacitado, obliga a discernir con mayor detalle las posibles situaciones y actuaciones, para lo que remitimos al capítulo siguiente sobre régimen jurídico.

---

4. Vid. LECIÑENA IBARRA, *La guarda de hecho ... cit.*, pag. 33, quien cita en esta línea a PARRA LUCAN o a FÁREGAS RUIZ.

5. De hecho, alguna autora, como SOLÉ RESINA, J., «Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho», *LA LEY Derecho de familia n° 31, julio-septiembre, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, pag. 5 ss., parece sostener que *siempre* hay un origen voluntario en la guarda de hecho, en el sentido de proceder de una voluntad o consentimiento de la persona del discapacitado.

6. A estas situaciones se refiere PARRA LUCAN, M.A., «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en el volumen *Los mecanismos de guarda legal de la personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas (Coord. S. de Salas Murillo)*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pag. 212, quien da cuenta de lo habitual del «encargo» del guardador legal, antes de la reforma de 2021, a posible allegados, cuidadores o residencial, con o sin retribución, siendo por tanto un vínculo contractual habitual en este ámbito.

— Junto a las anteriores, podrían ser también considerados en cierto modo con una base consensual todos aquellos supuestos típicos y seguramente mayoritarios de GH que se van a dar cuando sean los padres quienes, teniendo un hijo con deficiencias desde su nacimiento, al llegar a su mayoría de edad se mantengan cuidándolo sin pedir judicialmente medidas de apoyo. Si nos fijamos, aquí se trata además de una situación que era originariamente *formal* (patria potestad/ tutela de menores) y que *pasa a transformarse en «informal» al llegar a la mayoría de edad*.

En principio, no se trataría propiamente de una constitución «voluntaria» de la GH, por lo que no se le aplicarían los parámetros antes señalados para los casos de GH de origen convencional. No obstante, se basan en muchos casos, sobre todo si tiene continuidad en el tiempo la relación, en un vínculo en buena medida «querido» y no rechazado por el propio discapacitado.

En estas hipótesis, que sin duda van a ser muy frecuentes, el legislador es consciente de que será uno de los modelos típicos de GH y por eso no sólo no lo castiga, sino que en cierto modo lo prima. Así, facilita que siga entre las partes una situación de convivencia y cuidados, que se ha demostrado hasta la fecha como adecuada (en cuanto no se habría producido privación de patria potestad ni desamparo por una mala actuación previa de los representantes legales) y sólo cuando sea preciso, obliga a la petición de medida puntual de apoyo (que casi siempre va a ser representativa).

Esta hipótesis de GH merece ser analizada detenidamente, ya que quizás no tiene mucho sentido que, habiendo una previa patria potestad del discapacitado durante su minoría de edad, y por tanto una representación legal con sustitución de la voluntad del sujeto, al llegar a la mayoría de edad *desaparezcan de un plumazo* todas esas facultades paternas (o tutoriales), que suponemos han cumplido una cierta utilidad, y sus funciones pasen a reducirse a la mera asistencia (ya veremos con precisión en qué términos cuando analicemos las funciones del al GH).

Por lo pronto, parece que al extinguirse la patria potestad o la tutela previa del discapacitado menor de edad, y pasar a ser una GH, se produce un específico efecto de gran relevancia, y es que *donde antes había obligaciones de actuar por parte de aquéllos, ahora deja de haber obligaciones*, por cuanto como regla el guardador de hecho no asumirá obligaciones frente al discapacitado. Sobre ello se vuelve a continuación.

Al margen de lo anterior, debemos preguntarnos igualmente si, al pasar de patria potestad o tutela a GH, no se habrá producido *una suerte de apoderamiento tácito* de la persona del discapacitado a favor de esos mismos sujetos, con otorgamiento (tácito) de las mismas o similares funciones representativas que hasta entonces venían desempeñando. *La respuesta, aun siendo deseable la positiva, no puede ser sino negativa*, en cuanto no hay base legal alguna para sostener una continuación idéntica ni similar a la situación de patria potestad<sup>7</sup>.

---

7. Eso sí, en la perspectiva de cambiar radicalmente a un estatus en el que se va a carecer casi totalmente de funciones representativas, será muy probable que esos padres o tutores realicen antes de llegar a la mayoría de edad muchos de los actos o negocios jurídicos sobre los bienes o la persona del discapacitado que previsiblemente se van a encontrar éste durante su mayoría de edad.

— Por otro lado, como ya se avanzaba, una consecuencia fundamental de la informalidad de la GH es que, *aun siendo una medida de apoyo, no puede ser equiparable a las demás en cuanto a su régimen jurídico, básicamente porque el guardador no está obligado a actuar, en cuanto no tiene deberes legales de asistir al discapacitado.*

Ello supone dos consecuencias básicas:

- a) Por un lado, al no estar obligado, su actuación no resulta legalmente necesaria, por lo que es perfectamente posible que el acto o negocio acabe celebrándolo sólo el discapacitado (con o sin el respaldo o el consejo del guardador de hecho), con las consecuencias en cuanto a su posible nulidad previstas en el art. 1302 CC, básicamente que no cabrá la nulidad del acto o contrato por falta de capacidad ni por falta de asistencia del prestador de servicios (al no existir un prestador «formal» de apoyos).
- b) Por otro, eso implica en principio la total falta de responsabilidad del guardador por las consecuencias dañosas de los actos o negocios otorgados por el guardado, en el caso de que éste pretendiera algún tipo de exigencia de responsabilidad por daños y perjuicios por una mala asistencia. No obstante, sobre ello se vuelve más adelante.

— Debemos sin embargo preguntarnos si el hecho de que, conforme al art. 263 CC, se adopte sobrevenidamente alguna medida de apoyo voluntaria o judicial, transforma o cambia en algo la posición jurídica del preexistente guardador de hecho, en el caso de que siga desarrollando su labor. Literalmente, el art. 263 CC dice que «*continuará en el desempeño de su función*», pero *no dice estrictamente que estará obligado a continuarla*, lo que en buena medida significa que no asume una obligación de actuar. Es más, nada impide al GH decidir unilateralmente y a su antojo dejar de prestar asistencia o apoyo al discapacitado, pues técnicamente no tiene obligación de continuar su actuación.

No puede perderse de vista que, en caso de ocurrir este suceso, esto es, que quienes vinieran prestando tareas de representación o apoyo (tales como los padres o tutores) dejen de hacerlo, la nueva normativa ha previsto, en el artículo 253 CC, cómo debe procederse cuando, habiendo una previa guarda de hecho, el guardador no preste la asistencia, estando necesitado de apoyo el discapacitado. En esas circunstancias, *el apoyo lo prestará la entidad pública* que tenga encomendada este tipo de tareas en el respectivo territorio o Comunidad Autónoma. No es el único caso donde se prevé esa asistencia, pero es indudable que el citado art. 253 CC incluye este supuesto en que haya un guardador de hecho que haya decidido no prestar su apoyo desde el principio, o que deje de hacerlo sobrevenidamente en un momento dado.

Ahora bien, *desde el momento en que se adopte alguna medida voluntaria o judicial, y se haga a favor del concreto guardador de hecho* (como será relativamente frecuente), éste dejará de serlo propiamente (al menos en el ámbito para el que haya sido designado) y *asumirá, ahora sí, una obligación de actuar, en tanto haya aceptado el encargo hecho por el discapacitado o por la autoridad judicial.* Desde

luego, ese guardador no está obligado a aceptar la encomienda recibida, por lo que podrá cesar totalmente en sus funciones previas de guardador, sin que ello le acarree ningún tipo de responsabilidad.

Sí podría asumir en cambio responsabilidades, frente al discapacitado, cuando, *motu proprio*, y sin estar obligado a ello por decisión judicial, decida realizar junto al discapacitado alguno de los actos del art. 287 CC que exigen autorización judicial: en tales casos, si no la recaba, y solicita además la concesión de funciones representativas para ese fin, sí podría estar asumiendo responsabilidades<sup>8</sup>. Además, se producirán las consecuencias anulatorias derivadas de ello ex art. 1302 CC, como si fuese cualquier otro prestador de apoyos que precisa autorización judicial pero no la recaba o no la obtiene<sup>9</sup>.

En cambio, respecto de posibles solicitudes de prestaciones económicas para el discapacitado (art. 264.III CC), o supuestos similares, el guardador, al ser un cargo «informal», tampoco estará obligado a ello, por lo que en principio no será responsable de las consecuencias negativas para el guardado. No obstante, al estar legalmente autorizado para intervenir, si lo hace, habrá de hacerlo con criterios de diligencia, pudiendo ser responsable de una inadecuada gestión.

Entendemos que tampoco tendrá obligación de responder por una exigencia de rendición de cuentas, a pesar de lo dispuesto en el art. 265.II CC. Salvo que se le hayan atribuido funciones representativas en vía judicial, no parece que tenga cuentas que rendir, pues su función será fundamentalmente consultiva, de asesoramiento o información, como luego se comprueba, salvo supuestos excepcionales en que haya actuado de forma dolosa o gravemente negligente en esas tareas.

## 2. La guarda de hecho como medida de apoyo compatible con las restantes (voluntarias o judiciales)

Es idea admitida la de que la GH es o puede ser **compatible con el resto de medidas de apoyo**, voluntarias y judiciales, en tanto concurra alguno de las siguientes situaciones:

- Cuando no se estén aplicando eficazmente las medidas.
- También cuando la medida voluntaria o judicial sea *incompleta*, y afecte a *un ámbito o aspecto determinado* (que será lo normal, de acuerdo con el

---

8. No es del todo segura esa posible responsabilidad frente al discapacitado, ya que, si no había una previa medida de apoyo judicial, debemos suponer que dicho sujeto estará legitimado por sí solo y en exclusiva para celebrar el negocio o contrato, por lo que podría pensarse que era innecesaria la presencia, y mucho menos el consentimiento o aprobación, del guardador de hecho.

9. Resulta sin embargo dudosa la cuestión general derivada del artículo 287 CC, en cuanto existe una cierta contradicción entre el hecho de que haya habido una resolución judicial previa que haya atribuido al curador (aquí, léase, guardador de hecho) funciones representativas, se supone que para unos determinados actos en los que se considera necesario intervenir, y la exigencia de autorización judicial en todo caso por los actos señalados en el art. 287 CC. Si resulta que se autorizó en su momento al guardador para alguno de esos actos, entendemos que no debería exigirse una (nueva) autorización judicial, pues ya estaba concedida con anterioridad.

principio de mínima intervención en la vida del discapacitado, deducido de la Ley y de la Convención; esto no lo dice expresamente la norma, pero debe entenderse así por pura lógica).

Desde luego, en el primero de los casos, la compatibilidad será puramente formal, pues precisamente no hay concurrencia dado que el prestador formal de apoyos no está cumpliendo sus deberes. No obstante, se podría plantear el caso en que este último (prestador formalmente designado) *realice algunas actuaciones, pero sólo parcialmente*, viniendo al efecto el guardador de hecho a *completar lo no realizado*: aquí sería imaginable esa actuación, aunque se presenta el problema de quién de los dos sujetos sería el responsable frente al discapacitado de las posibles lesiones o daños patrimoniales por una mala gestión. A nuestro juicio, la responsabilidad deberá recaer en el prestador formal de apoyos y no en el guardador, ya que éste habrá intervenido justamente para suplir lo no hecho por el primero, y además no ha asumido ningún deber de actuación frente al discapacitado<sup>10</sup>.

Se plantea la duda de si puede ser compatible la GH con una medida de apoyo *voluntaria*.

El punto de partida de la nueva Ley es que la GH surja cuando haya una medida que no se esté aplicando eficazmente, por lo que, en teoría, si se aplica de forma eficaz, no procedería la GH.

Sin embargo, esta conclusión creemos que es discutible. Es a nuestro juicio posible la existencia de guarda de hecho *también en casos en los que no haya medida de apoyo previa, pero el sujeto sea discapacitado y precise la asistencia*, cuando menos a efectos consultivos o de contraste de opiniones. Se tratará seguramente de aquellos casos más frecuentes de situaciones de hecho donde estemos ante un sujeto (v.gr., menor con deficiencias y con previsible necesidad de ayuda a partir de los 18 años) que se sabe de antemano que va a precisar ayuda, pero nadie reclame la constitución de una medida de apoyo.

Entrando ya en la cuestión planteada, entendemos que cabría la GH en casos de existencia de una medida de apoyo previa, sobre todo voluntaria, *cuando la misma tenga una concreta finalidad «ad hoc», esto es, para un asunto o ámbito concreto* (por ej. el sanitario, o el patrimonial), o para un grupo o tipo de asuntos, pero queden fuera otros aspectos para los que el discapacitado necesite también asistencia o apoyo. Aquí podría entrar la GH, si no se pide judicialmente una nueva medida o se pide el complemento o ampliación de la existente.

Por último, también sería posible el caso de existencia de medida de apoyo, pero el designado como prestador *no ejerza en absoluto su función*, bien porque no haya aceptado el cargo, se haya excusado o se haya iniciado un proceso de remoción: aquí no habrá estrictamente un caso de «aplicación no eficaz» en los términos del art. 263 CC («que no se estén aplicando eficazmente»).

---

10. No obstante, no es descartable su responsabilidad en cuanto hubiera actuado como gestor de negocios ajenos conforme al art. 1891 CC. Es posible que en tales casos hubiera una responsabilidad concurrente con el prestador de apoyos formal.

En conclusión, *la guarda de hecho presenta una gran versatilidad*, en cuanto puede coincidir en el tiempo con medidas de apoyo formales, voluntarias o judiciales, *en todos aquellos aspectos o asuntos no cubiertos por ellas, o incluso en esos concretos ámbitos, en tanto no se estén ejecutando en absoluto, o se haga de manera no eficaz, o bien de modo incompleto*. En estos últimos casos, será poco probable atribuir responsabilidades al guardador, existiendo una *vis atractiva* hacia la responsabilidad del prestador de apoyos incumplidor.

### **3. Carácter principal o prioritario de la GH respecto de las medidas de apoyo judiciales**

Es un dato muy relevante el de que la guarda de hecho es concebida en la nueva normativa como *prioritaria a las medidas de apoyo judiciales*, las cuales serán subsidiarias no sólo a las voluntarias, sino también a la propia guarda de hecho<sup>11</sup>. ¿Hasta qué punto debe entenderse esa prioridad en la nueva regulación?

Al margen de la hipótesis del art. 263 CC («*cuando las otras medidas no se estén aplicando eficazmente*»), se puede comprobar con toda claridad cómo en el art. 255, párrafo 5º CC se completa esta visión: allí se dice algo que no dice el art. 263 citado, esto es, que «*sólo a falta de guarda de hecho*», podrá la autoridad judicial adoptar otras medidas, judiciales se entiende.

Es cierto que la norma añade la expresión «*...guarda de hecho que suponga apoyo suficiente*». No es seguro a qué se está aludiendo. Probablemente se refiere a aquellos casos en que, siendo una GH sin funciones representativas adicionales a las legales, lo único que necesite el discapacitado es un sujeto al que consultar o que le pueda aconsejar, sin que tampoco deba concurrir su consentimiento para uno o varios actos: en esta coyuntura, la GH puede prestar una función adecuada y completa, sin que sea preciso nombrar un curador con ese mismo fin (dado que la curatela no siempre va a ser una figura que complemente el consentimiento del discapacitado).

Esta perspectiva se complementa con lo dispuesto en el art. 269 CC, regulador de la curatela, donde, en la comparación entre GH y curatela, *la ley prevé esta última siempre como subsidiaria de cualquier otra medida, incluida la guarda de hecho*, en tanto ésta sea suficiente para las concretas necesidades del discapacitado. De hecho, el contraste entre el art. 264 y 269 CC *permite concluir una suerte de prioridad de la GH respecto de la curatela* (de sujeto distinto del guardador), cuando se trate de asignar funciones representativas: para el legislador, parece que debería ser preferente el guardador de hecho a la hora de atribuírsele estas funciones en relación a otros posible sujetos.

---

11. PAU PEDRÓN pone el ejemplo concretamente de Austria (& 268), donde es improcedente nombrar una persona de apoyo si existe previamente una persona que ya esté prestando asistencia, lo que supone un refuerzo aún mayor de la trascendencia de la GH como figura asistencial.

#### 4. La guarda del hecho como medida de apoyo estable e incluso permanente. Las causas de extinción de la guarda de hecho

La GH se configura con carácter **continuado en el tiempo, y no provisional**, como venía sucediendo hasta ahora. Esto parece claro, ya que, a falta de medidas voluntarias, opta por la GH antes que por la curatela.

Esto nos lleva a analizar los casos en que se puede remover o dar por concluida la situación de guarda de hecho (art. 267 CC).

Es llamativo que la propia ley regule las causas de extinción, como si de una medida de apoyo formal se tratase, estableciendo una suerte de elenco hipotéticamente cerrado de causas. Seguramente se trata de un planteamiento erróneo del legislador. Dado que estamos mucha veces ante vínculos de orden fáctico y sin asunción de deberes u obligaciones recíprocas, o de origen voluntario pero no estrictamente contractual, lo normal será que la GH se extinga cuando deje de ejercerse materialmente la función, casi siempre por decisión unilateral del guardador, sin más exigencias, o cuando simplemente resulte desasistido el discapacitado, momento en el cual entrará en funcionamiento la entidad pública asistencial, de conformidad con el art. 253 CC.

Frente a ello, la ley trata a la GH como si de cualquier otra medida de apoyo formal se tratase, y le fija una serie de causas de extinción, que resultan bastante chocantes en sí mismas, por su artificialidad. Veámoslas con algún detenimiento.

- Si empezamos por **la primera de las causas del art. 267 CC**, se habla de una «*solicitud*» del discapacitado para que se organice de otro modo. No se dice a quién ha de dirigirse la misma, ni si deberá cumplir algún tipo de formalidad, por ej., el uso del cauce notarial. Entendemos que no es así. Por lo pronto, dado que muchas veces la GH se constituirá de forma más o menos voluntaria, bastará con que el guardado manifieste al guardador que desea su cese, con carácter recepticio, para que se produzca el efecto extintivo<sup>12</sup>, a menos que las funciones del guardador tengan un origen judicial, en cuyo caso sí se tratará de una solicitud en vía judicial. No queda claro si se extinguirá de forma automática, o podrá denegarse la solicitud. Tal como se redacta la norma, y teniendo en cuenta el principio de preeminencia de la voluntad del discapacitado, habrá que entender que cesará de forma obligatoria, y el juzgador deberá declararlo así, con efecto retroactivo, en caso de disputa sobre la cuestión. En esas circunstancias, no parece que necesariamente haya que proponer una forma alternativa de prestar el apoyo, puesto que podría también manifestarse el cese, sin por ello continuar el régimen de guarda de hecho, en esa o en cualquier otra forma.

---

12. Debemos pensar que, al tratarse de un puesto de confianza, se debe poder extinguir por desistimiento unilateral del sujeto afectado, aun cuando se hubiera pactado un plazo de duración superior. En tales casos, sólo surgirá a lo sumo un deber de indemnizar los daños causados al guardador como si de cualquier contrato de servicios o de obra se tratase.

- En cuanto a **la causa segunda** («*Cuando desaparezcan las causas que la motivaron*»), se alude a un supuesto de surgimiento de la GH por un motivo o coyuntura determinada. En realidad, además de poco frecuente, *la desaparición de esas causas no tiene necesariamente que motivar la automática extinción*: en la medida en que el guardador quiera seguir en sus funciones, y lo haga efectivamente, habrá o seguirá habiendo guarda de hecho, por lo que carece propiamente de sentido la causa señalada. Sólo quizás *en aquellos casos de GH constituida contractualmente, habiéndose incorporado al contrato el motivo determinante de su nacimiento*, podría tener eficacia la causa de extinción; pero ni siquiera aquí, puesto que de nuevo podría seguir ejerciéndose la guarda fácticamente. Siempre salvo oposición del discapacitado, que es a la postre el dato decisivo que puede condicionar en todos los casos la continuidad de la guarda.
- Por supuesto, **la causa tercera de extinción del art. 267 CC** es plenamente lógica, a partir del dato de que, salvo vínculo contractual previo, el guardador no ha asumido obligaciones frente al guardado, por lo que debe admitirse su libre desistimiento. La ley añade sólo la exigencia puntual —no como *conditio iuris* de eficacia— de que se ponga en conocimiento de la entidad pública con funciones asistenciales de discapacitados en cada territorio. La falta de comunicación sólo acarreará una posible asunción de responsabilidades por parte del guardador de hecho, si se produjeran daños al discapacitado en ese período de tiempo. No obstante, no creemos que haya una relación de causa-efecto entre la falta de comunicación y la posible responsabilidad del guardador si se producen daños.
- Respecto de **la causa cuarta del art. 267 CC**, debe señalarse que es un tanto sorprendente, por cuanto choca con la prioridad atribuida a la GH respecto de las medidas de apoyo judiciales. De acuerdo con ella, se podría dar por extinguida una GH que puede estar funcionando correctamente, a instancias del Ministerio Fiscal, pudiendo la autoridad judicial actuar con gran libertad, pues bastaría con que ella misma «*lo considere conveniente*».

Más dudoso aún es el supuesto en que se solicite al Juzgado la extinción por parte de «*quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda*». De nuevo saltan por los aires los principios básicos, en particular el de prevalencia de la GH sobre las medidas judiciales, dándose la posibilidad de que cualquier sujeto, parece que incluso al margen de la voluntad del discapacitado, pueda promover un expediente de cese del guardador, sin sujeción a motivo o causa de ningún tipo, dejando plena libertad al juzgador para decidir. Creemos que la norma debe ser entendida en el sentido de que se pueda instar, por cualquiera de los legitimados legalmente para ello (y sólo por ellos), la remoción del guardador (más exactamente, el cese del cargo, ya que no creemos que se le puedan aplicar las normas de remoción del cargo de curador del art. 278 CC), en tanto se demuestre que puede estar perjudicando a la persona del discapacitado, debiendo acreditar el mayor beneficio de la propuesta, y siempre contando con que no conste una voluntad contraria del guardado ni en la fase inicial ni durante toda la tramitación procesal.

## 5. La guarda de hecho como medida de apoyo de origen legal y sus matizaciones

Lo anterior nos lleva a otra característica, y es la de que la GH no tiene carácter voluntario, sino un **origen en principio legal**. Lo cual significa que es la ley la que otorga su reconocimiento y tutela jurídica a todas las situaciones fácticas que se traducen en una labor asistencial del discapacitado, a través de las disposiciones contenidas en los artículos 263 a 267 CC y demás preceptos legales relativos a la figura.

Como ya se dijo más arriba, en relación a este carácter «legal» de la GH, ha sido habitual con la antigua regulación considerar mayoritariamente que la guarda de hecho era incompatible con una constitución voluntaria: por su esencia —se pensaba entonces— la GH no puede tener un origen voluntario.

Tras la nueva normativa, ese origen «legal» de la GH puede ser polémico, por cuanto no se puede perder de vista que, *al menos respecto de aquellos discapacitados que tengan un cierto nivel de discernimiento, la actuación continuada del GH supondrá normalmente un cierto nivel de voluntariedad en la conducta del discapacitado, en cuanto, de haber algún motivo para el rechazo o la discrepancia con el guardador, el discapacitado tendría siempre a su alcance el elegir otra persona y acordar una medida voluntaria para sustituirlo, o bien acudir al juez a hacerlo*. Por lo tanto, *si no lo hace, de alguna manera está ratificando tácitamente aquellos actos en los que interviene*, y ello llevaría a una idea de voluntariedad en su origen.

Además de ello, no se puede tampoco olvidar que, cuando el discapacitado acuda ante el Notario para realizar algún acto o negocio jurídico, podría venir acompañado del guardador, e implicar ello un cierto acto de «reconocimiento» de la existencia del mismo. En estas circunstancias, ¿hasta qué punto esto no supone en cierto modo erigir al guardador de hecho en una figura de apoyo de origen «voluntario»?

La cuestión es relevante, por cuanto podría afectar a la posible aplicación de los arts. 1300 y 1302 CC a la guarda de hecho, en particular a estas modalidades con un origen más o menos voluntario o convencional. Sobre ello se vuelve más abajo en el Capítulo siguiente.

Por otro lado, la respuesta a la cuestión anterior también puede afectar al modo de funcionamiento de la GH, en cuanto, si se la califica en algunos casos como medida de origen «voluntario», habría que aplicar, si no todas, sí muchas de las reglas y principios propios de las medidas de apoyo voluntarias.

Para responder adecuadamente a ello, quizás habría que resolver la cuestión de si las medidas voluntarias tienen una forma *ad substantiam* y deben constituirse siempre por vía notarial, o si cabe que nazcan cuando el discapacitado, aunque no llegue a constar en el Registro Civil, otorgue un documento privado, o incluso constituya a un sujeto como apoyo voluntario de forma tácita (pero inequívoca).

Aunque no es materia de este capítulo, no podemos perder de vista la importancia de lo establecido por el art. 262 CC, dentro del capítulo sobre «Apoderamientos y mandatos preventivos», el cual establece que *«Lo dispuesto en este capítulo se aplicará igualmente al caso de mandato sin poder»*. De conformidad con esta norma, se procede por el legislador a otorgar reconocimiento como medida de apoyo voluntaria a los

contratos de mandato *contenidos en documento privado* que no se hayan traducido en un poder, se entiende que notarial, y *los equipara a los apoderamientos notariales preventivos y a las medidas voluntarias en general*. Al margen de las mayores o menores dificultades probatorias, el legislador amplía así las posibilidades de recurrir a medidas voluntarias sin intervención notarial, *admitiendo asimismo esos contratos de mandato incluso cuando sean verbales u otorgados tácitamente*, como a veces sucede en la práctica.

Ello nos debería llevar a incluir en principio, dentro de este precepto legal, algunas de las posibles situaciones de guarda de hecho con origen voluntario. No obstante, pueden quedar fuera otros supuestos de vínculos fácticos entre discapacitado o guardador, cuando haya una gran dificultad de prueba de los mismos.

En todo caso, en todas estas situaciones de guardas con un origen más o menos voluntario no documentadas notarialmente, pueden aplicarse las normas de la guarda del hecho (arts. 263 ss. CC), las cuales resultarían concurrentes parcialmente con algunas de las propias de las medidas de apoyo voluntarias. En concreto, se podría aplicar la vinculación y prevalencia de los pactos y estipulaciones concretas, la anteposición a cualquier otra medida de apoyo que se pudiera adoptar (art. 258 CC), o la sumisión general a la voluntad del discapacitado, aunque no, por ejemplo, la prohibición de delegar (art. 261 CC).

## 6. La guarda de hecho como mecanismo genérico de apoyo a discapacitados

La GH se configura en la Ley como un **mecanismo genérico** de apoyo a discapacitados, en cuanto que puede valer para todo tipo de discapacidades: discapacidades físicas, discapacidades sensoriales, discapacidades psíquicas, discapacidades de origen o discapacidades sobrevenidas. No obstante, el modo de funcionamiento de una GH en algunas de las situaciones expuestas quizás obligue a aplicar un tratamiento jurídico diferenciado en relación a las otras.

Es más, incluso es viable que se inicien las actuaciones asistenciales sobre la base de presuponer una discapacidad, y luego no tenga la misma reflejo a nivel administrativo, en cuanto no haya una declaración formal de invalidez por parte de la Seguridad Social, o sea denegada la solicitud presentada. También cuando la discapacidad no tenga tampoco reflejo a nivel judicial, en aquellas situaciones en las que se solicite una medida de apoyo y el juez la deniegue por considerar al afectado suficientemente maduro y autónomo a la hora de tomar sus propias decisiones.

En estos casos, lo realizado por el presunto guardador respecto de un sujeto propiamente no discapacitado, no perderá su virtualidad y eficacia, ni se excluirá su posible responsabilidad, en caso de poder apreciarse. Debemos recordar que la ley no configura un concepto predeterminado de lo que sea «discapacidad», sino que lo remite al hecho de apreciarse la necesidad de apoyos de un sujeto concreto. Pero es que, además de esto, pueden haberse producido gestiones o actuaciones sobre la base de una presunta discapacidad luego no confirmada, a través justamente de un guardador de hecho, pero no por ello serán irrelevantes las mismas. Eso

sí, no se aplicarían las normas específicas de los arts. 263 ss. CC, sino que se regiría por las reglas generales de la gestión de negocios sin mandato o de la responsabilidad extracontractual general.

## II. SUPUESTOS EN QUE PROCEDE LA GUARDA DE HECHO

La lectura del supuesto de hecho de la norma del art. 263 CC nos lleva, dada su muy escasa claridad y precisión, a preguntarnos cuándo y en qué situaciones o circunstancias concretas puede darse una guarda de hecho de una persona con discapacidad. Algunos de los supuestos ya han sido expuestos en los apartados anteriores; ahora se trataría básicamente de sistematizarlos. Veamos con mayor detalle algunas de las posibles situaciones (seguramente no podemos considerarlos como casos cerrados):

### 1. Guarda de hecho de menores de edad con discapacidad a partir de la mayoría de edad

La conexión entre el art. 263 CC y el artículo 254 CC, al admitir este último la posibilidad de previsión, para un menor a partir de 16 años, de una medida de apoyo judicial en los dos años anteriores a la mayoría de edad, o de una medida voluntaria decidida por ese menor, conduce a considerar como uno de los supuestos típicos de GH el de dar continuidad —en la medida de lo legalmente posible— a la relación de asistencia de los padres titulares de la patria potestad con un hijo menor con deficiencias susceptibles de ser calificadas como discapacidad. Se trataría de una GH que vendría a cubrir el hueco dejado por la supresión legal de la patria potestad prorrogada.

Esa guarda de hecho podría alcanzar tanto a quienes eran padres titulares de la patria potestad, que quisieran continuar con la asistencia y apoyo al hijo a partir de los 18 años, como a quien ostentaba el cargo de tutor del menor, o de defensor judicial de un emancipado (arts. 247 y 248 CC) en estado de discapacidad, una vez extinguidos en sus funciones, pero tuvieran la voluntad de seguir desempeñando las tareas asistenciales del sujeto a partir de entonces.

Indudablemente, en todos estos casos, se producirá un cambio sustancial en la forma de actuación entre guardador y discapacitado, sobre todo cuando se trataba de patria potestad o de tutela, ya que se perderán muy buena parte de las funciones representativas que hasta entonces se ejercían, al haber quedado extinguidos los respectivos cargos tutelares. La Ley desgraciadamente no ha previsto la posibilidad de continuar, con algunos cambios no sustanciales, las labores previas, sino que ha ocasionado *una ruptura radical*, sólo susceptible de ser salvada a través de la solicitud de una previa medida de apoyo judicial ex art. 254 CC, en ese período de dos años anteriores a la mayoría de edad, para obtener casi siempre una curatela con funciones representativas.

Del mismo modo, cabe incluir aquí como GH la de los padres que deciden ocuparse de su hijo, ya mayor de edad, tras producirse de forma sobrevenida una

deficiencia o enfermedad generadora de discapacidad, pasando a convivir con él. Nos referimos a los supuestos tratados por la desaparecida patria potestad rehabilitada del antiguo art. 171.II CC, para los que el legislador no ha previsto solución. Parece que la GH, en la medida en que así lo hayan querido los progenitores, será la fórmula utilizada para cubrir esas situaciones.

En todos estos supuestos, la guarda se desempeñará normalmente a través de la convivencia con el hijo ya mayor, aunque la misma no resulta imprescindible, pudiendo servirse de terceros, v.gr un centro sanitario o de otro tipo, para desplegar sus funciones.

## **2. Supuestos de guarda de hecho concurrente con una medida de apoyo voluntaria o judicial: Sujeto que se ocupa de la guarda habiendo otro que previamente había sido designado (voluntariamente o judicialmente) para prestar apoyos, y no lo hace**

Se trata ahora del supuesto específicamente previsto en el art. 263 CC, esto es, el de la GH que se superpone a una medida de apoyo voluntaria o judicial, en caso de que no se esté aplicando «*eficazmente*».

Sin duda la determinación de lo que haya de entenderse por «*eficazmente*» planteará algunos problemas de orden práctico.

En todo caso, conviene recordar que las funciones del guardador no van a ser en lo fundamental representativas (salvo las excepciones del art. 264.III CC) ni de complemento del consentimiento, por lo que la presencia sobrevenida de un guardador de hecho junto a un prestador de apoyo «formal» sólo producirá el efecto de ayudar al discapacitado a formar su voluntad adecuadamente, por lo que quizás no será tan decisivo determinar si ha habido o no una actuación «eficaz».

Sólo cuando pueda estimarse que sea la autoridad judicial la que, en un momento dado y a través de alguno de los cauces procedimentales, resuelva, de forma expresa o *de forma implícita*, sobre las funciones del guardador de hecho, podrá ser relevante si ha habido o no tal «eficacia», por cuanto será el presupuesto para estimar la procedencia de la guarda.

En tales casos, la norma no prevé las posibles consecuencias jurídicas de dictarse una resolución judicial estimando que la guarda de hecho era procedente. Debemos suponer que esa resolución judicial vendrá a investir al guardador de hecho de aquella o aquellas mismas atribuciones en las que ha fallado el prestador formal de apoyos (curador, apoderado...), dotando al guardador a partir de entonces de unas facultades asimiladas. Tampoco se regulan en la norma las situaciones en las que el guardador ya ha intervenido desempeñando unas funciones (representativas o de complemento del consentimiento, u otras posibles) antes de que el juzgador se pronuncie sobre la procedencia de la actuación del guardador, por no haber desempeñado eficazmente el prestador formal de apoyos las tareas. Probablemente, la resolución judicial que se dicte debería tener *un cierto efecto ratificador* de lo realizado por ese guardador, aunque esta lectura no se puede deducir de

la norma. El art. 264 CC podría proporcionar un argumento a tal fin, aun cuando esta norma esté pensando en una autorización judicial *previa* a la actuación representativa del guardador de hecho.

En este apartado cabe incluir también todos los demás casos antes señalados en los que puede actuar un sujeto como guardador aunque haya una medida judicial o voluntaria concurrente (vid. apartado 1.1.2 anterior).

### **3. Supuestos de contrato de servicios suscrito por el discapacitado, o por los progenitores o familiares (o allegados incluso) del discapacitado, en virtud del cual un tercero se ocupa de asistir al sujeto**

Como se dijo, la doctrina anterior a la Ley 8/2021 se mostraba contraria a la posibilidad de que las funciones tutelares o asistenciales del guardador de hecho hubieran sido el fruto de un acto voluntario del propio sujeto, casos que mayoritariamente no se consideraban como guarda de hecho, precisamente por no tratarse de una situación *fáctica*: dicho de forma escueta, lo que es *voluntario* no puede ser, por su propia esencia, fáctico.

Sin embargo, como se ha podido comprobar, existen motivos sobrados para admitir una GH que tenga un origen convencional, con diversidad de modalidades, sin que ello suponga necesariamente constituir una medida de apoyo voluntaria de las reguladas legalmente, que exigen como sabemos la intervención notarial. En estos casos, tampoco será precisa la *convivencia* del guardador con el discapacitado para considerarlo como tal supuesto, dado que puede ser frecuente que desempeñe sus tareas dentro de un determinado horario o franja temporal, caso en el cual se entenderá que se produce una guarda compartida con la persona o persona que se ocupen del discapacitado el resto de tiempo.

Por lógica, será perfectamente posible que la guarda de hecho sea desplegada también por instituciones públicas o privadas de orden asistencial a las que se hubiera contratado a tal fin, o que tengan asumidas estas funciones reglamentariamente. De hecho, la doctrina ha llegado a admitir que estas entidades desempeñan funciones incluso como curadores, a pesar del mandato del art. 250 *in fine* del CC, que parece excluir a dichas entidades como posibles prestadores de apoyo<sup>13</sup>.

---

13. En este sentido, ha dicho GARCIA RUBIO, *ob.cit.*, pag. 9, en general sobre las medidas de apoyo típicas (entre las que estaría la misma guarda de hecho) lo siguiente: «*Sin embargo, en este último punto creo que, si se me permite la expresión, al legislador se le ha ido la mano en su bienintencionado intento de evitar las situaciones de abuso de confianza o influencia indebida del titular del apoyo en la persona a la que asiste o ayuda. Lo hace cuando en el último párrafo del citado art. 250 CC establece: «No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la que persona que precisa el apoyo».* Se trata de una norma prohibitiva que, con esa rotundidad, casa muy mal con la primacía de la voluntad de la persona que necesita y quiere el apoyo. Existen argumentos obrados para excluir, por ejemplo, el nombramiento como curador de una persona (no incluyo al autocurador) del titular del centro donde esta reside; baste pensar en las potenciales y más que probables situaciones en las que puede darse un

No obstante, tratándose de Centros o instituciones privadas de asistencia a personas con discapacidad, si el vínculo se hubiera establecido entre ese Centro y el familiar cercano a dichas personas, *seguramente habría que considerar a aquéllas como meros «auxiliares» en la prestación de asistencia*, en palabras de GARCÍA ALGUACIL<sup>14</sup>, más que como verdaderos guardadores de hecho, que lo serían el familiar o familiares contratantes. En todo caso, habría que analizar cada caso concreto para llegar a las conclusiones oportunas acerca de si era o no efectivamente un guardador de hecho.

#### 4. Otros posibles casos de guarda de hecho

Siguiendo de nuevo a GARCÍA ALGUACIL, podríamos pensar también como supuesto de guarda de hecho *el caso del previo apoderado del discapacitado, cuyos poderes fueran los normales de un sujeto con tareas representativas*, ya sea con un poder general o un poder especial (arts. 1712 y 1713 CC), *que se prolongase más allá de la situación de discapacidad*, cuando ésta fuere sobrevenida y ulterior al otorgamiento del poder<sup>15</sup>.

Téngase en cuenta que la modificación efectuada por la Ley 8/2021 del artículo 1732 CC, sobre extinción del mandato, tan sólo dispone esa *extinción en caso de que se hayan establecido medidas de apoyo* (se entiende, judiciales, pero también voluntarias), por lo que *sería perfectamente viable la actuación de ese apoderado*, tras sobrevenir una deficiencia física o mental generadora de discapacidad, *mientras no se haya procedido a la adopción de tales medidas de apoyo*.

*En este caso, se trataría de un verdadero guardador de hecho, excepcionalmente dotado con funciones representativas (normales) en virtud de un poder general o especial de representación (ex arts. 1712 o 1713 CC)*, que se regirá por lo acordado o por el contenido y límites del poder, conforme a las reglas generales.

#### 5. Conclusión: falta de delimitación legal del concepto o expresión «guarda de hecho» y «vis atractiva» de la institución

Hemos podido comprobar cómo no hay en la nueva normativa una definición de lo que sea guarda de hecho. Tan sólo el art. 263 CC habla de *«quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad»*, expresión que podría servir para definir la figura si no fuera porque dentro de ella

---

*conflicto de intereses entre ambos que obligarían al recurso constante al defensor judicial. Sin embargo, no encuentro ningún motivo atendible para que la persona con discapacidad que precisa de apoyo diseñe una medida voluntaria en la que designe para ejercer tal labor, por ejemplo, a la persona que le cuida en su casa y con la que tiene un contrato de prestación de servicios; ni veo por qué esta hipótesis supone un riesgo inasumible por el legislador ni creo que con tal prohibición se respete, sino todo lo contrario, la voluntad de la persona con discapacidad».*

14. GARCÍA ALGUACIL, «El difuso equilibrio...» cit., pag. 23.

15. Este supuesto lo sugería GARCÍA ALGUACIL, «El difuso equilibrio...» cit., pag. 21 ss., en relación al antiguo guardador de hecho.

viene el concepto mismo («guarda de hecho») que precisa definición, lo que la invalida para esa finalidad.

La definición o delimitación de lo que sea GH resulta por tanto problemática, como ya lo era con la antigua normativa. Pero ahora, dada la relevancia práctica que va a adquirir, se va a agravar más, sobre todo a la hora de delimitar lo que sea una medida de apoyo formal y lo que quedará para el campo de la medida informal en que consiste la guarda de hecho.

Todo hace pensar que, incluso aunque no se den alguno de los casos antes descritos, habrá una cierta *vis atractiva* hacia la GH de todo lo que no se incluya dentro de lo que son medidas de apoyo formales reguladas en la ley. Eso parece que es lo que en el fondo quiere el legislador al primar esta figura sobre las medidas de apoyo judiciales.

Esto puede llevar a calificar como guardador de hecho a sujetos tales como los titulares de un contrato de alimentos, o figuras asimiladas, todo ello en cuanto, en un momento dado, se asuman por el sujeto *de forma espontánea* tareas asistenciales de cualquier tipo respecto del discapacitado. Sin que eso suponga necesariamente aplicar las normas legales sobre medidas de apoyo voluntarias.

En este sentido, seguramente la disposición del art. 262 CC, que aplica las reglas de ese Capítulo sobre medidas de apoyo voluntarias «*al caso del mandato sin poder*», probablemente no deba ser desmesurada en su alcance, y deba limitarse a aquellos casos en donde, por la razón que sea, no se haya llegado al otorgamiento ante Notario de lo que hubiera sido en circunstancias normales un verdadero «*apoderamiento preventivo*», que es lo regulado básicamente en ese capítulo. No en vano la Sección 2<sup>a</sup> se intitula «*De los poderes y mandatos preventivos*», lo que nos indicaría que *el art. 262 CC se refiere a mandatos preventivos que no han llegado a un apoderamiento notarial*, por múltiples razones, pero que sí establecen una vinculación contractual de actuación futura cuando llegue una situación de discapacidad, en los términos contractualmente previstos. *Todo lo que exceda de ahí, debería ser seguramente considerado como «guarda de hecho»*, esto es, como medida de apoyo informal, regida por las normas de los arts. 263 ss. del Código Civil.

De ahí, por tanto, que haya GH cuando un sujeto o varios se ocupen de asistir a otro, aun cuando no exista convivencia entre ellos. *Es evidente, pues, que la GH no viene determinada por la convivencia*; es más, cabe que existan a la vez dos guardadores de hecho, y que uno conviva y el otro no, o incluso que ninguno conviva con el discapacitado.

Sin embargo, como ya dijimos más arriba, es dudoso que se pueda calificar como guardas de hecho los casos antes señalados en que la asistencia la preste un centro público o privado con función asistencial en los términos del artículo 250 *in fine* del CC. Sabemos que la ley es poco proclive a otorgar a dichas instituciones la categoría de medios de apoyo al discapacitado, sean voluntarios o judiciales, a lo sumo una función de *auxiliares del prestador de apoyos*, y en ausencia de este, de *auxiliares del verdadero guardador de hecho*. De ahí por tanto la dificultad de que, por una vía indirecta, pudieran acabar asumiendo funciones representativas, en aplicación del art. 264 CC. En todo caso, no debe descartarse totalmente esa posi-

bilidad de desempeñar funciones de guardador de hecho, pero siempre habrá que entenderla de forma excepcional.

### III. SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE GUARDADORES

Es materia discutida la situación, previsible en la realidad práctica, en que el discapacitado tenga, no uno, sino dos o más guardadores de hecho (v.gr., los dos progenitores del hijo discapacitado; dos o más hijos o parientes próximos del discapacitado anciano o con deficiencias psíquicas sobrevenidas; varios asistentes personales) que se van ocupando de atender sus necesidades. Es evidente que el legislador no se ha preocupado de este asunto, por lo que habría que encontrar soluciones a los conflictos que podrían plantearse.

No podemos perder de vista que *estamos ante una situación fáctica*, lo que posibilita o debe posibilitar que habiendo varios sujetos ocupándose de las necesidades del guardado discapacitado, éstos puedan ocuparse de él de forma conjunta, o bien de forma separada e independiente, o por distintos períodos de tiempo. Dicho de otro modo, entendemos que *no se pueden aplicar a la GH, por analogía, las reglas legales previstas para supuestos cercanos*, pero no similares, de sujetos que poseen una designación voluntaria o legal, como podrían ser los casos de pluralidad de tutores (arts. 213.1º, 218 CC) o de albaceas (art. 892 ss. CC).

Por lo tanto, a falta de regulación, parece lo más razonable *la actuación indistinta* de cada guardador, sin necesidad de contar con los restantes. Estos últimos *no tienen en sus manos posibilidad legal alguna de reclamar su intervención, ni frente a los otros guardadores ni frente al discapacitado*, al ser una situación fáctica, en cada momento y para cada acto o cada necesidad.

No obstante, cabe la posibilidad de una GH con base convencional, como hemos comprobado. En estos casos, es posible que se hubiera previsto la concurrencia de varios guardadores, en cuyo caso habrá que atenerse a lo pactado en cuanto a la forma de actuación, las facultades o las causas de extinción.

Cuestión distinta será el régimen de responsabilidad del concreto guardador que haya actuado frente al discapacitado, o frente al tercero que haya actuado, que será analizado más debajo de forma detallada. Es evidente en todo caso que, no habiendo intervenido el otro u otros guardadores, y no teniendo los mismos ni un apoderamiento específico, ni siquiera una obligación legal ni contractual de actuar, no será posible atribuirles responsabilidades, que quedarán concretadas, en su caso, en el concreto guardador que hubiera intervenido, y con su actuación (u omisión) se hubiera lesionado la persona o el patrimonio del discapacitado. No obstante, cuando hubiera un vínculo contractual del concreto guardador, y le correspondiese ocuparse del discapacitado en ese momento, y no lo hubiera hecho, podría ser responsable ese guardador individualmente, aun habiendo intervenido el otro u otros guardadores, al no estar obligados a hacerlo.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad en el proyecto de ley 121/000027, *LA LEY Derecho de familia*, N° 29, Sección A Fondo, Primer trimestre de 2021.
- GARCIA ALGUACIL, M.J., «El difuso equilibrio entre autonomía y protección: algunos instrumentos de asistencia a la luz de la convención». BIB 2014\4435, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.9/2015.
- LECIÑENA IBARRA, *La guarda de hecho de las personas mayores*, ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.
- LESCANO FERIA, *La guarda de hecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.
- PARRA LUCAN, M.A, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en el volumen *Los mecanismos de guarda legal de la personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas (Coord. S. de Salas Murillo)*, ed. Dykinson, Madrid, 2013.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.C., *La asistencia y otras instituciones de las personas de avanzada edad en el derecho catalán*, Ed. Reus, Madrid, 2019.
- SOLÉ RESINA, J., «Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho», *LA LEY Derecho de familia n° 31, julio-septiembre, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*.

## Capítulo II

# EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GUARDA DE HECHO

*José Manuel Ruiz-Rico Ruiz*

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Málaga

SUMARIO: I. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA GUARDA DE HECHO: LA CARENCIA TOTAL DE FUNCIONES REPRESENTATIVAS Y DE COMPLEMENTO DEL CONSENTIMIENTO. SOBRE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD DEL GUARDADOR DE HECHO FRENTE AL DISCAPACITADO. II. LAS FUNCIONES POSIBLES DEL GUARDADOR DE HECHO A PARTIR DEL TEXTO LEGAL DE LA NUEVA LEY. 1. Las funciones típicamente asistenciales y de orden personal del guardador de hecho. 2. Sobre la posible legitimación del guardador de hecho en vía judicial. 3. Funciones complementarias del guardador de hecho en el ámbito sanitario. 4. La forma de actuación del guardador de hecho. La posible aplicación de los principios generales de los prestadores de apoyo formales. 5. Posibilidades de actuación representativa del guardador de hecho sin atribución judicial previa de tales funciones. El supuesto del artículo 264.III CC (solicitud de prestaciones económicas para el discapacitado). 6. Sobre la imposibilidad de aplicar por analogía a la guarda de hecho las reglas legales de la curatela. III. LOS SUPUESTOS EN QUE EL GUARDADOR DE HECHO EJERCE FUNCIONES REPRESENTATIVAS: EL ARTÍCULO 264 CC. IV. SOBRE LA POSIBILIDAD DE APLICAR LAS REGLAS DE LA NULIDAD A LOS ACTOS DEL GUARDADOR DE HECHO. V. BIBLIOGRAFÍA

### **I. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA GUARDA DE HECHO: LA CARENCIA TOTAL DE FUNCIONES REPRESENTATIVAS Y DE COMPLEMENTO DEL CONSENTIMIENTO. SOBRE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD DEL GUARDADOR DE HECHO FRENTE AL DISCAPACITADO**

Sobre la forma en que el legislador de la Ley 8/2021 ha configurado la GH se puede decir que parte de *un cierto apriorismo*, cual es el de considerar que, en el ámbito de las actuaciones jurídicas en sentido propio, esto es, de celebración de contratos, negocios o actos con consecuencias jurídicas, el guardador de hecho *va a desempeñar sólo excepcionales labores representativas*, y además, *no va a desple-*

*gar labores de asistencia en el sentido tradicional de complemento de la capacidad del discapacitado.* A este respecto, fuera de los casos del art. 264.III CC, no hay ninguna norma que disponga específicas funciones del guardador asistiendo y complementando el consentimiento del guardado en los actos y negocios que pretenda celebrar.

Esto significa, por exclusión, que *el guardador se va a ocupar primordialmente de labores de contraste de opiniones o de consulta por parte del discapacitado*, correspondiendo a la postre la decisión sobre el correspondiente negocio o acto jurídico —y por tanto, la responsabilidad— *al propio discapacitado*, salvo lo que luego se dice.

En apoyo de esta concepción de la GH cabe recordar la importante supresión, en el trámite parlamentario del Senado, del contenido del artículo 264 CC en su redacción originaria, que decía:

*Artículo 264. Los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de esta no podrán ser impugnados si responden a su voluntad, deseos y preferencias.*

Al margen de lo que más abajo se dice, es muy llamativo que, en fase de enmiendas en el Senado, desapareciera esta redacción del art. 264, y en su lugar se sustituyera por los párrafos 2º a 5º del entonces artículo 263, que han pasado a conformar el actual artículo 264 CC, perdiéndose totalmente el texto antes transcrito. Ninguna de las enmiendas en que se basó la Ponencia del Senado para esa supresión da la más mínima explicación de las razones de la misma (de hecho, ninguna propone expresamente la desaparición de ese texto).

Desde nuestro punto de vista, el motivo de fondo sólo puede hallarse en el reconocimiento de que los guardadores de hecho no desempeñarán en ningún caso labores de representación en aspectos relevantes de la persona y bienes del discapacitado, ni tampoco de asistencia o complemento del consentimiento del mismo (siempre a salvo la posibilidad prevista en el vigente art. 264 CC de atribución de funciones representativas al guardador, lo que exige un expediente específico de jurisdicción voluntaria). Si de verdad el guardador desempeñara, sin la previa intervención judicial, alguna de estas dos posibles tareas, debería haberse mantenido el texto antes referido, o haberse modificado, con una previsión legal de la posible impugnación de sus actos. Por lo tanto, su desaparición es la prueba evidente de que el guardador de hecho no va a realizar *a priori*, salvo atribución judicial (o voluntaria), funciones que pudieran conllevar realización de negocios o actos jurídicos relevantes para la persona o el patrimonio del discapacitado.

En este sentido, el párrafo III del art. 264 CC, al otorgar al guardador la facultad de solicitar prestaciones económicas a favor del discapacitado, y de permitirle realizar actos de escasa relevancia económica, *a la vez está reconociendo que ese guardador no va a tener como regla labores de gestión propias de un representante legal o voluntario, que pudieran culminar con un acto o negocio jurídico con repercusión en el patrimonio (o la persona) de aquél, ni tampoco de sujeto que complementa el consentimiento a prestar por parte del discapacitado.*

Indudablemente, ello conduce a una segunda conclusión, y es que *el guardador de hecho no asumirá, como regla, ninguna responsabilidad patrimonial frente al propio discapacitado por posibles gestiones o actuaciones frente a terceros*, ya que, al efectuar meras labores de consejero o de consultor, las decisiones serán a la postre exclusivas del discapacitado, por lo que será francamente difícil imputar al guardador las consecuencias hipotéticamente negativas de la decisión tomada por el discapacitado. Respecto de los actos o negocios de escasa relevancia, y aunque pudiera haberla, parece igualmente poco probable una asunción de responsabilidad por parte del guardador.

De hecho, de la lectura del nuevo párrafo tercero del art. 1903 CC también se extrae esta misma conclusión: allí se prevé únicamente la posible responsabilidad de los tutores o de los curadores (con facultades representativas *plenas*), pero *en ningún caso habla, ni por activa ni por pasiva, de los guardadores de hecho*. Ello es la prueba evidente de que el guardador no asume tampoco responsabilidades frente a terceros. No obstante, luego se vuelve sobre las posibles consecuencias de la actuación del guardador.

Por lo anterior, la GH es configurada por la ley *como una tarea de orden netamente asistencial y material, y casi nunca de orden jurídico*: será primordialmente un *prestador de servicios de asistencia y cuidados* a la persona del discapacitado, o a lo sumo *un consultor o consejero de éste*.

En esta dirección, sí que podría ser responsable el guardador frente al sujeto guardado. Ahora bien, sólo en la medida en que hubiera asumido un cierto deber de cuidado de su persona, podría ser responsable de los daños y perjuicios derivados de su acción u omisión.

Es decir, *para que concurra esa responsabilidad sería preciso que el guardador hubiera asumido una o varias obligaciones —contractuales, normalmente— frente al discapacitado*. Esas obligaciones habrán sido fruto de un previo acuerdo de servicios (o de obra y servicios), o de mandato, entre discapacitado y guardador, al margen de la concurrencia simultánea (o no) de alguna de las medidas de apoyo voluntarias. En el caso de que se tratase de medidas de apoyo acordadas judicialmente, la responsabilidad del guardador vendría, no de su condición como tal guardador de hecho, sino del hecho de haber asumido el deber de prestar la asistencia, una vez se le hubiera ofrecido el cargo y lo hubiera aceptado. Nos referimos a los supuestos previstos en el art. 264.I CC, en los cuales, como sabemos, se prevé que el guardador asuma funciones representativas, o bien funciones de apoyo en general para aquellos actos jurídicos para los que hubiera sido designado.

Habría que pensar también en aquellos supuestos en que las labores de asistencia material y cuidados del discapacitado las prestara *un tercero que hubiera sido expresamente contratado, no por aquél, sino por el propio guardador o guardadores de hecho*. Piénsese en *el supuesto de que sean guardadores de hecho los padres (o los hijos) del discapacitado, y éstos hubiesen contratado, por su cuenta o a cargo de su propio patrimonio, a un tercero, profesional o experto en el tratamiento y cuidados de las deficiencias o patologías propias del hijo*. Aquí, aparte de un caso de delegación de funciones por los propios guardadores de hecho —lo que a nuestro juicio no sería

ilegal—, habría un supuesto de hipotética responsabilidad (sin duda contractual) del delegado elegido, en caso de conducta negligente suya causante de daños. Ahora bien, *esa responsabilidad del delegado sería frente a los guardadores de hecho que lo contrataron, no frente al discapacitado mismo*, quien no tendría ningún vínculo con el primero. Por cierto, tampoco habría responsabilidad contractual ni legal de los propios guardadores (padres del hijo ya mayor) frente a éste, al no haber un contrato de servicios entre padres e hijo (o parientes), ni estar ya vigentes los deberes propios de la patria potestad, como consecuencia de haber alcanzado la mayoría de edad.

No obstante lo anterior, *no debe descartarse la posibilidad* de que las actuaciones asumidas, en teoría de forma espontánea o voluntaria por el guardador o guardadores, *tengan su origen en una suerte de mandato tácito, o sean el fruto de una actuación derivada de un apoderamiento, tácitamente aceptado o ejercido por los guardadores*<sup>1</sup>. La nueva normativa no exige que todo vínculo voluntario entre discapacitado y prestador de apoyos se canalice a través de fórmulas notariales, sino que tienen cabida también los acuerdos extranotariales, en documento privado o incluso mediante acuerdos tácitos. Por tanto, habiendo este mandato tácito, parece viable una posible responsabilidad de ese mandatario o autorizado frente al mandante discapacitado. En cambio, existiendo únicamente el otorgamiento de un negocio de apoderamiento, se planteará la duda de la posible responsabilidad del apoderado sin mandato previo o subsiguiente, lo que nos remitirá a la cuestión doctrinal clásica de si el mero ejercicio voluntario de un apoderamiento unilateral, sin una base contractual (contrato de mandato o de servicios) y simplemente utilizado de forma voluntaria por el solo apoderado, conlleva o no obligaciones contractuales entre éste último y el poderdante, y por consiguiente, una posible responsabilidad (contractual)<sup>2</sup>.

## II. LAS FUNCIONES POSIBLES DEL GUARDADOR DE HECHO A PARTIR DEL TEXTO LEGAL DE LA NUEVA LEY

### 1. Las funciones típicamente asistenciales y de orden personal del guardador de hecho

Entramos ahora en el detalle de cuáles son las funciones específicamente asumidas por los guardadores de hecho de discapacitados conforme a la Ley 3/2021.

---

1. Algún autor como LECIÑENA IBARRA, *La guarda de hecho de las personas mayores*, ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pag. 128, antes de la reforma, planteó la posibilidad de una representación aparente del guardador de hecho, en la línea sostenida en su momento por GORDILLO CAÑAS (*La representación aparente*, Sevilla, 1978) y cierta doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Esta posibilidad nos parece descartable en el Derecho vigente, dado que no se puede considerar en general la omisión del sujeto discapacitado como un acto de apoderamiento del familiar o allegado que pudiera llegar a vincularle jurídicamente frente a terceros cuando actuase el guardador. Cuestión distinta es que haya un apoderamiento previo y, a pesar de su revocación, el mismo no hubiera llegado a conocimiento del tercero contratante.

2. Así, frente a la opinión tradicional de considerar que el poder se integra siempre dentro del contenido de un mandato u otra relación contractual, defendida en su momento por GONZALEZ ENRÍQUEZ, hoy es más habitual defender la independencia del poder. Así, entre otros, DE SALAS MURILLO, «¿Existe un derecho...» cit., pag. 2239 considera que el poder de representación es un acto unilateral que no obliga a nada al apoderado.

Desafortunadamente, la nueva normativa prescinde en lo fundamental de delimitar las posibles funciones del guardador de hecho, visto el cambio de perspectiva de los principios aplicables, lo que incide inevitablemente en la (falta de) concreción de sus posibles tareas.

Eso sí, el art. 263 CC habla explícitamente de que tiene una «función» (en concreto, se refiere al «*desempeño de su función*»), pero no se dice en ningún momento cuál sea ésta, ni sus características o condiciones.

Por lo pronto, siguiendo la línea de lo expuesto en el apartado anterior, y dada la concepción asumida por el legislador de considerar al guardador de hecho, como regla, un sujeto sin funciones representativas ni tampoco de funciones de complemento del consentimiento contractual o negocial, todo indica que sus labores se deben limitar, en primer lugar, a *asistir y ayudar al discapacitado a satisfacer sus necesidades cotidianas de cuidado y atención*<sup>3</sup> y además, servir de *consultor o posible consejero* en la toma de decisiones más relevantes.

Esto conduce a considerar la función del guardador del hecho, a falta de atribución de funciones representativas y de complemento, como  *eminentemente personal, más que patrimonial*.

El hecho de que el art. 264.III CC expresamente le conceda la facultad de solicitar prestaciones económicas, o actos o negocios de escasa trascendencia económica y personal, sin duda lleva a concluir que su actividad en la faceta patrimonial quedará relegada a este tipo de supuestos, que aunque puedan interpretarse con cierta amplitud, deberá entenderse siempre dentro de unos límites bastante reducidos en cuanto a las consecuencias patrimoniales de su actuación<sup>4</sup>.

Entre las actuaciones del guardador de hecho en el ámbito personal, se pueden incluir todas las relativas a las vicisitudes de la vida ordinaria del guardado, tales como aseo, salud y tratamientos sanitarios, vigilancia de la persona, información a los familiares, etc.<sup>5</sup>.

En ese ámbito, las posibilidades de dar lugar a responsabilidad del guardador frente al discapacitado, por posibles daños, se registrarán, a nuestro juicio, siempre a falta de vínculo contractual u obligacional previo entre las partes, *por las reglas generales de la responsabilidad extracontractual*, de modo que responderá por daños y perjuicios en la medida en que concurren los presupuestos generales del

---

3. Así, BERROCAL LANCEROT, La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad en el proyecto de ley 121/000027, *LA LEY Derecho de familia*, Nº 29, Sección A Fondo, Primer trimestre de 2021., pag. 9, para quien la GH da satisfacción a las necesidades cotidianas que se plantean en el cuidado y atención de menores y personas mayores.

4. En estos ámbitos concretos, sí se podría derivar para el guardador alguna suerte de responsabilidad frente al discapacitado por una defectuosa o negligente gestión, por ejemplo, si ha sido descuidado en recabar y aportar la necesaria documentación para conseguir esa prestación pública o privada, o ha tardado más tiempo del preciso en obtenerla. O bien su decisión de intervenir en ese acto patrimonial de escasa relevancia produce algún daño al guardado.

5. Frente a ello, BERROCAL, *ob.cit.*, pag. 12 insiste en que la nueva regulación trata de atender no solo 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 —aseo, salud, comunicaciones, control y atención de tratamientos médicos etc—.

art. 1902 CC y la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla<sup>6</sup>. Téngase en cuenta el carácter netamente informal de la guarda de hecho, lo que induce a pensar en la inexistencia de vínculos generadores de verdaderas obligaciones de origen legal que pudieran dar lugar a la responsabilidad civil derivada de los arts. 1088 y siguientes del CC.

## 2. Sobre la posible legitimación del guardador de hecho en vía judicial

Desde el punto de vista de los posibles actos jurídicos, de la nueva regulación pueden extraerse algunas referencias puntuales sobre las posibles funciones del guardador de hecho, en cuanto a su legitimación activa para actuar a nivel extrajudicial o presentar solicitudes o intervenir a nivel judicial.

— Por ejemplo, en cuanto a *la legitimación para promover la adopción de medidas de apoyo directamente ante la autoridad judicial*, tales como la asignación de funciones representativas, el artículo 264.I CC, aunque no diga expresamente, entendemos que considera al guardador de hecho como persona autorizada para hacerlo, mediante el inicio de un expediente de jurisdicción voluntaria. Se trata de una solución razonable, siendo el guardador la persona que mejor conoce el estado del discapacitado y sus necesidades actuales y futuras.

Sin embargo, esto que decimos no tiene su reflejo en las normas procesales. Si acudimos a la redacción del nuevo art. 42 bis a) de la LJV, comprobamos que los únicos legitimados para promover medidas judiciales de apoyo al discapacitado son, además del propio afectado y el Ministerio Fiscal, *su cónyuge no separado o su conviviente de hecho, así como los parientes próximos* (descendientes, ascendientes y hermanos), pero no aparece por ningún lado el guardador de hecho, lo cual es ilógico y constituye una incoherencia legal, que debería salvarse admitiendo esa legitimación con base en el art. 264 CC.

*Es aún más ilógico que el guardador de hecho no tenga intervención en el procedimiento de designación de apoyos*, dado que el art. 42 bis b) de la LJV tampoco lo cita como sujeto que debe ser llamado a la comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia (salvo que sea uno de los parientes allí incluidos, pero lo hará entonces en su condición de pariente, y no de guardador, lo cual puede incidir en el tipo cuestiones que se les puede plantear para resolver el expediente), a pesar de tratarse de una persona que puede aportar información muy valiosa sobre el estado y las necesidades del discapacitado.

Lo mismo sucede cuando se trata de la adopción de medidas de apoyo judiciales, en caso de concurrir oposición. Así, el nuevo artículo 757 LEC incluye como legitimados a las mismas personas señaladas en el art. 42 bis a) de LJV antes citado, excluyendo de nuevo al guardador de hecho. Por su parte, el art. 759 LEC, al referirse a las pruebas que se han de practicar obligatoriamente, no incluye tampoco

---

6. En esta dirección, LESCANO FERIA, P., *La guarda de hecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pag. 319-320, respecto de la guarda de hecho en el régimen legal anterior.

como obligatoria la audiencia del guardador de hecho, por lo que sólo intervendrá cuando alguna de las partes así lo haya solicitado, o el juez decida proponerla de oficio, dentro de sus amplias facultades en materia probatoria. Esta normativa merece sin duda una valoración negativa.

Por otro lado, siendo admisible, como creemos, la legitimación activa del guardador *ex art.* 264.I CC, cuando menos para promover el expediente de jurisdicción voluntaria de solicitud de medida de apoyo del guardado, consideramos que el propio guardador podría presentarse desde el principio como el candidato idóneo para desempeñar esa labor de asistencia o de representación que precise el discapacitado (arg. *ex art.* 276.5º CC, respecto del nombramiento de curador), o bien proponer a la persona que considere que mejor lo vaya a hacer.

Quizás haya pesado en esta exclusión general del guardador del hecho del campo procesal una idea equivocada de las personas que pueden desempeñar esta función, pensando en guardadores que sean asistentes personales contratados por el propio discapacitado (o por sus familiares próximos), con poco interés en solicitar medidas o en intervenir judicialmente, o en guardadores personas jurídicas (privadas, sobre todo), por la posible sospecha de interés o aprovechamiento, lo que por cierto parece poco probable en este tipo de solicitudes procesales, al no verse afectado patrimonialmente el discapacitado ni directa ni indirectamente, o hacerlo mínimamente. En todo caso, sabemos que el guardador que lo desee puede actuar indirectamente, instando al Ministerio fiscal a que presente la solicitud o pida la adopción de las medidas pertinentes.

— Del mismo modo, la lectura del art. 254 CC nos viene a decir que el guardador de hecho no es una de las personas legitimadas para pedir medidas de apoyo *para un menor* cuando se prevea razonablemente que vaya a precisar los apoyos al llegar a la mayoría de edad. Dicha norma legitima sólo a los progenitores, al tutor o al Ministerio Fiscal (incluso al propio menor), pero no al guardador de hecho. Naturalmente, la norma sólo podría referirse al guardador de hecho de un menor de edad (art. 237 CC), no al del discapacitado, pero no tiene mucho sentido excluir a aquél. En todo caso, la inclusión como legitimados de los padres del menor, que serán muy probablemente en el futuro inmediato sus guardadores de hecho, salva la incoherencia de la norma al no incluir a estos últimos, aun cuando no incluye a otros posibles guardadores del menor distintos de los padres.

— Se ha dicho<sup>7</sup> que también puede el guardador de hecho, si lo estima oportuno, *instar la remoción del prestador de apoyos previamente existente (judicial, o incluso voluntario)*, con base en su incompetencia o inactividad, o bien promover un nuevo nombramiento de persona con mayor competencia que pueda cumplir mejor la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado.

A la vista de la regulación procesal de la LEC y de la LJV, esta posibilidad se antoja compleja y sin sustento en la norma. No obstante, los arts. 263 y 264 CC de

---

7. BERROCAL LANZAROT, *ob.cit.*, pag. 15, afirma que tal como establece el actual artículo 291 del Código Civil, al ser aplicables a los curadores las causas de remoción de los tutores, igualmente, podrá solicitar el guardado de hecho la remoción del curador que no desempeña adecuadamente sus funciones frente a su curatelado.

algún modo podrían de nuevo apoyar esta opción. El hecho de que la GH pueda funcionar cuando no se estén aplicando «eficazmente» las medidas de apoyo judiciales o voluntarias previamente existentes, debería llevar no sólo a que un tercero de forma espontánea asuma esas funciones en calidad de guardador de hecho, sino a que por lógica también pueda tener en sus manos la facultad de instar judicialmente la remoción del cargo y proponer uno nuevo, incluso si se tratase del propio guardador proponente.

### **3. Funciones complementarias del guardador de hecho en el ámbito sanitario**

Fuera de las situaciones previstas en la Ley 8/2021, no puede olvidarse que el guardador de hecho también podría desempeñar funciones relevantes en el ámbito sanitario, al no haberse reformado las leyes vigentes en la materia.

Así, por lo que concierne al consentimiento de los pacientes que no puedan prestarlo por sí para realizarse operaciones quirúrgicas o tratamiento sanitarios de cierta urgencia, sigue siendo aplicable la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente. En esta dirección se ha dicho por BERROCAL<sup>8</sup> que al no haberse reformado, por parte de la nueva Ley 8/2021, en relación con el consentimiento por representación, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, considera que el guardador de hecho, ya sea un familiar cercano o un tercero no familiar, podría otorgar ese consentimiento 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, y carezca de representante legal.

Esta solución puede resultar muy dudosa tras la Ley 8/2021, dada la importancia de la decisión y las escasas funciones atribuidas en el campo de la representación al guardador de hecho. No se olvide además que la amplitud de los supuestos del art. 287 CC en los que se exige la previa autorización judicial, entre los cuales se han incluido los «*actos de trascendencia personal o familiar...*», debe llevar a la exclusión de las decisiones del guardador de hecho, por sí solo, de este tipo de cuestiones tan trascendentales para el guardado.

También se ha planteado la posible actuación del guardador de hecho en el ámbito de la nueva normativa sobre eutanasia. Según BERROCAL<sup>9</sup>, la solicitud de la prestación de ayuda para morir deberá hacerse por escrito, debiendo estar el documento fechado y firmado por el paciente solicitante, o por cualquier otro medio que permita dejar constancia de la voluntad inequívoca de quien la solicita, y considera que en el caso que por su situación personal o condición de salud no le fuese posible fechar y formar el documento, podrá hacerlo otra persona mayor de edad y plenamente capaz, pudiendo tratarse la misma del guardador de hecho. Dicha

---

8. BERROCAL LANZAROT, *ob.cit.*, pag. 19.

9. BERROCAL, *ob.cit.*, pag. 22.

persona ha de mencionar el hecho que quien demanda la prestación de ayuda para morir no se encuentra en condiciones de firma el documento e indicar las razones.

A nuestro juicio, es muy difícil, por las mismas razones antes mencionadas, que el guardador de hecho, tal como lo configura la nueva normativa, desempeñe un papel relevante en el proceso de toma de decisión sobre la vida del discapacitado, mientras no ostente funciones representativas del mismo o se le hubiera autorizado previamente por el discapacitado.

#### **4. La forma de actuación del guardador de hecho. La posible aplicación de los principios generales de los prestadores de apoyo formales**

En cuanto al modo de actuación del guardador de hecho, debe recordarse que se le aplican, en su condición de medida de apoyo «legal», lo dispuesto con carácter general en el art. 249.II CC, esto es: atender a la voluntad del sujeto, procurar que tome las decisiones de forma adecuada, informándola, ayudándola en su comprensión y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Se trata de pautas generales que hay que aplicar y adaptar al GH, pero que sin duda las tiene que aplicar en su actuación.

¿Significa esto un motivo o base para una posible responsabilidad del guardador de hecho por incumplir estos deberes genéricos? Seguramente sí, pero en los términos que antes expusimos, es decir, responsabilidad derivada de la causación de daños por negligencia en el desempeño de las tareas de asistencia y apoyo en la vida cotidiana, y con base en las reglas de la responsabilidad extracontractual. No por el hecho de que el guardador deba conducirse en la forma señalada en el citado art. 249 CC se convierte su actuación en la base para una responsabilidad contractual derivada de la hipotética preexistencia de deberes y obligaciones del guardador frente al discapacitado.

A este respecto, puesto que debemos remitirnos al propio proceso de toma de decisiones del discapacitado, y no teniendo participación directa ni indirecta en ellas el guardador de hecho, debe quedar, como regla, exonerado de responsabilidad frente a terceros, e internamente, también frente al guardado.

Eso sí, también se aplican a la GH los principios comunes a todas las medidas de apoyo: respeto a la dignidad y la tutela de los derechos fundamentales del sujeto discapacitado, así como principios de necesidad y proporcionalidad.

¿Cómo jugarán estos principios en su aplicación a la GH? Seguramente de forma distinta a las otras medidas de apoyo de origen judicial. En realidad, la GH no es una medida de apoyo de carácter judicial, sino legal, por lo que no tendrán la misma relevancia. En las judiciales, es lógico que la autoridad judicial marque la pauta de la intervención lícita o ilícita del prestador de apoyos. En cambio, en la GH, al ser legal, y funcionar fácticamente sin intervención del juez ni del legislador mismo, las cosas serán diferentes, y el guardador se podrá conducir con mayor libertad a la hora de actuar. Por lo demás, tampoco dichos principios pueden servir de base a una posible anulación —con base en ellos— del acto o negocio celebrado por el discapacitado guardado.

## **5. Posibilidades de actuación representativa del guardador de hecho sin atribución judicial previa de tales funciones. El supuesto del artículo 264.III CC (solicitud de prestaciones económicas para el discapacitado)**

Por otro lado, la comparación entre la actuación digamos «normal» o usual del guardador de hecho y la consistente en la actividad representativa, regulada en el art. 264 CC, lleva a concluir que su función no será propiamente de representación o de gestión de intereses ajenos (del discapacitado), salvo los casos señalados del art. 264.III CC. Sin embargo, a pesar de ello, la realidad seguramente llevará a la conclusión contraria, al menos en parte.

Así pues, no es concebible en la práctica un guardador de hecho que sólo se ocupe del cuidado y la salud de la persona guardada, o de asuntos de poca relevancia económica. Es mucho más probable que el modelo de GH sea el típico del familiar o familiares (padres, casi siempre, o hermanos, a falta de los primeros; o el del cónyuge del discapacitado) que, sin acudir a los tribunales, se ocupen de todas o casi todas las necesidades del sujeto, incluyéndose aquí todas las actuaciones jurídicas o de representación/gestión que pudieran imaginarse, siempre que sean las usuales o no muy relevantes.

De hecho, el art. 264.III CC *es el único que hace una alusión a una posible función representativa del guardador de hecho* (la solicitud de prestaciones económicas a favor del discapacitado o actos de escasa relevancia económica). *Es muy significativo que, pudiendo hacerlo, el legislador se haya limitado a recoger estos únicos casos de actividad representativa frente a terceros, cuando podía fácilmente haberle atribuido facultades adicionales para celebrar en nombre del discapacitado otros actos o negocios jurídicos de mayor relevancia económica, y relativamente habituales.*

Ello nos lleva a pensar que, en la práctica, acabará teniendo mucha relevancia *la alternativa del guardador de hecho de actuar como gestor de negocios ajenos sin mandato* en aquellos numerosos casos no cubiertos por la norma, en los cuales se regirá por las reglas generales del Código en la materia<sup>10</sup>.

Para ver el alcance real que puede llegar a tener esa gestión de negocios ajenos, hay que examinar el sentido de las dos excepciones señaladas en el art. 264.III C.Civil. A este respecto, es claro que la interpretación de las mismas no puede desorbitarse, dada su excepcionalidad.

Así, en el primero de los supuestos (solicitud de prestaciones económicas para el discapacitado), y aun cuando se autoriza una concreta actividad de representación, *debemos concluir que se está sin duda pensando en gestiones frente a terceros que redunden en la obtención de beneficios específicos, sin que haya entrega de contra-prestaciones.* A lo sumo, se podría incluir aquí la misma solicitud de declaración de

---

10. Sobre el importante papel que puede desplegar la figura de la gestión de negocios ajenos sin mandato en el ámbito de la discapacidad, y al margen de la guarda de hecho, vid. QUESADA GONZÁLEZ, M.C., *La asistencia y otras instituciones de las personas de avanzada edad en el derecho catalán*, Ed. Reus, Madrid, 2019, pag. 107 ss..

invalidez del guardado a efectos administrativos, como sugería GARCÍA ALGUACIL<sup>11</sup>, «en relación al antiguo guardador de hecho. En cambio, sería mucho más dudoso incluir el caso en que el guardador de hecho pretendiera reclamar, para el discapacitado, unos alimentos debidos a cargo de algún pariente obligado por ley, ya sea en vía extrajudicial o judicial<sup>12</sup>.

Respecto del segundo los supuestos legales en que se concede por ley funciones representativas al guardador (*«actos de escasa relevancia económica o sin especial significado personal o familiar»*), entendemos que, también por su excepcionalidad, hay que interpretarlo en forma restrictiva. La norma concierne a actos jurídicos *sobre bienes* de escasa relevancia, lo que puede hacer pensar en bienes de naturaleza siempre mueble, nunca inmueble, sobre los que se puede necesitar disponer de ellos, lo que remitiría a actos enajenatorios, fundamentalmente de índole conservativa, y no actos de adquisición de bienes con fines especulativos.

Respecto de la disposición de dinero del guardado, *debería quedar limitada a la cobertura de necesidades cotidianas, siempre de escaso montante económico*, quedando *excluidos todos aquellos actos o contratos que impliquen adquirir compromisos patrimoniales del discapacitado de cara al futuro*, incluso aunque supongan pagos de pequeñas cantidades que, sin embargo, sumadas en su conjunto, impliquen deudas más o menos relevantes. Se plantea la duda específica de la disponibilidad de la cuenta o cuentas corrientes del guardado, o de las tarjetas de crédito o similares, otorgadas a éste. A nuestro juicio, sería posible su uso por el guardador, siempre limitado a compras o pagos puntuales de poca relevancia, y siempre que se haga de forma dilatada en el tiempo. Siendo una cuenta o tarjeta concertada siendo menor de edad y de carácter indistinto a favor de ambos, la disponibilidad por parte del guardador cotitular debería limitarse al uso de aquellas cantidades que sean de procedencia exclusiva del mismo, siendo aplicables las mismas limitaciones antes señaladas a aquella parte de lo depositado que proceda de ingresos de titularidad del guardado.

## **6. Sobre la imposibilidad de aplicar por analogía a la guarda de hecho las reglas legales de la curatela**

¿Se le pueden aplicar por analogía a la guarda de hecho las reglas legales previstas para la curatela?

Con carácter general, es muy difícil hacerlo, por cuanto no existe identidad de razón.

Tampoco se le podrían aplicar las reglas sobre medidas de apoyo voluntarias, ya que tampoco hay identidad. No obstante, si se admitiera el origen convencional o cuasi convencional de la GH, o al menos en aquellos casos en que la GH pudiera

---

11. GARCÍA ALGUACIL, «El difuso equilibrio...» cit., pag. 21

12. Siendo reclamación judicial, la remisión del art. 264.II CC al artículo 287 CC, llevaría a excluirla, al tratarse de *«interponer demanda en nombre de la persona la que presta apoyo»*, supuesto en el que, conforme al art. 287.7º CC, se exige autorización judicial en todo caso, aun cuando se trate de guardador de hecho.

tener un origen netamente voluntario, en cuanto consentida por el discapacitado de forma tácita o incluso expresa (pero sin intervención notarial), quizás podrían aplicarse algunas de sus reglas, como se expuso más arriba.

— Descendiendo a cuestiones puntuales, *¿se podría aplicar a la guarda de hecho el plazo de revisión de tres años del art. 268 CC previsto para la curatela?* En principio, por las razones expuestas de falta de analogía, no sería posible.

Sin embargo, la cuestión puede ser dudosa cuando se ha efectuado un primer control judicial de la GH, con ocasión de la adopción de puntuales medidas de apoyo judicialmente acordadas (siempre que ello no hubiera afectado a la continuidad de la situación de guarda de hecho). Aquí sí puede ser razonable aplicar ese plazo. De hecho, el art. 268.II CC habla, por un lado, de procedimiento de provisión de medidas, y por otro, de procedimiento de modificación de medidas: en este último caso podría entrar la supervisión de la actuación del guardador de hecho, y por tanto, aplicar, por analogía, el plazo de 3 años.

No obstante, a la postre, no tendría mucho sentido, ya que la autoridad judicial tenía en sus manos haber previsto esta fórmula de control en que consiste la revisión, aplicándola a la GH, y si no lo hizo, no debemos interpretar como factible la aplicación de ese plazo de revisión de 3 años del art. 268 CC.

— Por otro lado, *respecto de las exigencias legales para ser curador y las causas de inhabilidad para ser curadores del art. 275 CC*, entendemos que bajo ningún concepto son trasladables a la guarda de hecho, precisamente por ser una situación fáctica, además de por la amplitud y flexibilidad con que la nueva normativa la configura.

*Lo mismo debe concluirse respecto de las causas de remoción y de excusa previstas en los arts. 278 y 279 CC.* Ello sin perjuicio de que cualquiera de los sujetos legitimados pueda instar la adopción de una medida de apoyo judicial para sustituir al guardador, para lo cual será relevante, entre otros motivos, el hecho de no haber desempeñado bien su cargo, o por su ineptitud o por problemas de convivencia (art. 278.I CC). En cuanto a la excusabilidad, al ser la guarda de hecho fruto de una decisión espontánea del guardador, tampoco tiene sentido su aplicación, pudiendo cesar en los casos señalados más arriba.

- *No parece tampoco que se pueda aplicar por analogía el art. 281 CC al guardador en cuanto al derecho del curador a una retribución*, sin perjuicio del pacto a que hubieran podido llegar las partes, en casos de guarda de hecho con origen convencional.
- *No procederá igualmente la posibilidad prevista en el art. 283 CC de designación de defensor judicial en caso de conflicto de intereses con el discapacitado*, ya que lo único que procederá es la solicitud de cualquiera de los legitimados legalmente para que se adopte judicialmente una medida de apoyo que sustituya total o parcialmente la guarda de hecho.
- *Es bastante dudoso que se atribuya al guardador de hecho un deber genérico de rendición de cuentas ex art. 292 CC*, dada la en principio escasa relevancia de los actos o negocios que va a celebrar, a falta de asignación específica de funciones representativas. Ello no debe impedir que, en aque-

llas concretas actuaciones representativas asumidas de forma voluntaria, deba rendir la cuenta de su gestión puntual, propia de todo apoderado, mandatario o gestor de negocios.

### III. LOS SUPUESTOS EN QUE EL GUARDADOR DE HECHO EJERCE FUNCIONES REPRESENTATIVAS: EL ARTÍCULO 264 CC

Debemos entrar a analizar el artículo 264 CC cuando reconoce la posibilidad de atribuir al guardador de hecho funciones representativas. La norma prevé la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria, el cual, aun cuando algún autor ha dicho otra cosa, *debemos entender que remite a al art. 44 bis a) de la LJV y al procedimiento allí regulado*, sin que se trate de un expediente distinto, como podría ser el previsto en las normas generales de la LJV.

La norma configura esta posibilidad como excepcional, pero no se trata aquí de un mandato legal específico, sino del general de evitar las funciones representativas como medida de apoyo, haya o no una GH previa (art. 249.III CC). Es cierto no obstante que, habiendo tal guarda de hecho, será menos probable la atribución de esas funciones, pero también debemos recordar que lo usual es que el guardador no asuma ese tipo de tareas, pues no entran dentro de lo que es su tarea normal, por lo que a la postre *la situación será prácticamente la misma que si no hubiera una GH previa*<sup>13</sup>.

Por lo demás, las condiciones señaladas en el art. 264.I CC para que se concedan esas funciones *no difieren en nada* de las que deben concurrir cuando no hay GH previa y se pretende directamente una medida de apoyo con representación.

— En cuanto al *régimen jurídico aplicable al guardador de hecho con funciones representativas*, entendemos que *debe ser como regla el mismo que el del curador con dichas funciones* conforme a los arts. 269.III y 271 CC.

Por lo tanto, son como regla aplicables a este guardador de hecho con funciones representativas las disposiciones propias de la curatela en cuanto a medidas de control (art. 270 CC), nombramiento de curador (arts. 275, 276 y 277 CC), remoción (art. 278 CC) excusa (art. 279 CC), retribución (art. 281) o sobre ejercicio y extinción de la curatela (arts. 282 ss. CC).

La duda vendrá dada por la remisión del art. 264.III CC al artículo 287 CC, sobre actos para los que se precisa autorización judicial.

A nuestro juicio, no se concede aquí un tratamiento especial a los guardadores de hecho. Muy al contrario, creemos que la expresión inicial *«en todo caso»* pretende ser fundamentalmente pedagógica en cuanto *aclaratoria*, en el sentido de reiterar que la GH, aun cuando conlleva muy puntuales y poco relevantes funciones representativas, no supondrá nunca la atribución de poderes superiores a los que

---

13. Cabe recordar de nuevo que podría haber actividad representativa a través de apoderamientos expresos o tácitos, o a través del recurso a la gestión de negocios ajenos con ulterior ratificación o aprovechamiento.

les pudiera corresponder a un curador designado judicialmente. Por lo tanto, también existe equiparación en este punto.

En cuanto a la afectación de esas nuevas funciones sobre la GH precedente, en los casos en que se estime conveniente para la autoridad judicial el mantenimiento de la misma (de forma expresa o de forma tácita), en principio, entendemos que se puede hacer sin alterar ni extinguir la figura, ya sea como decisión *ad hoc*, o bien asignando al guardador las funciones de curador (con facultades representativas) sin suprimirle las funciones hasta entonces desempeñadas.

#### IV. SOBRE LA POSIBILIDAD DE APLICAR LAS REGLAS DE LA NULIDAD A LOS ACTOS DEL GUARDADOR DE HECHO

Ya nos referimos más arriba a las consecuencias de la actuación del guardador de hecho, y llegamos a la conclusión de que, salvo casos puntuales, dicho sujeto no va a asumir responsabilidad por daños y perjuicios frente al discapacitado, ni tampoco frente al tercero. Nos preguntamos ahora, para completar el régimen jurídico aplicable a la GH, si son aplicables a esta institución los artículos 1302 y 1304 CC en su nueva redacción, en cuanto a la nulidad de los actos celebrados por el discapacitado estando en ese momento bajo la situación de una GH.

*A la vista de lo señalado más arriba sobre esa falta de responsabilidad por los actos y negocios suscritos por el discapacitado, al tratarse la GH de una medida de apoyo informal, y al haber configurado el legislador las tareas del guardador como primordialmente de apoyo a las actividades cotidianas, la conclusión debe ser, de forma casi inexorable, la de negar la aplicabilidad de la nulidad contractual de los citados artículos a la guarda de hecho.*

En teoría, la norma del art. 1302 CC habla de «*personas con discapacidad previstas de medidas de apoyo*». Si el art. 250 CC dice que la GH es una medida de apoyo, la conclusión debería ser en teoría que las normas sobre anulabilidad serían aplicables también a la GH<sup>14</sup>.

Sin embargo, *parece que la norma debe estar limitada a medidas de apoyo voluntarias y judiciales, pero no a la legal e informal en que consiste la guarda de hecho.*

En la guarda de hecho, salvo los casos del art. 264.III CC<sup>15</sup> o los del guardador al que se le hayan atribuido expresamente por el juez determinadas funciones de apoyo o de representación, al margen de su actuación protectora general, *no sabemos de antemano cuándo debe, y cuándo no, actuar el guardador. Ya vimos más arriba que, a falta de atribución sobrevenida de funciones representativas o de otro tipo, la regu-*

---

14. Esta parece ser la postura de CARRASCO PERERA, «Riesgos y estrategias...» cit., pag. 4, quien considera que el contrato celebrado con el «apoyo» del guardador de hecho (informal o acreditado judicialmente) no puede ser anulado frente al contratante de buena fe, con lo que vendría a dar entrada a la guarda de hecho dentro del ámbito del art. 1302 CC.

15. Donde pare poco probable el recurso a la nulidad del art. 1302 CC para hacer ineficaz un contrato o acto de escasa entidad económica.

*lación legal de la GH no permite pensar que el guardador tenga relevantes funciones representativas, ni tampoco funciones de complemento de consentimiento del discapacitado. Por lo tanto, difícilmente tendrá aplicación el art. 1302 CC.*

En este sentido, entendemos que la expresión del art. 1302 CC («...*prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas*») no se está refiriendo a una valoración *a posteriori* por parte del juez acerca de la conveniencia o no de la intervención del prestador de apoyos, lo que generaría una enorme inseguridad jurídica a la hora de decidir cuándo se anula o no un acto celebrado por el discapacitado sin la asistencia del prestador de apoyos. *Muy al contrario, la norma creemos que está exigiendo que se haya precisado con carácter previo el ámbito o ámbitos concretos donde debe actuar el prestador de apoyos.*

*Ello guardaría por tanto directa conexión con la guarda de hecho y el resto de medidas de apoyo, por cuanto la GH, por comparación con las voluntarias y las judiciales, es la única medida de apoyo en la que —por disposición de la ley misma— no se da una determinación o «precisión», de carácter previo, acerca de cuándo debe o no actuar; esto es, acerca de los actos en los que puede o no intervenir. Ya vimos más arriba la gran dificultad a la hora de delimitar las concretas funciones del guardador. Por eso, dado que no hay precisión *ex ante*, es lógico que la nulidad del 1302 CC se refiera a aquellas medidas de apoyo en las que sí ha habido un pronunciamiento judicial previo en el cual se haya señalado el concreto campo de actuación del curador o del prestador de apoyos en general, de modo que si no actúa éste último, y lo hace en exclusiva el discapacitado, entonces sí podrá anularse, al saberse de antemano (o poderse saber) si se trataba de uno de los actos o negocios para los que se concedió la medida de apoyo.*

Es verdad que la expresión del art. 1302 CC podría referirse también a otros supuestos (por ej., medidas voluntarias sin determinación precisa del ámbito de actuación de designado, por existir un defecto en el título de atribución). Pero de lo que no cabe duda es de que se refiere, para excluirlo de manera implícita pero inequívoca, al guardador de hecho, en concreto a aquel que no ha pasado aún por el filtro judicial.

— Nos preguntamos por *aquellos casos en que se haya atribuido al guardador de hecho funciones representativas (o de asistencia del consentimiento)*, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, con base en la posibilidad excepcional prevista en el art. 264.I CC.

Ciertamente, ese filtro judicial *ex art. 264.I CC* podría pensarse que conlleva o supone una forma de delimitación de la actuación del guardador tanto *directa* (de aquellos actos para los que se concede la autorización judicial mediante el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria) como *indirecta* (del resto de actos o negocios, para los que, sin ser precisa una función representativa, sin embargo el juzgador vendría a dar un cierto «visto bueno» para la intervención del guardador de hecho, al lado del discapacitado).

*Respecto de los primeros, no cabe duda de que podría impugnarse el contrato celebrado sin la intervención de ese guardador, como si de un curador se tratase, pero con base en la falta de legitimación del discapacitado, al haber sido privado previamente del ejercicio de esas facultades dispositivas, y no propiamente con base en el art. 1302 CC.*

*Respecto del segundo grupo de casos, la situación es dudosa en cuanto a la posibilidad de una impugnación. Sin embargo, la inseguridad jurídica que conllevaría una solución como la sugerida, aboca a una respuesta negativa para el resto de casos o de actos no delimitados ni directa ni indirectamente por la resolución judicial.*

— No obstante lo anterior, el art. 264.II CC, al prever la posibilidad de pedir autorización judicial «en todo caso», esto es, haya o no un previo expediente de jurisdicción voluntaria con concesión de funciones representativas al guardador de hecho, *para los actos señalados en el art. 287 CC*, quizás podría pensarse que se está refiriendo a un campo de posible actuación del guardador en el que podría tener cabida la impugnación por nulidad del correspondiente contrato o negocio.

Sin embargo, *esto resulta difícil de admitir*, ya que *ni siquiera respecto del curador la ley ha resuelto qué consecuencias se producen* cuando el mismo interviene pero no recaba autorización judicial ex art. 287 CC. Por tanto, resulta complicado trasladar ese posible régimen jurídico a la guarda de hecho. *La remisión del art. 264.II al 287 CC pensamos que exige siempre que, previamente, haya habido una decisión judicial otorgando al guardador funciones representativas*, de modo que *ese caso ya no sería un apoyo de hecho, sino judicial, actuando el sujeto por mandato del juez*. Como se vio más arriba, la expresión «en todo caso» con que se inicia ese párrafo 3º del art. 264 CC no quiere decir «haya o no concesión de funciones representativas»; por el contrario creemos que quiere decir otra cosa, en concreto aclarar que la exigencia de autorización judicial ex art. 287 CC es sin duda aplicable a los guardadores de hecho.

En cualquier caso, la norma también nos viene a decir que el art. 287 CC se aplica igualmente al guardador de hecho, *«se hayan o no asignado funciones representativas al guardador del hecho para esos supuestos»*. Es decir, que entrarían también en su órbita aquellos casos en que, en lugar de esas funciones representativas, se hayan asignado judicialmente a ese guardador, en el concreto expediente de jurisdicción voluntaria, *unas funciones de complemento del consentimiento del guardado*, de modo que, también en estos casos, necesitará el guardador autorización judicial. Dicho con toda claridad: no tiene sentido plantear siquiera la duda de si la exigencia de autorización judicial alcanza a los casos digamos normales o usuales de guarda de hecho, cuando ni siquiera tratándose de curatela con funciones representativas se puede prescindir de la autorización judicial en los casos previstos en el art. 287 CC.

— Nos queda examinar *aquellos supuestos en que la GH tenga un origen «voluntario»*, en los términos y situaciones señaladas más arriba al tratar del carácter «informal» de la GH: *¿podría ser impugnabile el contrato negocio otorgado por el discapacitado prescindiendo del consentimiento o asistencia de ese guardador?*

*La respuesta debe ser igualmente negativa*. A nuestro juicio, el hecho de que la GH haya nacido en virtud de un acuerdo o contrato sin intervención notarial no transforma las funciones del guardador ni supone atribuirle funciones representativas ni de complemento del consentimiento negocial: serán las mismas de cualquier otro guardador de hecho, y serán primordialmente de asistencia personal y a lo sumo de consulta en la toma de decisiones, aunque seguramente elevarán las posi-

bles facultades del guardador (en cantidad y en calidad: en cuanto asumirán obligaciones de custodia u otras). De hecho, los casos más frecuentes de GH de origen convencional ya vimos que se darán a través de contratos de prestación de servicios más o menos profesionales, limitados por tanto al apoyo al cuidado personal, la asistencia convivencial y tareas similares. Parece claro que la suscripción de acuerdos de este signo difícilmente conformará el otorgamiento de funciones representativas o de complemento del consentimiento, por lo que no tiene sentido aplicarles la sanción de nulidad prevista en los arts. 1300 y 1302 CC.

La única y verdadera duda se planteará cuando, sin acudir a una escritura notarial, el discapacitado haya otorgado a un sujeto un apoderamiento en documento privado, o suscriba un contrato de mandato también en documento privado (o incluso en forma tácita), de modo que se haya concedido al guardador poderes de representación de complemento del consentimiento, sin publicidad notarial ni del Registro Civil. Nos referimos a las situaciones incluidas dentro del art. 262 CC y otras situaciones asimiladas.

En tales casos, en tanto sea consciente el tercero con el que se contrata de la existencia del mandato o del apoderamiento privados (o deba serlo en función de un mínimo nivel de diligencia), *la situación debe regirse a nuestro juicio por las reglas generales del mandato o del apoderamiento, y no propiamente por las reglas especiales previstas en el art. 1302 CC para los discapacitados*. Por tanto, en la medida en que fuese válido e inatacable el negocio de mandato o apoderamiento, el hecho de haber celebrado el sujeto discapacitado el contrato o negocio *sin contar con su apoderado o mandatario*, no quitará validez al acto, dado que ese apoderado o mandatario sería una simple «ayuda» para el poderdante o mandante, *de la cual éste podía perfectamente prescindir, como sucede con cualquier otro supuesto de mandato o apoderamiento*, que son, como sabemos, *de utilización voluntaria y no obligatoria para el interesado*, ni siquiera aunque fuese de naturaleza irrevocable (que indudablemente no lo será en los casos ahora analizados)<sup>16</sup>.

— Por último, nos preguntamos *si posee legitimación activa el guardador de hecho para impugnar por nulidad* un contrato o acto en los casos del art. 1302 CC, cuando debiera haber intervenido, no él, sino otro sujeto designado como prestador de apoyos, y no lo haya hecho.

En principio, la respuesta estará condicionada a la que hemos dada a la cuestión anterior, de modo que la respuesta deberá ser *negativa*. Además, el art. 1302.3.II

---

16. Esta idea vendría reforzada por la nueva redacción del art. 1732 CC sobre las causas generales de extinción del mandato (o apoderamiento). Al margen de la causa contenida en el apartado 4º de citado artículo, el número 5º introduce una nueva causa de cesación del mandato, cual es *«por la constitución a favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos»*. A la vista de esta causa, existiendo un mandato previo constituido de forma expresa o tácita por el discapacitado a favor de un tercero guardador de hecho, lo único que extinguiría la vigencia general de las normas sobre mandato sería la constitución (judicial) de una curatela representativa. Por tanto, no se puede dudar de la efectividad de lo realizado por el propio discapacitado cuando decide actuar por sí mismo, sin ampararse en el mandatario o apoderado designado por él mismo, dado que no habrá dejado de ser el *«dominus negotii»*.

del CC se remite «a la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo». Por tanto, parece bastante probable que haya una remisión a una delimitación previa del contenido del apoyo en vía voluntaria o judicial, pero con exclusión del guardador de hecho, de modo que, *no siendo éste el autorizado para intervenir en ese concreto acto o contrato, no debe poder estar legitimado para solicitar la nulidad del mismo*: sólo lo estará en su caso el que hubiese sido autorizado para ello, y el discapacitado, si se hubiera prescindido de él.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad en el proyecto de ley 121/000027, *LA LEY Derecho de familia*, N° 29, Sección A Fondo, Primer trimestre de 2021.
- GARCIA ALGUACIL, M.J., «El difuso equilibrio entre autonomía y protección: algunos instrumentos de asistencia a la luz de la convención». BIB 2014\4435, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.9/2015.
- LECIÑENA IBARRA, *La guarda de hecho de las personas mayores*, ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.
- LESCANO FERIA, *La guarda de hecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.
- PARRA LUCAN, M.A., «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en el volumen *Los mecanismos de guarda legal de la personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas (Coord. S. de Salas Murillo)*, ed. Dykinson, Madrid, 2013.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.C., *La asistencia y otras instituciones de las personas de avanzada edad en el derecho catalán*, Ed. Reus, Madrid, 2019.
- SOLÉ RESINA, J., «Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho», *LA LEY Derecho de familia n° 31, julio-septiembre, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*.