

## **CONTRATACIÓN POR DISCAPACITADOS CON Y SIN APOYOS\***

**Ángel Carrasco Perera\*\***

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Castilla-La Mancha

Centro de Estudios de Consumo

**SUMARIO:** I. EL NUEVO SISTEMA DE ANULABILIDAD DE CONTRATOS CELEBRADOS POR DISCAPACITADOS. 1. Dos postulados incongruentes. 2. Descripción de la regla de anulabilidad por discapacidad. 3. La optimización del modelo legal. 4. Otro modelo alternativo cuasi óptimo. II. HECHOS Y DERECHO. 1. El universo negocial. 2. Apoyos de la vida diaria. III. LOS CONTRATOS DEL DISCAPACITADO SIN APOYOS. 1. Como regla, todo contrato celebrado por discapacitado es eficaz en Derecho. 2. No existe una anulabilidad residual para el discapacitado a secas. IV. ANULABILIDAD. 1. Antes de la reforma por Ley 8/2021. 2. Arts. 1301 y 1302 reformados por la Ley 8/2021. 3. Contratos celebrados por curador representativo sin autorización judicial. 4. (Sigue) Nulidad y rescisión. 5. Normas prohibitivas. 6. Las patologías de la relación fiduciaria de apoyo. V. LOS CONTRATOS. 1. Contratos bilaterales sinalagmáticos. 2. Contratos con desistimiento ad nutum o por justa causa. 3. Contratos con obligaciones de una parte. 4. Garantías onerosas prestadas por el discapacitado. 5. Deudas contractuales de responsabilidad. 6. Actos unilaterales. 7. Actos a título gratuito. VI. DISCAPACITADOS. 1. En general. 2. Discapacidad para el tráfico negocial. 3. Taxonomía ilustrativa de discapacidades relevantes para el tráfico jurídico negocial. VII. APOYOS. 1. Propuesta. 2. Las medidas de apoyo legales. 3. Inoponibilidad de medidas voluntarias de apoyo. 4. Numerus apertus de apoyos. 5. El guardador de hecho. 6. El guardador como gestor de negocios ajenos sin poder. 7. Legitimación de apoyo y legitimación contractual. VIII. "CUANDO FUERAN PRECISAS". 1. Dos interpretaciones. 2. Aplicaciones. 3. La lesión. IX. LA CONDUCTA DOLOSA DE LA CONTRAPARTE. 1. El límite es el dolo. 2. "Aprovechamiento con

---

\* Trabajo realizado en el marco de la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana, a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021-GRIN-31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y en el marco del del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances", del que son investigadores principales el profesor Ángel Carrasco Perera y la profesora Encarna Cordero Lobato, conforme a la resolución provisional de fecha 23 de junio de 2022;

\*\* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3622-2791>

ventaja injusta". 3. Dolo en general. X. SANACIÓN. 1. De hecho, la buena fe de la contraparte sana el contrato del discapacitado. 2. Razones de fondo para la validez. XI. LEGITIMACIÓN. 1. Los discapacitados. 2. El sujeto competente para prestar el apoyo. 3. La contraparte. XII. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO. 1. Del discapacitado. 2. De la contraparte. XIII. RÉGIMEN DE RESTITUCIÓN POR PARTE DEL INCAPAZ. 1. Límite histórico a la restitución debida por menores o incapaces. 2. El nuevo texto del art. 1304 CC. 3. Riesgo de la restitución del incapaz.

**Resumen:** Comentarios a los preceptos del Código Civil relativos a la validez e ineficacia de contratos celebrados por discapacitados, conforme a la nueva redacción dada por la Ley 8/2021.

**Palabras clave:** Personas con discapacidad, contratación, validez contractual, ineficacia contractual.

**Title:** Contracting by disabled people with and without support

**Abstract:** Comments on the precepts of the Civil Code regarding the validity and ineffectiveness of contracts entered into by disabled people, in accordance with the new wording given by Law 8/2021.

**Keywords:** Persons with disabilities, hiring, contractual validity, contractual ineffectiveness.

## I. EL NUEVO SISTEMA DE ANULABILIDAD DE CONTRATOS CELEBRADOS POR DISCAPACITADOS

### 1. Dos postulados incongruentes

El novísimo aparato normativo sobre discapacidad civil, introducido por la Ley 8/2021, el jaleado *nuevo paradigma de la discapacidad*, se asienta sobre un postulado ideológico radical y altamente contrafáctico<sup>1</sup>, según el cual el sistema no protegería ya (*no debe* hacerlo, aunque quisiera) los intereses de la persona expuesta al riesgo de su enfermedad, sino que tutela y promueve el desarrollo autónomo (con apoyos) de los discapacitados, mediante la facilitación de acceso irrestricto a las formas de comunicación jurídico social (vgr. contratos, voto político, etc) que históricamente les estaban vetadas<sup>2</sup>. Es el llamado *modelo social* de la discapacidad, una bandera de la antipsiquiatría que reivindica un mundo sin coerción y sin barreras a la participación social de los discapacitados y que explora una crítica contundente del modelo "biomédico reduccionista dominante en la actualidad"<sup>3</sup>, donde el discapacitado es un enfermo y el único tratamiento posible una cura clínica. No se

<sup>1</sup> Ninguno de tales epítetos comporta en mi concepto una crítica ni una reivindicación de un determinado modelo funcional o psiquiátrico de la discapacidad.

<sup>2</sup> Por todos, ALVAREZ LATA, *Comentarios a la Ley 8/2021*, dirigidos por GUILARTE MARTÍN CALERO, 2021 [Comentarios Guilarte], 991.

<sup>3</sup> PORXAS ROIG, *El dogma de las capacidades y la racionalidad*, 2021, 30-32, 72-74, 107-118.

trata de una propuesta descriptiva de la realidad (no puede serlo, el modelo es contrafáctico), sino de un predicado normativo de deber ser que postula una alteración del mundo de la discapacidad. Su horizonte no es el contraste con la verdad o con el error, sino con el éxito o el fracaso del intento de implantación. En el celebrado *artículo 12 Convención de la ONU* sobre los derechos de las personas con discapacidad, que oficia de gran tótem en el nuevo paradigma<sup>4</sup>, el propósito inmediato, visual, excitante, no es ni tan siquiera la autonomía personal, sino la no discriminación, la irrestricta participación en el tráfico ordinario de los bienes jurídicos<sup>5</sup>. Afán que acaba convulsionando el sistema normativo, porque, para ser congruentes, la no discriminación reclama la simple inexistencia de normas particularmente protectoras de los discapacitados en el tráfico jurídico, de la misma forma que la antipsiquiatría y la antifarmacopea anatemizan la existencia de manicomios. Bien claro quiere dejar la reforma de los arts. 1163, 1304, 1314, 1765 CC que, para el legislador novísimo, el discapacitado no es sujeto de la clase de los que necesitan protección frente a las amenazas del contexto relacional, clase hoy casi reducida al menor de edad. El interés del discapacitado no sólo no es un interés "superior", sino que ni siquiera es de suyo un interés distinto de su propia voluntad empírica<sup>6</sup>. Claro que en tal caso habría que haber mantenido la congruencia del sistema cerrando la posibilidad de que se anularan contratos celebrados por discapacitados, salvo que se pretenda – lo que es notoriamente incierto- que los arts. 1301.4<sup>a</sup> y 1302.3 CC son normas de tutela indirecta de la autonomía y plena participación social de tales discapacitados y no normas de tutela frente a la presumible lesión de intereses propios que para el discapacitado comporta la participación plena y autónoma en los actos de tráfico<sup>7</sup>. En cualquier caso, el sistema nace débil, porque no se hace creíble en sus propósitos fantásticos y, luego, opera inconsecuente con ellos. No deja de ser premonitorio que la primera sentencia del TS que ha tenido que enfrentarse a la reforma (STS 589/2021, *Diógenes en la basura*) haya incurrido en el ridículo en la medida en que se propone atenerse a la ley<sup>8</sup>, pero ha sido destructiva de la columna vertebral de la reforma cuando ha decidido actuar

<sup>4</sup> "Una herramienta de reivindicación política de esa otra realidad posible" (PORXAS ROIG, 30).

<sup>5</sup> "Autonomía con apoyos...", una apuesta por una idea particular de autonomía contextual con elementos de la autonomía relacional en su dimensión positiva" (PORXAS ROIG, 278).

<sup>6</sup> Y esto se considera lo óptimo que se podría pretender (GARCÍA RUBIO, "La reforma operada por la Ley 8/2021: Planteamiento general de sus aspectos civiles", en *El nuevo Derecho de las discapacidades, 2022*, 56-57).

<sup>7</sup> Si "lo que determina el vicio de la voluntad no es la existencia o no de la discapacidad sino el hecho de dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas" (VAZQUEZ DE CASTRO / ALICIA ESTANCONA, "Los retos a afrontar en el Derecho de obligaciones y contratos", en *El nuevo Derecho de las discapacidades, 229*), entonces no hay duda de que la solución más congruente hubiera sido declarar el contrato *in continenti* e incondicionalmente válido. La anulabilidad es una persistencia del estigma.

<sup>8</sup> La Sala 1<sup>a</sup> del TS se siente investida de la competencia para nombrar curador de Diógenes a la Comunidad Autónoma, y obligar a que periódicamente sus servicios sociales se pasen por el antro del sujeto para limpiar la basura. Sin duda, extralimitación de poder. Las CCAA tienen competencia propia, decisional y presupuestaria, para desarrollar las políticas de asistencia social, sin que un tribunal civil le imponga las reglas de cómo hacerlo. ¿Cómo es posible que un juez civil le indique a la Administración competente cómo ha de desarrollar sus competencias y gastar su dinero? ¿Por qué ha de gastar la Administración el dinero en limpiar la casa de Diógenes, cuando hay otras urgencias más clamorosas, como la multitud de "sin techo" que deambulan por las ciudades? ¿Por qué? ¡Porque la basura de Diógenes molesta a sus vecinos, pero la incuria y abandono del "sin techo" no preocupa a nadie! Ver para creer.

con una mínima razonabilidad (*salvar a Diógenes de la basura*)<sup>9</sup>. Nunca se insistirá lo suficiente en la quiebra de sentido que el nuevo legislador comete al mantener los arts. 1301.4ª y 1302.3 y, por el contrario, haber eliminado la protección dispensada por los arts. 1304 y 1314. En rigor, la incongruencia es previa a todo esto, es el producto de un sueño redentista que ignora o quiere ignorar que en España son *virtualmente incapaces de obrar la inmensa mayoría de los discapacitados psiquiátricos* (los otros *no interesan* al Derecho civil) que requieren apoyo cognitivo o volitivo. Más aún, que es una pésima "faena" dotar a un sujeto realmente incapacitado de una curatela no representativa, pues la consecuencia será que las operaciones importantes de tráfico quedarán fuera del mundo del discapacitado, ya que ni por sí ni por otro accederá a los negocios del art. 287<sup>10</sup>.

## 2. Descripción de la regla de anulabilidad por discapacidad

Las normas que históricamente han *protegido a los sujetos infirmes o desprotegidos* que se arriesgan en el proceso de celebrar, consumir o anular contratos, ya no se aplican a los discapacitados, salvo que el juez haya *determinado alguna específica medida de apoyo* y la medida *no haya sido aplicada en el proceso contractual*. En alguna medida hay inconsistencias entre las distintas redacciones que se han dado a estos preceptos, pero vamos a prescindir de ellas ahora. Se puede avanzar aquí la (en apariencia) paradójica triple regla en la que se soporta el sistema nuevo. Primera, el *discapacitado a secas*, o que cuente sólo con el apoyo del guardador fáctico, no goza de protección especial en el régimen contractual. Segunda, el discapacitado que contrata sin que hayan sido observadas las *medidas de apoyo* establecidas es, como regla, merecedor de tutela anulatoria, aunque estas medidas, o su elusión, no hayan afectado mucho ni poco a la aptitud para prestar consentimiento contractual<sup>11</sup>. Tercera, cuando en el proceso de contratación se han aplicado las medidas de apoyo establecidas, el contrato no podrá ser impugnado, aunque en el caso singular el discapacitado hubiera contratado sin aptitud, o con el consejo imprudente de tercero, para prestar un consentimiento contractual estándar (*apoyado*), o la contratación oficiada con o por el apoyo no responda, aunque fuere razonable, a los deseos y propósitos del discapacitado.

## 3. La optimización del modelo legal

La estructura de los remedios contractuales de la discapacidad es muy deficitaria en los arts. 1301, 1302 y 1304 de la nueva regulación. Se soporta sobre el andamiaje de las *medidas de apoyo*, pero el sistema se blinda de forma que no se podrá averiguar por los asientos del Registro Civil la existencia y alcance de tales medidas

<sup>9</sup> La "voluntad, deseos y preferencias" de Diógenes eran seguir instalado en la basura. Pero con mejor razón entendió el TS que lo que más le *convenía* a Diógenes era salir de la basura.

<sup>10</sup> Creo que no tiene sentido apelar al art. 287 cuando se ha optado por imponer una curatela no representativa, en contra de lo que argumenta la SAP Valencia (Sección 10ª) 20 octubre 2021, (ECLI:ES:APV:2021:3651).

<sup>11</sup> "Consentimiento contractual": capacidad de expresar una decisión, comprensión real de los problemas más relevantes, manejo racional de la información, apreciación correcta de la situación (APPELBAUM / ROTH, citados por PORXAS ROIG, *El dogma*, 293). La segunda tesis que acabo de exponer es así sin duda; otra cosa es que no debiera ser así, y en este punto puedo concordar con GARCÍA RUBIO, *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, 2022, 654, 664. Pero en la norma está claro que el sujeto que contrata sin los apoyos puede acudir a la anulabilidad sin necesidad de que *además* se trate de un sujeto que no haya podido fácticamente prestar consentimiento estándar.

de apoyo fácticas o jurídicas, haciendo por ello carísima la adquisición de información relevante por parte de la contraparte contractual de buena fe y por los Notarios que intervengan la contratación. Incluso si se pudiera acceder públicamente al Registro, estas medidas, salvedad quizá de la curatela representativa, serán vagamente inespecíficas y sin contornos controlables que puedan hacerlas operativas en el tráfico externo ("cuidar", "ayudar"). Con estos antecedentes, es un error conservar el instituto de la anulabilidad contractual. Creo que es incluso un error residenciar en el Derecho civil el sistema de previsión de apoyos puramente asistenciales. El sistema debería haberse optimizado eludiendo el recurso a las acciones de nulidad y haberse construido sobre cinco reglas claras y justas. Primera, los contratos (onerosos) celebrados por discapacitados con o sin apoyos deberían considerarse válidos si la contraparte fuera de buena fe. Segunda, los contratos concertados por discapacitados aún con la prestación de los apoyos exigidos serían inválidos en derecho si se probara dolo de la contraparte. Tercera, los contratos en los que haya juicio notarial de "capacidad" (de suficiencia de consentimiento) serán válidos salvo que se probara que la contraparte actuó con dolo. Cuarta, debería eliminarse la rescisión por lesión del art. 1291.1 CC, porque su sobrevivencia sólo se puede justificar, racionalmente, para un número de casos tan marginales, que resulta preferible prescindir del remedio rescisorio en méritos de evitar confusiones y eliminar la apariencia de una doble tutela injustificable<sup>12</sup>. Quinta, debería haberse generalizado la regla de los testamentos y de la novación de los poderes preventivos (art. 665 CC y DT 3ª III Ley 8/2021), y haber hecho del Notario el órgano de control de la capacidad real y, a la vez el apoyo (único), para que la voluntad del discapacitado pudiera manifestarse, el *único apoyo, en los contratos elevados a públicos*.

#### **4. Otro modelo alternativo cuasi óptimo**

Me tomo la libertad de proponer un segundo modelo alternativo a la estructura de la Ley 8/2021. Voy a *extremar* a efectos dialécticos determinados puntos de vista de una reconocida intérprete – con cuyas tesis estoy menos en desacuerdo de lo que parecería a primera vista<sup>13</sup>– y sobre este extremo construir el modelo. En este segundo modelo sub-óptimo (pero no pésimo), todo el aparato de las medidas de apoyo, representativas o no, quedaría relegado a la relación fiduciaria. Las medidas de apoyo, nunca mejor dicho, tendrían una función limitada, pero no por ello irrelevante, de promover los intereses (curativos, participativos, relacionales, como se quiera) de las personas discapacitadas, pero no desempeñarían ninguna función de tráfico. A efectos de eficacia contractual sería irrelevante si el sujeto tiene o no establecidas medidas, si contrata o no respetando las medidas establecidas, si las repudia o si las omite por desconcierto; ni siquiera tiene importancia que la negociación se ajuste al protocolo de medidas. El contrato sería ineficaz si *de hecho*

<sup>12</sup> Tampoco el art. 1290.1º se libra de ser una norma desgraciada. ¿Y qué hacemos con los discapacitados sin apoyos o con apoyos no representativos o con apoyos representativos que no se titulen curatelas? Aunque por otros motivos, también GARCÍA RUBIO piensa que la previsión rescisoria del art. 1291.1º debería haber sido eliminada (GARCÍA RUBIO / MORO ALMARAZ, *Comentario*, 633).

<sup>13</sup> GARCÍA RUBIO, en GARCÍA RUBIO / MORO ALMARAZ, *Comentario*, 629, 649-654, 663. Claro que para la autora estos principios no construirían un modelo, sino casi una explicación cabal de la regulación del CC, lo que no se puede compartir, al menos para quien, como ella, la regulación nueva no sea valorada, como ocurre en mi caso, como un amasijo de necesidades legales.

*no puede el sujeto prestar un consentimiento estándar* o si por medio de representante curatelar se hubiera producido un consentimiento estándar representativo, pero el negocio no se adecuara a los verdaderos deseos o preferencias del discapacitado. En el fondo, el modelo no supone el despropósito que semejaría en primera impresión. En efecto, partimos (después se explicará) que el contrato (oneroso) no puede ser ineficaz si satisface necesidades ordinarias del sujeto afectado, que el contrato que excede lo ordinario-necesario no sería ineficaz en ausencia de lesión, que el contrato documentado en escritura siempre sería válido si, mediante buena fe, contara con un juicio notarial de suficiencia. Quedaría un resto de casos marginalísimos, básicamente reducido a contratos privados con lesión significativa. Repárese que, a falta de lesión, ni siquiera la anulación sería interesante para el discapacitado, porque ya no cuenta con los "privilegios de infirmitad" que históricamente proveían los arts. 1163, 1304, 13014, 1765 y 1824 CC. En último extremo, sólo quedaría un resto de supuestos de anulabilidad para la contratación con lesión significativa, o, como prefieren otros, con la captación de una "ventaja injusta" para la contraparte.

## II. HECHOS Y DERECHO

### 1. El universo negocial

El pronóstico más probable es que la regulación de la Ley 8/2021 casi no produzca impacto real en la teoría y praxis de las nulidades del art. 1301.4ª CC, sin cuestionar si puede producir consecuencias en el escenario biomédico. Tratándose de personas físicas, se me ocurre que el universo contractual posible se divide en tres géneros. Primero, los contratos de la vida ordinaria. Estos no serán anulados, y no sólo por poderosas razones de hecho, sino porque casi siempre satisfarán necesidades del sujeto contratante, haciendo inviable la anulación, como luego se dirá. Segundo, contratos que por ley o por costumbre se otorgan en documento público notarial. Como los notarios conservan la competencia para controlar el consentimiento real por medio de clásico "juicio de capacidad"<sup>14</sup>, este juicio se emitirá con independencia, y sin condicionalidad, de las medidas de apoyo voluntarias, fácticas o judiciales, salvo en el supuesto de curatela representativa<sup>15</sup>, en la que el notario se limitará a interpretar los términos del apoderamiento legal contenido en la certificación del Registro civil. Si el Notario entiende que el otorgante no está "capacitado" para otorgar el consentimiento, no habrá contrato, concurran o no concurran las medidas de apoyo no representativas. No habiendo contrato, no queda espacio para su

---

<sup>14</sup> Hay sobrado nominalismo sobre si este juicio de capacidad, que lo es, debería pasar a denominarse juicio de aptitud, discernimiento o cualquier otra cosa, para "salvar las formas". Ver, por ejemplo, LECIÑENA IBARRA, *Comentarios Guilarte*, 657, con otras referencias. Los notarios no se encuentran cómodos cuando tienen que buscar alguna manera honorable de decir lo que hay ("juicio de capacidad, desde luego, pero adaptado al discernimiento de la persona con discapacidad", dice FERNÁNDEZ TRESGUERRES, sin decidirse por quedarse con una cosa o la otra (*Ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2001, de 2 junio, 2021*, 81). Los notarios están al respecto creando Derecho mediante una suerte de actas previas de apoyo, en las que descargan el grueso del juicio fáctico de capacidad, para evitar inquirir este extremo en el acto de otorgamiento de la escritura y ante terceros.

<sup>15</sup> Y aun así con dudas, si el Notario se creyera – lo que no es temerario imaginar– investido de la competencia para discriminar si la declaración del representante se corresponde *omni meliore modo* con las que hubiera emitido el discapacitado en un universo contrafáctico virtualmente posible.

anulación. Porque el notario puede cerrar de hecho el mercado del tráfico jurídico a todo sujeto que a juicio del funcionario no satisfaga el "juicio de capacidad" del art. 17 bis 2 a), 56 1 III y 73 Ley del Notariado, y no sólo en los testamentos que regula el art. 665 (reformado) del CC. Esto, empero, no es problemático para el tráfico jurídico, porque el fracaso de la contratación que se aborta queda prevenido antes de que se puedan haber generados costes irreversibles de confianza, por mucho que ello suponga una quiebra en la realización personal del discapacitado, al que gustaría (eso dicen) ser tratado como igual al resto de los humanos. Dicho sea de paso, no es tampoco flaca conclusión esta: *en la negociación que verdaderamente importa es el notario el que determina quién puede o no contratar*. Por último, los contratos de consumo distintos de los contratos para satisfacción de necesidades domésticas, como los arrendamientos urbanos o las inversiones en productos financieros. No serán frecuentes contratos de arrendamiento celebrados por discapacitados psíquicos sin contar con los apoyos pertinentes o sin que la contraparte actúe de buena fe, lo que vuelve a eliminar el problema. Las acciones de nulidad en la inversión en productos financieros cursarán, como acredita la experiencia, como acciones de nulidad fundadas en el error o dolo, no en la discapacidad sin apoyos<sup>16</sup>. Como ha ocurrido con la práctica anterior a la nueva ley, los casos más numerosos de impugnación de contratos no se concentrarán en el supuesto del art. 1301.4<sup>a</sup>, sino en el del art. 287, por no contar el curador representativo con la autorización judicial precisa, *lo que ya no es un problema de contratación emprendida por discapacitados*.

## **2. Apoyos de la vida diaria**

Un repaso a la jurisprudencia producida en este año de vigencia de la Ley 8/2021<sup>17</sup> ilustra la realidad nacional de los procesos y andanzas de la discapacidad. La mayoría de los afectados son personas que no se encontrarán apenas en la situación de tener que acudir a un notario (salvo para testamentos) y que no protagonizarán "grandes" contratos y negocios, como los listados en el art. 287 CC. Casi podíamos decir que todos sus actos jurídicos se reducen a actuaciones *de minimis*, a las cuales no alcanza el Derecho ni, menos, el sistema de nulidades. Es curioso que el legislador legitime las conductas *de minimis* de los apoyos (arts. 264 III, 287. 3º, 287. 7º, 287. 9º, 1811 CC) y sin embargo no atienda a las actuaciones mínimas del discapacitado, para ponerlas a salvo del Derecho, no ya solo para declararles de plano capaces para ellas. Pero indudablemente hay un espacio de mínimos, que seguramente converge con la totalidad de negocios de la vida ordinaria de tales discapacitados. Aquí todo funciona mal que bien con un apoyo oportuno no institucionalizado, porque las contrapartes tampoco temen ninguna mala sorpresa y porque la prontitud del tráfico y la modestia de los recursos en juego no permitirían otra cosa. Y si la terapia es complicada, y las patologías vitales algo serias, basta con institucionalizar al guardador como curador no representativo y con funciones casi únicas de tipo asistencial y asentimiento negocial (que no es propiamente un acto representativo, pero lo parece en sustancia) sólo si se dan en la persona del discapacitado flujos económicos (cosa rara) de más

---

<sup>16</sup> El asunto ha sido tratado por DOMÍNGUEZ YAMASAKI, *Discapacidad y derecho de acceso al mercado financiero del crédito tras la reforma del Código Civil: impacto en la prevención del sobreendeudamiento*, RDBB 2021, n. 164

<sup>17</sup> Bien sistematizada por BERDA Y BEAMONTE, *Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad*, La Ley 10021, 3 marzo 2022.

sustancia que el manejo y cobro de la correspondiente pensión asistencial. No hace falta mucho más, porque los actos personales de la vida del discapacitado (casarse, divorciarse, emitir un testamento vital, solicitar eutanasia) estarán fuera del empeño y competencia de los apoyos, y para cualquier otro acto que requiera una autorización personal (vgr., consentimiento informado) bastará que alguien se acredite seriamente como guardador, porque a la parte "injerente" (vgr., médico) le resultará inocuo el tipo de apoyo, ya que no realiza frente, ni recibe del, discapacitado prestaciones económicas nacidas de contrato. Finalmente, basta conocer un poco cómo funcionan las cosas en este universo social para llegar a comprender que *en el límite no habrá diferencia apreciable* entre actos representativos de apoyo y actos simplemente complementarios: no se sabrá nunca si la madre compró esa cama ergonómica en su nombre y para uso del hijo, o si la compró en nombre del hijo y con dinero cuya procedencia no consta, o si finalmente *decidió* el hijo después de que la madre desempeñase los prolegómenos de la negociación y pagara la factura. El actual pensamiento único de estigmatización de las guardas representativas (el "insulto" que ello supone a la condición de persona del discapacitado) ilustra un triste panorama en el que *el nuevo paradigma* se ha subido a los cuernos de la luna para protegerse del ataque inmisericorde de la irreductible realidad.

### III. LOS CONTRATOS DEL DISCAPACITADO SIN APOYOS

#### 1. Como regla, todo contrato celebrado por discapacitado es eficaz en Derecho

Esta que sigue es la piedra de bóveda de todo el sistema. Toda persona física es capaz y está capacitada para cualquier acto de la vida civil y mercantil, y *ninguna persona física*, sea cual fuere su edad y condición, puede ser incapacitada ni *civilmente discapacitada*. Han desaparecido las inscripciones registrales de incapacitación. Este postulado, que *no es un simple juicio de hecho*<sup>18</sup>, tiene una transcendencia fundamental, que seguramente no se ha pasado por la cabeza a los padres de la ley, a saber, cualquier sea la naturaleza de una discapacidad, en ningún caso hará decaer la validez de la contratación realizada con tercero, salvo que el discapacitado estuviera sometido a medidas de apoyo, éstas no hayan sido cumplidas y estas medidas hubieran de tener influencia en la prestación de consentimiento (art. 1301.4º). El legislador ha preterido notoriamente este aspecto, pensando que todo se reduce a una eliminación de restricciones personales. Como regla, ninguna norma se formula de forma que contratar en general (o testar en general) o celebrar algún contrato determinado esté vetado a los discapacitados. Se deroga el fundamental art. 1263.2º CC y concordantes. ¿Puede el discapacitado afianzar, arrendar, transigir, aportar a una sociedad, ser mandatario? Estas preguntas no se responden ya en el sistema. Y no porque hayamos sucumbido a un mar de lagunas normativas sobrevenidas, sino porque se trata de cuestiones que el sistema ni siquiera cuestiona como preguntas. Mientras no existan *medidas de apoyo formales con el alcance que luego diremos*, la cuestión por la capacidad de obrar del discapacitado es tan ociosa

---

<sup>18</sup> Si pretendiera cursar como juicio de hecho sería una afirmación notoriamente errónea.

como la relativa a la de la capacidad de obrar de un polaco de pelo cano. Ya solo plantearla crea sospecha de discriminación. Se podría objetar que la cosa no cambia en exceso, porque tampoco antes hacía el derecho acto de presencia en el mundo de los incapaces hasta que estuviera establecida una tutela o curatela representativa, y que hasta entonces había barra libre o, al menos, terreno más allá de la frontera del Derecho. Pero la cosa no era realmente así, porque la expresiva regla de Derecho del Código Civil original en el art. 1263.2º no se refería a incapacitados sujetos a tutela, sino a los "locos y dementes". Ya en esta fase temprana estaba vetada la capacidad de contratar. Hoy *los locos a secas pueden contratar (juicio de hecho) válidamente (juicio normativo)*. En la esfera de la heteroeficacia no significa esto que vaya a producirse un incremento notable de agentes con capacidad de operar autónomamente en el tráfico. Porque la participación en el tráfico no depende de las propias decisiones ni aptitudes, sino también de la predisposición de los terceros que pagan por confianza de tráfico. El *juicio de capacidad está en los otros*, que, como privados, se ocupan de sus intereses, no de la realización personal ni de la cura de la contraparte. Si la cosa no les gusta, no entran al juego<sup>19</sup>.

## **2. No existe una anulabilidad residual para el discapacitado a secas**

A diferencia de lo que ocurre en las normas penales, en las civiles no hay que buscar casi nunca un *mandato para la motivación en la secuencia de la norma*, que, como toda norma motivadora, exigiera como poco la imputabilidad del sujeto destinatario del mandato. Las normas auténticamente civiles no contienen mandatos, ni pretenden la educación de conductas. Son normas que describen supuestos de hecho a los que se vinculan de manera hipotética efectos interpartes no sancionatorios (una vinculación contractual, una culpa in contrahendo, una responsabilidad civil, un acabamiento de contrato, etc). La capacidad de entender, de querer, de motivarse adecuadamente, puede ser importante para que se produzcan estos efectos, pero también es posible que cedan a otras consideraciones de funcionalidad interprivada, o incluso que pierdan relevancia en todo caso. La *imputabilidad para la responsabilidad de tráfico civil* no contiene ningún mandato ni salvaguarda constitucional, como prueba suficiente el Código Penal, que sustancialmente libera del principio de imputabilidad subjetiva (*nulla poena sine culpa*) a la imposición de consecuencias civiles accesorias de la pena. Si el discapacitado a secas, o el discapacitado con apoyos fácticos, pudiera solicitar la nulidad radical del contrato por falta de consentimiento *qua discapacidad*, la nueva ley no habría cambiado nada, y todo resultaría un final de farsa y fraude, un retorno a los sistemas de protección rehabilitadora del discapacitado como enfermo. Permitir un recurso alternativo universal a la nulidad por falta de consentimiento arruina el nuevo entramado legal construido en los arts. 1302 y 1304 CC y, contra la justicia social, acaba comprando la "emancipación" de los discapacitados con un precio de inseguridad jurídica que pagan las contrapartes contractuales. Por lo mismo, y con el mismo límite, *no podrá alegar error contractual por el solo hecho de su discapacidad o por patología que deriva de su discapacidad*. Lo contrario en caso de dolo, porque el dolo (de la

---

<sup>19</sup> Si, como es bastante probable, el discapacitado serio carece de empleo, no obtendrá nunca una evaluación positiva de solvencia, y, por ende, no accederá al crédito bancario. Y esto no es discriminación por discapacidad.

contraparte, en este caso) *omnia corrumpit*. El discapacitado a secas no puede anular el contrato, aunque pruebe que de hecho se encontraba fuera de las condiciones cognitivas o volitivas que la permitieran emitir un consentimiento suficiente en Derecho. Ni tan siquiera podrá él o su posterior apoyo demandar una rescisión por lesión del art. 1291.1º CC. Esta regla de oro debe ser vigorosamente mantenida, frente a todo tipo de *buenismos* interpretativos que abundan, que reivindican para su sustento ideológico lo mejor de los dos mundos en conflicto y que quieren recuperar por la ventana de la incapacidad natural una legitimación que el legislador de 2021 ha echado por la puerta<sup>20</sup>. Porque la cuestión no es una mera incidencia de hecho, sino de derecho. No existe una "prueba en contrario" de la falta de capacidad, porque la capacidad plena es postulado normativo, no un juicio de hecho. No importa lo que de hecho ocurra, sino el postulado normativo de que el incapacitado natural a secas no puede impugnar el contrato que celebra, salvo dolo de la contraparte. Es decir, soporta el riesgo de su reencontrada autonomía personal, de forma que el nuevo sistema no se limita a crear espacios de libertad, sino que, por eso mismo, asigna riesgos de tráfico al sujeto hoy liberado de las constricciones históricas. Se traicionaría el espíritu de la reforma cuando, *eating the cake and keeping it*, se reivindicara la capacidad y autonomía universal de las personas físicas, pero luego se desplazaran al mercado los riesgos de que tales postulados se revelaran de hecho contrafácticos, El sujeto con déficits volvería a ser caracterizado como un *pobrecito* necesitado de tutela social. Hay que comprometerse con el sistema, o desecharlo en su integridad. No se puede ser capaz para la acción positiva, pero incapaz frente a la responsabilidad de la actuación negocial ya desinhibida por ley. Esto no significa que el discapacitado (o su persona de apoyo) no pudieran intentar la anulación por otra vía. Sin duda que es posible, así por dolo o error, y lo es por falta de consentimiento fáctico derivado de un trastorno mental transitorio. Pero no puede accederse al nicho de legitimación consistente en la *insuficiencia de consentimiento* en general *cuando esa misma insuficiencia es la que le convierte en establecimiento discapacitado*. Por lo mismo, y con el mismo límite, *no podrá alegar error contractual por el solo hecho de su discapacidad o por patología que deriva de su discapacidad* ¿Absurdo? Puede, pero es el corolario de la absurdez del sistema diseñado, que tiene que ser aceptado *in toto* o repudiado *in toto*, sin las hipocresías de las que se hace gala por doquier sólo para no dar la impresión de quedarse fuera de la música que suena. Si el discapacitado a secas, o el discapacitado con apoyos fácticos, pudiera solicitar la nulidad radical del contrato por falta de consentimiento *qua discapacidad*, la nueva ley no habría cambiado nada, y todo resultaría puro ruido mediático. Porque quien mete a los discapacitados en el mercado rompiendo la puerta de la incapacidad de obrar los vuelve a sacar del mercado por el coladero de la falta de consentimiento efectivo. Y todo quedará como estaba, y no restaría otro escenario realista que el de la curatela representativa, que es lo mismo que la tutela representativa universal que teníamos ayer<sup>21</sup>. Naturalmente sé que, no por obvio y congruente, este postulado

<sup>20</sup> Más simple: es que realmente no se creen el modelo social que dicen defender.

<sup>21</sup> Los defensores de la reforma, empero, sostienen que la representación curatelar no es verdadera representación, sino una asistencia-representación extractiva de la verdadera voluntad, la del discapacitado, aunque se encuentre en coma (GARCÍA RUBIO, *La reforma*, 65). Curioso entonces, si se pudiera impugnar una declaración de voluntad del representante pretendiendo que aquella no expresa lo que sería auténtica voluntad del discapacitado. La cuestión no tiene importancia para los contratos, pues

será universalmente aceptado: lo contrario es la verdad<sup>22</sup>; *nadie tendrá el coraje de aceptarlo*. Y no sólo por esa particular pertinacia del error, de la que habló GOETHE varias veces, que hace que aquél – no importa cuántas veces sea refutado – prevalezca ordinariamente frente a la verdad, sino por la fortísima tentación del *élan* generalizado que alimenta la cultura del buenismo a costa de todo.

#### IV. ANULABILIDAD

##### 1. Antes de la reforma por Ley 8/2021

Tradicionalmente se definen las modalidades de invalidez de los arts. 1301 y 1302 CC como anulabilidad. La anulabilidad se caracteriza *fundamentalmente*<sup>23</sup> por ser un régimen de ineficacia contractual sustentado en una *finalidad de protección de una parte del contrato* frente a contingencias que *han afectado negativamente a la producción del consentimiento contractual* emitido por esta parte. Se trata de defensa de intereses privados, y, por ello, disponibles por la parte legitimada mediante la confirmación<sup>24</sup>. Según lo que he expresado en otro lugar<sup>25</sup>, en tanto en cuanto no haya sido confirmado o ratificado, un contrato ineficaz está sujeto a la posibilidad de ejercicio de una acción declarativa de ineficacia. Basta para ello que el actor ostente un interés legítimo en la declaración y que, obviamente, la ineficacia del contrato pueda igualmente predicarse frente a él<sup>26</sup>. La ineficacia, pues, no tiene que ser «constituida» por la sentencia, ni tampoco precisa «configurarse» mediante el ejercicio (judicial o extrajudicial) de una declaración de voluntad en este sentido, como sí ocurre, por el contrario, con la resolución por incumplimiento<sup>27</sup>. De hecho, las partes del contrato pueden *convenir* la extinción de los efectos del contrato de resultas de su nulidad (mutuamente aceptada)<sup>28</sup>. Una acción declarativa de cualquier tipo de ineficacia no está sujeta a plazo de prescripción, en tanto en cuanto la condena se limite a este extremo. Normalmente será por vía de excepción como

---

el efecto de aquella divergencia quedaría limitado a la esfera de la relación fiduciaria y no se proyectaría en el contrato, salvo mala fe.

<sup>22</sup> Opinión unánime contraria a la mía. Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios Guilarte*, 547; LECIÑENA IBARRA, *Comentarios Guilarte*, 659; ALVAREZ LATA, *Comentarios Guilarte*, 995, 1120; VAQUERO PINTO, *Comentarios CC Bercovitz*, 5ª edic., 1702; GARCÍA-RUBIO, *Comentario*, 628, 651.

<sup>23</sup> La «anulabilidad» de los contratos celebrados por un cónyuge sin el consentimiento del otro es un cuerpo extraño en la doctrina de la anulabilidad. Lo mismo cabe decir de la anulabilidad (ya derogada) de los actos celebrados por el pródigo sujeto a curatela: se niega legitimación a los verdaderos interesados (alimentistas del pródigo) y se otorga, en cambio, a quien incurre en la conducta prohibida. Estos dos ejemplos prueban cuán pragmática y funcional debe ser en Derecho español la doctrina de las nulidades contractuales, desprendiéndose de cualquier prejuicio dogmático.

<sup>24</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, 3ª edic., Cap. 14/22.

<sup>25</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Cap. 14/26.

<sup>26</sup> Ejemplos de pura acción declarativa con interés legítimo del actor: [SSTS 28 marzo 1973](#) (RJ 1973, 914) y [24 noviembre 1983](#) (RJ 1983, 6499).

<sup>27</sup> La sentencia de nulidad o de anulabilidad no puede ser constitutiva, porque la nulidad es un estado de cosas que las partes pueden obtener convencionalmente (por ejemplo, por transacción), sin necesidad de que medie una sentencia que constituya este estado.

<sup>28</sup> Se ha negado esta evidencia, afirmando que en este caso no habrá declaración de nulidad, sino disenso o transacción, sin efecto retroactivo; lo que probaría que la declaración de nulidad (de anulabilidad) requeriría de una sentencia. No es así. Si las partes *acuerdan* la extinción del contrato por causa de nulidad (o anulabilidad, que es lo mismo en este punto en que su procedencia ha sido reconocida por las partes), y efectivamente la causa de nulidad existía, el contrato será nulo con los mismos efectos retroactivos que hubiera tenido (o no tenido) la sentencia. Y si tal causa no existe, valdrá el acuerdo extintivo como transacción novatoria.

se haga valer la pretensión declarativa de ineficacia, que se opone a la pretensión de cumplimiento o resolución o indemnización instada por la contraparte. Mas hay otros supuestos de ejercicio meramente declarativo de la acción de nulidad, cuando ésta sólo cumple la función instrumental de que se declare que el contrato en cuestión es inoponible al actor<sup>29</sup>. Sólo en limitados casos, como los expuestos, podrá ostentarse un interés legítimo en la pura declaración. El interés legítimo es normalmente el de quien se opone a la modificación del *status quo* negando que el contrato pueda obligarle. Cuando el contrato ha sido entera o parcialmente cumplido, por una o ambas partes, la pretensión de declaración de ineficacia está subordinada a la pretensión de condena restitutoria. Entonces se han de aplicar los arts 1303 y 1307 CC<sup>30</sup>. Si la pretensión restitutoria está sujeta a plazos de prescripción o caducidad, la pretensión declarativa no puede sobrepasarlos. Sólo será ello posible si el que alega la prescripción no ha cumplido (enteramente) todavía, y la acción que se hace valer contra él es una acción por la que se le exige el cumplimiento o por la que se le reprocha el incumplimiento. En mi opinión, los plazos establecidos en el art. 1301 (versión original) eran plazos de prescripción, y sólo relativos a la acción restitutoria<sup>31</sup>.

## **2. Arts. 1301 y 1302 reformados por la Ley 8/2021**

Sin que se aprecie una relación de sentido con la reforma de la discapacidad, el nuevo art. 1301 CC sanciona o confirma que el plazo de anulación es de caducidad<sup>32</sup>. La decisión es bastante absurda, teniendo en cuenta la rebaja que esta nueva calificación va a suponer en las acciones de anulación por error en el consentimiento en la adquisición de productos financieros "complejos"<sup>33</sup> y la históricamente insólita fijación del *dies a quo* en art. 1301.4º en el día en que el discapacitado celebró el contrato en cuestión, y no el día en que salió de la curatela representativa (contrastar art. 1299 reformado<sup>34</sup>), pues, como se dirá luego, únicamente la curatela representativa será medida de apoyo cuya inobservancia dispare la opción de la anulabilidad<sup>35</sup>. En cualquier caso, es otra cosa la que importa ahora. *En buen derecho*, si el plazo para impugnar fuera de caducidad, *el contrato celebrado en condiciones del art. 1301 debería ser inicialmente válido, aunque sujeto a impugnación*. Esto nos obligaría a cambiar la concepción que mantenemos del sistema de anulabilidad de contratos. En efecto, la acción sólo podría prescribir si se tratara de una *pretensión*, bien declarativa de nulidad bien de restitución. Una pretensión es una exigencia que se articula frente a alguien. Pretensiones de esta clase requerirían de un contrato ya

<sup>29</sup> Vgr. el poseedor que opone la nulidad del título del actor a la acción de reivindicación de la que es objeto. O el demandado ejecutante frente al que se ejercita tercería de dominio.

<sup>30</sup> Según jurisprudencia constante, estas normas no sólo se aplican en restituciones derivadas de nulidades contractuales, sino también cuando la nulidad se refiere al procedimiento ejecutivo por el que se venden judicialmente bienes hipotecados o embargados: SSTS 5 marzo 1956 (RJ 1956, 507), 16 octubre 1965 (RJ 1965, 4581), 11 febrero 2003 (RJ 2003, 1004), 17 julio 2013 (RJ 2013, 5919), CCJC, 95 [2014] § 2533, comentario de SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS.

<sup>31</sup> CARRASCO PERERA, Cap. 14/30.

<sup>32</sup> STS 919/2021, de 23 diciembre.

<sup>33</sup> CARRASCO PERERA, Cap. 14/31; STS 201/2022, de 14 marzo. Y no sólo en estos casos. Cfr, respecto de la anulación de la compra de acciones de Bankia en la OPS, STS 226/2022, de 24 marzo, y las que cita.

<sup>34</sup> Pero también con el art. 137.1 (reformado): "desde la extinción de las medidas de apoyo".

<sup>35</sup> VAQUERO PINTO, *Comentarios CC Bercovitz*, 1701, propone corregir el estropicio legal entendiendo que el plazo no cuenta mientras el contrato no estuviera consumado, lo que me parece incorrecta analogía, siendo más sencilla la que se pudiera hacer a la figura del contrato celebrado por menor.

nulo, o, en otros términos, sólo empezarían a correr cuando el contrato hubiera sido declarado nulo. Si, por el contrario, la acción correspondiente es de caducidad, su objeto no podría ser otro que el ejercicio de un derecho potestativo de anulación, no de una pretensión declarativa de nulidad o condena de restitución, lo que presupondría la validez *prima facie* del contrato "anulable". La constitución por sentencia de un estado de ineficacia sólo podría hacerse por medio de un derecho potestativo que no es de suyo una pretensión susceptible de prescripción. Con todo, como probablemente el legislador de 2021 ignoraba el sentido de las locuciones técnicas que emplea, y, desde luego, ignoraba el alcance sistemático de las instituciones, seguiremos proponiendo por razones pragmáticas que, a pesar de la incongruencia técnica que ello supone con el nuevo régimen, el instituto de la caducidad es compatible con la tesis de que el contrato anulable es nulo *prima facie*, pero susceptible de confirmación<sup>36</sup>. Aunque este debate teórico no ha producido casi nunca consecuencia práctica, entiendo que existe al menos una situación en que la calificación técnica importa. Porque si el contrato impugnado es nulo *prima facie*, el discapacitado sólo podría demandar el cumplimiento si con esta pretensión expresara o se entendiera que estaba confirmado el contrato conforme al art. 1311 CC, y este extremo tendría que ser discutido en el pleito, si el demandado lo hiciera valer en la contestación de la demanda.

### **3. Contratos celebrados por curador representativo sin autorización judicial**

La ley de reforma no se ha representado el problema de la sanción o remedio pertinente en los casos en que el curador representativo no haya solicitado autorización judicial en los casos del art. 287 CC<sup>37</sup>, salvo que se considere, sorpresivamente, que el contrato celebrado en esta situación es un contrato "válido" en el sentido del art. 1290 CC, y procediera (sólo) la rescisión por lesión del art. 1291.1. Ciertamente es que la versión anterior del CC tampoco se hacía cargo de este supuesto. Pero ahora las posibilidades de una analogía son menos convincentes. Según la STS 10 enero 2018 (RJ 2018, 156), descartando la idea de la nulidad radical, y superando el criterio de asimilación a los supuestos de actuación del apoderado sin poder suficiente (art. 1259 CC), hay que optar por la tesis de la anulabilidad: «El mismo resultado de la ratificación del acto al amparo del art. 1259 CC, y que es favorable al interés del menor y de la persona con la capacidad modificada judicialmente y sometida a tutela, puede alcanzarse mediante la aplicación del régimen de la anulabilidad, puesto que es posible la confirmación del acto (art. 1309 CC). Además, la aplicación del régimen de la anulabilidad a los actos del representante legal sin autorización judicial conduce a algunas consecuencias más ponderadas en atención a los intereses en juego. i) En primer lugar, el régimen de la anulabilidad excluye que el otro contratante revoque el contrato. Otra cosa es que, en su caso, si se dan los presupuestos para ello, pudiera impugnar el contrato

---

<sup>36</sup> También, VAQUERO PINTO, 1700. Claro que esta propuesta choca frontalmente con el art. 1764 CC, que implica la validez del depósito. Pero luego sostendré que estos contratos no están sujetos a la regla del art. 1301.4º. porque el depositante discapacitado puede pedir siempre la restitución sin necesidad de anular el contrato.

<sup>37</sup> Es lógicamente imposible que este precepto se aplique también al guardador de hecho representativo: si no dispone de autorización judicial, ni siquiera puede ser representativo, a pesar de los términos del art. 264 II.

demostrando el error (o incluso el dolo) que le llevó a contratar con desconocimiento de que fuera precisa una autorización judicial. ii) En segundo lugar, el régimen de la anulabilidad somete el ejercicio de la acción de impugnación del contrato a un plazo, de manera coherente con la exigencia constitucional de seguridad jurídica. El plazo de cuatro años que establece el art. 1301 CC, que literalmente se refiere a los contratos celebrados por los menores e incapacitados, se computa «desde que salieren de tutela», lo que parece pensar, para las personas con la capacidad modificada judicialmente, en la recuperación de la capacidad (...). Ya antes, en otra importante sentencia, el TS había optado también por la anulabilidad en un supuesto de enajenación de bienes gananciales realizada por el incapacitado y su cónyuge tutor sin autorización judicial<sup>38</sup>. Parece razonable sostener que esta regla se aplica también en la nueva regulación de la discapacidad. ¿Pero cuál es el nicho legal al que se debe practicar hoy la remisión en busca de la analogía? ¿El art. 1302.3? ¿Y computará para la prescripción el tiempo que media entre la celebración del contrato y el día en que se salió de la curatela? Sin duda, si seguimos el criterio del art. 1301 en lugar del más sensato del art. 1299. Pero ni aun así estaría solucionado el problema del nicho analógico. Porque, como después justificaré, no procede la nulidad del art. 1302 cuando el cocontratante opera de buena fe; pero un remedio de sanación semejante no es procedente ni prudente para los casos del art. 287, entre otras cosas porque aquí la buena fe estaría basada en errores de derecho, que no deberían ser relevantes, ya que el cocontratante sabe que está contratando con un curador de discapacitado, y a partir de ahí corre a su riesgo el error de derecho relativo a si la contratación pretendida requiere o no autorización judicial. Habría que postular entonces una suerte de anulabilidad residual que operaría en todos los casos de ineficacia sanable que carecieran de un nicho propio en el art. 1301 CC, en la que la legitimación procesal de curador no podría admitirse (*nemo propriam turpitudinem allegare potest*) y los arts. 1304 y 1314 no serían aplicables.

#### **4. (Sigue) Nulidad y rescisión**

No resulta fácil de entender el supuesto de hecho del art. 1291.1 CC. Normalmente se interpreta- y así se han entendido también sus precedentes- que el supuesto legal es el contrato celebrado por el curador/tutor, que no cuenta con autorización judicial y además esta autorización *no es precisa* porque no se trata de un contrato listado en el (ahora) art. 287 CC. Estos contratos serían “válidos” pero rescindibles por lesión. Extraña inconsistencia legal. Porque como ningún contrato de esta clase se someterá nunca a autorización judicial, resulta que *todo* contrato *válido* celebrado con los apoyos requeridos es rescindible por lesión, pero no, por ejemplo, un contrato del art. 1301.4, aunque hubiera sido confirmado o la acción estuviera caducada. Yo avanzo otra interpretación, y para ello apelo a la literalidad del supuesto: “pudieren celebrar” (versión originaria del CC), “hubieran podido celebrar” (Ley 8/2021). De esta dicción caben dos entendimientos: que estuvieran legitimados (“pudieran” como legitimación) a celebrar sin autorización judicial o que *acaso* (“pudieran” como

---

<sup>38</sup> STS 20 abril 2016 (RJ 2016, 1687), CCJC, 103 [2017] § 2747, comentario de DOMÍNGUEZ LUELMO. No había sido siempre así. Hasta la STS 17 marzo 2016 (RJ 2016, 845), CCJC, 103 [2017] § 2745, comentario de LECIÑENA IBARRA, relativa a los actos dispositivos de un guardador de hecho, había prevalecido la tesis de la inoponibilidad fundada en el art. 1259 CC.

contingencia) hubieran celebrado sin autorización judicial cuando ésta era exigible. Téngase presente que en la versión originaria del CC era el consejo de familia el competente para autorizar, y que el CC no contenía (ni conocía) una regla de nulidad para los supuestos del entonces art. 269 ni cabía lejanamente pensar en una analogía del art. 1301 in fine, ni, finalmente, existía precepto alguno como el vigente art. 6.3 CC. Yo creo que los actos contrarios al entonces art. 269 (autorización necesaria del consejo de familia) no estaban guardados por ninguna regla de invalidez (no estaban comprendidos en el art. 1301 in fine original) y no se ofrecía otra sanción que la rescisión específica del art. 1291.1<sup>39</sup>, una *restitutio in integrum* que, como en Derecho romano, no se soportaba sobre un juicio de invalidez estructural del negocio<sup>40</sup>. Pero como ya se ha expuesto en el epígrafe anterior, el TS ha resuelto que ahora existe una sanción de invalidez específica para este tipo de actos no autorizados, que cursa como anulabilidad. No tiene sentido que los interesados pudieran acogerse adicionalmente a un remedio de rescisión, prescrita o caducada la acción de nulidad. Y si tuviera sentido en este caso, ¿por qué no en otros? Adicionalmente, no debe dejar de repararse que el techo de la lesión en el cuarto es muy bajo, tan bajo que, acaso, una lesión en ¼ no bastase ni siquiera para disparar el remedio anulatorio. En general, hubiera tenido algún sentido introducir como último recurso una rescisión *ultra dimidium* para todo el universo de la discapacidad; incluso una rescisión *ultra dimidium* como único remedio contractual. En cualquier caso, el resultado al que llegamos introduciendo hoy una regla de anulabilidad en el art. 287 CC es insensato, a menos que se elimine el art. 1291.1; porque si no es así los contratos válidos (los contratos *menores*) podrían ser “rescindidos” en un plazo mayor que el plazo de anulación de los contratos ineficaces (el *dies a quo* empieza más tarde en la rescisión), y sin mayores condicionamientos, porque la “lesión” (se explicará luego) es requisito necesario también para la nulidad. El art. 1291.1 sólo podría sobrevivir con sentido si pasara a cursar como la sanción específica para los casos de contrariedad al art. 287.

## 5. Normas prohibitivas

El art. 251 contiene tres normas prohibitivas que afectan a los sujetos que desempeñen alguna medida de apoyo. Como normas prohibitivas del art. 6.3 CC, deberían acarrear la nulidad radical de los actos jurídicos realizados en contravención. Se trataría de una ineficacia jurídica distinta de las que hemos considerado hasta ahora. Dos de ellas carecen de importancia en el tráfico, porque la conducta prohibida tiene lugar en el nivel de la relación fiduciaria entre discapacitado y persona de apoyo

---

<sup>39</sup> Otra duda no menor era la sanción procedente cuando se había otorgado la autorización por el consejo de familia, pero se trataba de autorización prohibida por el art. 270 o se incurría en infracción de procedimiento del art. 272 o simplemente el tutor contraía un negocio prohibido por el art. 275.

<sup>40</sup> Es chocante que la curatela judicial curse por la regla de anulabilidad para los casos del art. 287, y que la autocratela del art. 271 pueda eludir la necesidad de la autorización judicial. Con todo, la cuestión tiene más empaque que el que resulta de esta contraposición. Si, como se dice, la prestación efectiva de los apoyos requeridos no es condición imprescindible de validez del negocio, entonces tampoco lo es la autorización judicial del art. 287: el discapacitado puede concurrir con su curador y aseverar que se encuentra en disposición de “ratificar” su actuación no autorizada. O, más bizarramente, el notario asevera que a la persona discapacitada no le resultan precisos más apoyos que el del propio notario, y que puede prescindirse del curador representativo, y, evitar una intervención judicial. En condiciones tales ¿para qué ineficacia del negocio? Nos podíamos instalar cómodamente en la rescisión y averiguar si hubo una lesión significativa.

y no afecta al mercado, por lo que la nulidad es procedente sin más. Es el caso del apoyador que recibe liberalidades del discapacitado y de la transmisión onerosa de bienes entre guardador y guardado. Pero la infracción a la prohibición 2ª [conflicto de intereses] afecta al mercado [la norma no presupone necesariamente autocontratación], y la nulidad no puede predicarse frente a un tercero de buena fe. Porque no es menor el esfuerzo de averiguar si guardador y guardado se encuentran en conflicto de intereses que el que se requiere para saber si el guardado está sujeto a una medida oficial de apoyo; y en este caso, la buena fe salva, como se dirá. Esta patología se queda en la relación fiduciaria, y en ella tendrá que rendir cuentas el prestador del apoyo. Obsérvese, por demás, que la prohibición que contiene la norma no es la de contratar bajo conflicto de intereses, sino la de "prestar apoyo" en estas condiciones; en realidad, la "prestación de apoyo" no será ordinariamente un acto jurídico al que se pueda imputar una sanción de nulidad. Lo mismo hay que decir a la insensata prohibición de prestar apoyos que se contiene en el párrafo final del art. 250.

## **6. Las patologías de la relación fiduciaria de apoyo**

La legislación reformada introduce y regula medidas de apoyo que se pueden constituir por una mera relación de hecho, por medio de negocio jurídico o por resolución judicial. Las nuevas normas regulan de esta forma las condiciones de legitimidad para la implantación de la correspondiente medida y el modo de su ejercicio. Esta relación de apoyo, nacida del hecho o del derecho, es una relación fiduciaria. El contrato celebrado con el apoyo "establecido" y "preciso" no puede ser anulado si se han cumplido formalmente las medidas de apoyo establecidas, aunque en la relación interna el apoyador o representante haya abusado de su cargo o no cumplido con los altos deberes fiduciarios que le imponen los arts. 249 y 250, 261, 268 I, 270 I, 271 ii, 278, 282 CC; o simplemente, no ha procedido al ajuste institucional en los plazos de la DT 5ª o haya sido de suyo inválido el proceso de constitución del apoyo<sup>41</sup>. A lo largo del nuevo articulado, el legislador se ha empeñado en formular propósitos aspiracionales, que no pueden ser el contenido de una norma jurídica y, por otro lado, ha *cargado de contenido aspiracional* las funciones fiduciarias de guardadores y curadores. La tarea que pone sobre sus hombros es inmensa; es casi imposible que se pueda satisfacer el estándar impuesto o, al menos, aspirado. Relea el lector el art. 249 (también el art. 268 I), que desdice de su aparente condición de norma jurídica para reflejar más el contenido de un manifiesto de beneficencia universal. Los prestadores de apoyo habrán de tener vocación y competencia de misioneros para cumplir el ministerio que le asigna esta norma. ¡Qué fracaso personal si luego no se consigue el resultado "pese a haberse hecho un esfuerzo considerable" (sic)! Pero toda esta jerga no tiene valor jurídico alguno. Desde luego no la tiene a los efectos de cualificar los apoyos frente a terceros de buena fe que contratan con el discapacitado, apoyado o no, o con curador representativo. El fracaso del modelo buenista no se traduce en defectuosidad de la medida a efectos de su validez en el tráfico negocial. No hace impugnabile el contrato. La carga finalista de la medida de apoyo no repercute en la eficacia del contrato

---

<sup>41</sup> Vgr. Se descubre que no hay un guardador de hecho, sino dos, con poderes de facto mancomunados. Se anula por revisión la sentencia constitutiva de la curatela.

celebrado con asistencia del apoyo establecido, aunque el nivel de esfuerzo fiduciario resulte finalmente subestándar, por insuficiencia o por incuria del guardador o curador. Los modelos de conducta y cuidado contruidos sobre estándares fiduciarios (vgr. "Influencia indebida" en penúltimo par art. 250, art. 255 iii, art. 258 iii y art. 270 i) no trascienden de la relación fiduciaria. Mas probablemente tampoco delimitan el estándar de diligencia debida por los guardadores. La *ubérrima bona fides* que sería precisa para satisfacer las exigencias santificantes de la norma no marca la frontera de la responsabilidad civil por el ejercicio del cargo fiduciario de guardador o curador; un apoyador de esta clase, sacrificado y sin remuneración, será por lo común un estrecho pariente del discapacitado al que no se le pueda exigir una diligencia más alta que la que pone en sus propios asuntos. En cualquier caso, se trata de un cometido a resolver en el análisis jurídico de la relación interna fiduciaria, no en el contrato de tráfico, salvo dolo del contratante.

## **V. LOS CONTRATOS**

### **1. Contratos bilaterales sinalagmáticos**

El art. 1302 CC se refiere a la nulidad de los "contratos" en general. Es verdad que el tipo de frecuencia en la regulación legal es el contrato (consensual) con prestaciones recíprocas o contratos coligados con causa onerosa única. Sólo a ellos se aplica la regla general del art. 1303 y sólo a ellos se puede aplicar la solución restitutoria especial del art. 1304<sup>42</sup>. Por lo común, estos contratos bilaterales estarán ejecutados cuando se inste la nulidad, de forma que entonces se plantee el problema de la "restitución". Pero el art. 1302 CC no exige tal cosa, y cabe pedir en abstracto la nulidad de contratos no consumados, sin acumular pretensión restitutoria. Lo que será natural cuando el contrato bilateral no contenga promesas de prestaciones susceptibles de tradición o de restitución (vgr, muchas transacciones, un pacto de posesión de rango, un pacto de solidaridad pasiva, obligaciones negativas, etc).

### **2. Contratos con desistimiento ad nutum o por justa causa**

Si no hay consumación, o, habiéndola, el actor no pretende una restitución con efectos retroactivos, y el contrato es por tiempo indefinido, bastará el ejercicio de la facultad de desistir, para cuyo ejercicio los arts. 1301/1302 son inaplicables. Igualmente, cuando una norma cualquiera, o el contrato mismo, atribuya a las partes (o al menos al legitimado discapacitado) un poder de desistimiento del contrato, *ad nutum* o por justa causa.

### **3. Contratos con obligaciones de una parte**

Los contratos "unilaterales" podrán ser consensuales o reales. En su tipo puro, sólo una parte está obligada a resultas del contrato. Imaginemos un préstamo con o sin interés, un comodato, un mandato, un contrato constitutivo de una garantía real o personal. Si el discapacitado es el acreedor, no necesitará ordinariamente acudir a la acción de nulidad, pudiendo revocar o desistir, o reclamar la pérdida del beneficio del

---

<sup>42</sup> La partición hereditaria convencional puede considerarse un contrato de esta especie.

plazo, etc. Estos actos, y sus consecuencias regulatorias, están fuera del ámbito de aplicación de los arts. 1301/1302, a los que no se deberá acudir salvo que otra forma de ineficacia sobrevenida sea más gravosa para el legitimado. El “desistimiento” del contrato no es a su vez un contrato que pueda ser anulado por los arts. 1301/1302. Tampoco la revocación del mandato (o poder preventivo u otro apoyo voluntario) es contrato a los efectos del art. 1301, y constituye remedio extintivo autónomo que tampoco cursa por esta norma. Si el discapacitado es el deudor de restitución, de ordinario no producirá fruto una demanda de anulación por su parte. Así, el mandatario discapacitado puede desistir por el art. 1736 CC, y el depositario discapacitado tiene un “justo motivo” con idéntico fin (art. 1776 CC); el acreedor pignoraticio puede devolver en cualquier momento la prenda. El prestatario que anula el contrato crediticio está sujeto a la devolución de lo recibido y su posición no mejora por el hecho de que a tal efecto haya reclamado la declaración de nulidad. Acciones anulatorias requerirán, empero, de manera necesaria, el deudor pignorante/hipotecante y el discapacitado que se constituye como fiador, salvo que contractualmente tengan reconocido un derecho de desistimiento al menos por justa causa. El discapacitado que ha contraído una deuda que (por ejemplo) su curador afianza, no tiene acción del art. 1301 para anular la fianza cuando el curador hiciese valer la acción de regreso, porque el deudor no habría sido parte en el contrato de fianza (no se aplica tampoco el art. 1824 II CC).

#### **4. Garantías onerosas prestadas por el discapacitado**

El discapacitado que pignora o hipoteca a cambio de concesión de crédito o que afianza por una retribución o por la concesión del crédito en la relación subyacente, estará sujeto a restitución cuando ejercite la acción del art. 1302. Esta acción no es siempre la “restitución” de los arts. 1303 y 1304 – porque el crédito con garantía constituye un coligamiento sinalagmático de dos contratos-, pero tiene que ser practicada en los términos de los arts. 1303 y 1308 CC si el actor quiere librarse de la obligación. Especialmente, si la contraprestación es la concesión del crédito, el actor de nulidad tendrá que pagar “restitutoriamente” este crédito, ya sea propio o ajeno, sin que el art. 1304 afecte a este extremo<sup>43</sup>. Esta “onerosidad compleja” deberá ser tratada en iguales términos que la onerosidad simple de los arts. 1303 y 1304.

#### **5. Deudas contractuales de responsabilidad**

Pueden producirse en toda clase de relación contractual, y no hay una regla definida. El actor de nulidad de los arts. 1301/1302 CC no está sujeto a compensación por culpa *in contrahendo*, pero nada impide que deba compensación por deuda nacida en la ejecución del contrato. El discapacitado depositario o comodatario o arrendatario o vendedor está sujeto a las responsabilidades ordinarias por incumplimiento, que no podrán ser neutralizadas por el ejercicio de acciones de nulidad (no se puede pedir la nulidad de la responsabilidad) y son independientes de aquélla. El discapacitado que es deudor de indemnidad por los gastos legítimos

---

<sup>43</sup> Cfr. el supuesto y fallo de la SJPI 4 de Sueca, 30/2022, de 15 de marzo, en la que se acepta la nulidad de la hipoteca, pero no se impone restitución del capital, porque parece que no se había reconvenido al respecto.

hechos por la contraparte (*actio contraria* frente al mandante, depositante, comodante, etc) es deudor de tales gastos con independencia de si ejercita una acción del art. 1301, y no importa si ha adquirido su posición contractual sin contar con los apoyos precisos. En Derecho español no se ha recibido la regla de Derecho romano<sup>44</sup> según la cual los menores y furiosos sólo *respondían contractualmente en el límite de su enriquecimiento*<sup>45</sup>.

## 6. Actos unilaterales

Los poderes otorgados por discapacitado no pueden ser objeto de una acción de nulidad, pero sí revocados, en términos ordinarios. Las "autorizaciones" y los "consentimientos" no contractuales, que legitiman una intervención por tercero en un ámbito indisponible de la persona discapacitada, pueden ser retirados o revocados, como es el caso si afectan a derechos de la personalidad regulados en las leyes 1/1982 (honor, intimidad, propia imagen), 3/2021 (eutanasia), 1/2006 (voluntades anticipadas), 41/2002 (consentimiento informado), 14/2006 (reproducción asistida), ninguna de las cuales, por cierto, ha sido adecuada a la nueva estructura de la discapacidad<sup>46</sup>; al menos mientras tales consentimientos unilaterales no hayan sido concedidos por precio, en cuyo caso seguramente habrán de cursar como contratos, sujetos a los arts. 1301/1302. La autorización para el tratamiento de datos puede ser revocada siempre, sin ejercicio ni declaración extrajudicial de nulidad, aunque los datos se hayan suministrado como "contraprestación" en un contrato oneroso de prestación de servicios digitales [arts. 59.4, 114, 119 ter 2 y 119 ter 5 b) LGDCU]. Los efectos que produzca la revocación de la "autorización" de negocios ajenos por el discapacitado no se proyectan en el contrato subsiguiente a manera de los arts. 1301/1302, porque el contrato autorizado por un discapacitado no es un contrato celebrado por discapacitado. Si se asume responsabilidad derivada de la *praepositio* de un legitimado aparente para actuar en nombre del preponente<sup>47</sup>, se responde de los actos negociales de aquél, conforme al modelo de la clásica acción *institoria*, aunque el preponente fuera un discapacitado, y la hipótesis vuelve a escapar a los arts. 1301/1302 CC<sup>48</sup>. La *aceptación de la herencia* podrá considerarse por asimilación "contrato" a los efectos del art. 1301 / 1302 CC, como ha declarado a efectos de la anulación por error la STS 142/2021, de 25 marzo. El *voto societario* o *comunitario* no podrá ser anulado por el régimen del art. 1301.4º (ni por ningún otro), ni tampoco "confirmado" por el art. 1311; ni el discapacitado podrá impugnar el acuerdo social o comunitario conforme a las reglas de la anulabilidad civil, aunque su voto hubiera sido decisivo para la formación de la mayoría. No serán objeto de acción anulatoria actos unilaterales como la opción por

<sup>44</sup> Por ejemplo, Dig. 13, 3, 10; 13, 6, 3 pr; 16, 1, 8, 15; 16, 3, 1, 15.

<sup>45</sup> El art. 1765 CC (antes de la reforma) era un caso aislado, y no exactamente una norma de responsabilidad, sino de restitución.

<sup>46</sup> No me ocuparé de este asunto aquí. Por todos, GONZÁLEZ CARRASCO, *La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad*, Derecho Privado y Constitución, 2021, n. 39, 213-247 y FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *El ejercicio de la capacidad jurídica*, 53 sigts.

<sup>47</sup> Hipótesis más amplia que el clásico "factor notorio" del CCom.

<sup>48</sup> ULPiano mantenía contrariamente que el pupilo sólo se obligaba por la *institoria* si la *praepositio* se hizo con autorización del tutor (Dig. 14, 3, 9).

la nacionalidad española (art. 20.2 CC) ni los reconocimientos y consentimientos relativos a una filiación (arts. 121, 123 CC).

## **7. Actos a título gratuito**

No existe regla general de anulabilidad para contratos o actos de disposición realizado sin contraprestación por la persona protegida por las reglas de los arts. 1301/1302 CC. Si son negocios sin eficacia traditoria (así, depósito, comodato, mandato), seguramente se podrán deshacer mediante actos de desistimiento por justa causa, sin necesidad de articular una demanda de nulidad. Pero hay liberalidades traditorias (la donación, que da nombre al género todo) y otras no traditorias que no están amparados en reglas de desistimiento (vgr, novación para agravar la responsabilidad del deudor, afianzamiento sin correspectivo y sin contextualidad con el crédito concedido, asunción deuditoria, aceptación de título cambiario, etc). En mi opinión, las liberalidades puras concedidas por un discapacitado que debiera haber estado sujeto a una curatela representativa deben ser anuladas sin más, por falta de ánimo liberal verdadero, motivo éste de nulidad radical (por falta de causa) que sin embargo cursará por la regla de anulabilidad. Y los acuerdos insertos en esquemas bilaterales, pero que no estén cubiertos por la causa bilateral (vgr. una novación agravatoria, sin contraprestación nueva, de la posición del deudor) son igualmente nulos por falta de causa onerosa: debiendo haber estado cubiertos por la causa onerosa a que se refiere el art. 1273, sin embargo, han sido constituidos como obligatorios sin esta causa onerosa.

## **VI. DISCAPACITADOS**

### **1. En general**

*Discapacidad* no es un término homogéneamente definido en el sistema legal (cfr. DA 4ª CC par. I). A los efectos civiles ni siquiera se contiene una remisión al concepto definido en el art. 2 de la Ley 41/2003 ni al parecido concepto de *dependencia* del art. 2.2 Ley 39/2006<sup>49</sup>. Sin duda parece adecuado considerar que la discapacidad del CC es una carencia ("deficiencia permanente") que está determinada por la menor o mayor capacidad para desempeñar "actividades de la vida diaria", en el sentido del Anexo I del RD 1971/1999, pero extraña la ausencia de referencia expresa a esta norma en la DA 4ª (reformada) del CC. Pero como el legislador ideologizado no ha querido utilizar la locución "deficiencia"<sup>50</sup>, al final acaba *valiendo civilmente un concepto tautológico del término a definir*. El discapacitado necesita apoyos, esta es la primera regla del sistema. ¿Pero quién es discapacitado?: *el sujeto que necesita apoyos*. (DA 4ª CC par. II). La referencia circular se escapa de las categorías de Derecho público, porque en este no se caracterizan las discapacidades ni minusvalías en función de la necesidad e intensidad de los apoyos precisos. La discapacidad civil

---

<sup>49</sup> La definición retórica del art. 1 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad es inservible a efectos jurídico-civiles.

<sup>50</sup> El Código francés habla de "santé d'esprit", como estándar de un consentimiento contractual válido (arts. 414-1, 1129). No es una expresión muy feliz, que dejaría casi a todos los humanos en la condición de incapaces de contratar.

es *flatus vocis*, porque se define circularmente: el sujeto se define por el predicado y el predicado por el sujeto. Todo vale si con ello eliminamos la "carencia" psicofísica como punto de partida, porque nos remite al terreno de la enfermedad, de la minusvalía y de la curación. El sujeto que necesita apoyos es la persona que necesita apoyos. El sistema de gestión de riesgos de la intercomunicación interpersonal (Derecho civil) se encuentra desde el inicio ante el inconveniente serio de no ofrecer sistemas de señalización anticipada de quiénes son los sujetos concernidos por la nueva norma. Los Registros públicos no proveen a los operadores con una ficha personal del resto de los operadores, que pueda ser depurada con la adecuada *Due Diligence*. Más aún, la necesidad de apoyos es algo que puede revelarse sólo retrospectivamente, una vez que la actuación de tráfico ha tenido lugar, y no antes, porque antes no tuvo el individuo una oportunidad de ponerse a prueba. La delimitación del supuesto de hecho subjetivo de la norma no puede ser realizada mediante la inversión de costes *ex ante* de averiguación y puede darse el caso de que la cualidad subjetiva relevante (discapacidad) sólo se pueda revelar después o durante una actuación interpersonal de tráfico jurídico oneroso: *ahora es cuando todos sabemos que esta persona requería de apoyos*. Pero entonces ya está producida la inversión en costes de confianza de tráfico.

## 2. Discapacidad para el tráfico negocial

La discapacidad a los efectos de los arts. 1301/1302 CC no es cualquier clase de deficiencia permanente (ni siquiera severa) que afecte negativamente a la realización de actividades de la vida diaria. A efectos negociales sólo son significativas aquellas discapacidades cognitivas o conductuales no transitorias que *afecten negativamente a la posibilidad de emitir un consentimiento contractual de nivel estándar*<sup>51</sup>. No importa si se trata de patologías congénitas a la persona o se causan sobrevenidamente por un accidente que produce la restricción cognitiva severa (por ejemplo, una tetraparesia espástica producida por un accidente de circulación). En el art. 1301 no importa si se trata de enfermedad mental, de lesión cerebral o debilidad mental, en tanto sean permanentes o recurrentes. Los únicos *apoyos* a efectos de determinar la causa de anulación del art. 1301.4º CC son los apoyos que tienen por objeto el complemento o la sustitución de la emisión de un consentimiento contractual<sup>52</sup>. Los apoyos asistenciales, los apoyos de beneficiencia, los apoyos terapéuticos, los apoyos de movilidad, los apoyos de autonomía, los apoyos de socialización, los apoyos de soporte o complemento para realizar actividades de la vida ordinaria, los apoyos provisionales del art. 253 CC, los apoyos universales o de diseño<sup>53</sup>, o cualquier otra clase de apoyos distintos de los mencionados (por ejemplo, el apoyo de limpieza periódica establecido por la sentencia *Diógenes*), no tienen ninguna relevancia negocial<sup>54</sup>, sin perjuicio de que puedan o no producir otros efectos en el ámbito de la relación fiduciaria entre el discapacitado y el prestador de apoyos.

<sup>51</sup> El nivel de consentimiento estándar es el que ordinariamente hay, el promedio, con sus restricciones y sus sesgos. No puede aspirarse a un modelo místico de "autodeterminación de la voluntad", como postula el parágrafo 104 del BGB alemán, que sólo para un buda sería accesible. Más modesto el art. 424 Code francés: "empêcher l'expression de sa volonté", pero también más imperfecto, porque supone, gratuitamente, que se tiene semejante voluntad que expresar.

<sup>52</sup> Sustancialmente igual, ALVAREZ LATA, *Comentario CC Bercovitz*, 5ª edic., 472.

<sup>53</sup> Vgr. disposiciones técnicas para garantizar la accesibilidad de discapacitados.

<sup>54</sup> Ni jurídico privada, en general.

Después explicaré que no es ésta la única restricción que debemos realizar para precisar cuáles apoyos son aquellos cuya no actuación causa la anulabilidad del negocio.

### **3. Taxonomía ilustrativa de discapacidades relevantes para el tráfico jurídico negocial**

Lo que sigue es una aproximación, como no podría ser de otra manera cuando un jurista es llamado a precisar el fundamento o alcance de las patologías cognitivas o conductuales de las personas<sup>55</sup>. En principio, la necesidad de curatela o defensa (representativa) para negociar contratos sería lo procedente en trastornos graves como la esquizofrenia, el trastorno bipolar (maníaco o depresivo), el trastorno límite de la personalidad grave, trastornos del neurodesarrollo (discapacidad intelectual, retraso mental), las demencias y otros trastornos psicoorgánicos (Alzheimer), el autismo severo<sup>56</sup>, algunos trastornos del control de los impulsos, como la ludopatía, o trastornos adictivos de tipo alcohol, estimulantes, u otras sustancias, pero no los trastornos de la conducta alimentaria, la ansiedad, las fobias, depresiones leves, síntomas somáticos, disfunciones sexuales, narcisismo, síndromes. En todo caso, la necesidad de apoyo no lo marcaría la etiqueta diagnóstica, sino el grado de severidad, cronicidad y en definitiva de afectación cognitiva y motivacional del trastorno. Porque actualmente, muchos de estos trastornos están bien estabilizados con el tratamiento y algunos se dan en grado leve, y tienen sus funciones conservadas. El problema se hace complicado porque suelen manifestarse trastornos episódicos, de manera que, aunque las personas gocen de capacidad ordinaria durante tiempo, pueden sufrir una crisis de descompensación y en ese momento necesitarían curatela (defensor judicial, propiamente). Muchas de estas descompensaciones proceden del abandono prematuro del tratamiento. Se duda entonces si deben tener un apoyo curatelar o cuasi curatelar para el cumplimiento correcto del tratamiento. En resumen, los trastornados graves mencionados, en fase activa o en situación cronificada, afectan a la integridad psíquica necesaria para la celebración de contratos. Los estabilizados o leves no afectan, pero pueden actuar en una crisis. Es complicado resolver con fórmulas simples si los trastornos conductuales cruzan o pueden cruzar la frontera de la discapacidad cognitiva, relevante civilmente. La cuestión no tiene una respuesta científica ni marcadores biológicos. Existen pruebas neuropsicológicas que miden lo que se llaman funciones ejecutivas, pero no tienen una puntuación de corte. El criterio más aceptado es el de la persistencia en conductas desadaptativas y/o autolesivas (firmar contratos perjudiciales para uno mismo), bajo la influencia de impulsos emocionales intensos (ira, venganza, fascinación, idealización, desesperación). Estas conductas pasionales contraevolutivas (de no supervivencia) obligan a pensar que existe un déficit de elaboración cognitiva o de inteligencia emocional. El modelo sería similar al de la actuación bajo el efecto de drogas, considerando la inundación emocional (ahora denominada desregulación

---

<sup>55</sup> Debo las elucidaciones que siguen a la enseñanza de mi hermano JOSÉ LUIS, catedrático de psiquiatría y experto perito en juicios civiles de incapacitaciones y discapacidades. Las imprecisiones o errores de descripción que en el texto se hayan podido cometer son falta mía.

<sup>56</sup> El trastorno autista necesitaría una curatela. Estaría comprendido entre los trastornos del neurodesarrollo, con gran afectación funcional, y una disfunción interpersonal grave, con ingenuidad social e inadecuación que les repercute muy significativamente en su capacidad para establecer contratos.

emocional), como la causa de conductas con una deficitaria elaboración cognitiva previa.

## VII. APOYOS

### 1. Propuesta

Cuando – y sólo entonces- el discapacitado ha contratado prescindiendo de las medidas de apoyo “previstas” (art. 1301.4º) o “provistas” (art. 1302. 3), siempre que fueren “precisas”, se produce el supuesto de hecho de la anulabilidad del contrato. Nuestra propuesta es que estas normas sólo contemplan como relevantes las medidas judiciales de apoyo que instauraran (i) una curatela de simple asentimiento, (ii) una curatela representativa o (iii) un defensor judicial con funciones representativas no duraderas<sup>57</sup>. Cuando por brevedad nos refiramos a la “curatela representativa”, deberá entenderse, *ceteris paribus*, que comprendemos estos tres apoyos de prestación de consentimiento. El resto de las medidas de apoyo son irrelevantes a efectos de eficacia contractual<sup>58</sup>. Por la misma razón, sólo este curador está legitimado para impugnar en los términos del art. 1302.3 II. Esta propuesta no tendría apenas ningún espacio de efectividad si se mantiene, como aquí se hará, que no hay espacio de legitimación anulatoria si la contraparte no hubiera procedido con dolo, y que el dolo de la contraparte no puede perjudicar al discapacitado, con independencias de las condiciones legales de legitimación para la anulabilidad. Pero la reducción propuesta tendrá mucho más amplio alcance para quien sostenga que la buena fe de la contraparte no sana la anulabilidad del art. 1302.3 I, porque entonces urge la necesidad de encontrar una restricción al alcance de la anulabilidad, restricción que se opera mediante la reducción de las medidas de apoyo de los arts. 1301 y 1302 a la curatela/defensor representativos y a la curatela para prestación de asentimientos negociales.

### 2. Las medidas de apoyo legales

Descontando las “medidas de apoyo” que pueda autodeterminar para su persona el discapacitado o futuro discapacitado, las *medidas de apoyo* (no *instituciones de guarda*) que contempla la ley son el guardador de hecho y la curatela; en un lugar secundario se encuentra el defensor judicial del menor. Los confines respectivos y los tránsitos entre unas y otras medidas de apoyo son fluidos, porque, como bien prueban los arts. 42 bis a) a 42 bis c) LJV, se trata de una especie de deliberación colectiva de la que debe salir, en lo posible, un traje hecho a medida de cada persona discapacitada. Sólo las medidas de apoyo “formales” (constituidas por el juez) constan en el RC (arts. 300 CC; 4.11º y 72.1 LRC), aunque es cierto que es un dato con publicidad restringida al que no pueden acceder terceros [arts. 83.1.b) y 84 LRC],

---

<sup>57</sup> El defensor judicial puede desempeñar funciones de representación negocial ocasional, y no limitarse a oficiar como gestor de los conflictos de intereses (cfr. arts. 250 VI, 283 I, 295.5º CC; 56.1 y 63 Ley Notariado).

<sup>58</sup> Contra, GARCÍA RUBIO, *Comentario*, 657, 658, 659.

], y que en ocasiones ni llegarán siquiera a otros Registros públicos relevantes (cfr. art. 755 LEC).

### 3. Inoponibilidad de medidas voluntarias de apoyo

La inactuación de las correspondientes instituciones de apoyo constituidas voluntariamente por el afectado no produce tampoco la consecuencia de ineficacia establecida en el art. 1301. 4ª. Repárese en los art. 257 y 259 CC. Observemos que el tercero no tiene ni idea, ni siquiera con el acta notarial referida en la norma<sup>59</sup>, cuándo ha tenido lugar el supuesto de hecho que dispara la vigencia de un poder preventivo, ni el paso de un apoderamiento simple a una medida de apoyo, ni de cuándo cesa de hecho o de derecho el apoyo, que el discapacitado puede revocar por el simple expediente de contratar en nombre propio<sup>60</sup>, ni si se trata de un apoyo para representar o un apoyo simplemente para asentir al discapacitado. Tampoco tendrá certera idea de la extensión de este apoderamiento (art 258 III). Todavía más, no está descartado que el art. 255 CC permita que las medidas voluntarias notariales de apoyo puedan ser otorgadas por un sujeto realmente incapaz de consentir<sup>61</sup>. O que se trate de medidas de apoyo acordadas contractualmente sin soporte en documento notarial (lo que el art. 262 denomina mandato sin poder, que puede ser oneroso). Por mucho que el legislador reconduzca el apoderamiento general a una curatela judicial (art. 259), el nombramiento de este apoyo, basado en consideraciones individuales del otorgante, no afecta a su capacidad ni a su legitimación para proceder a espaldas del supuesto curador, o revocar el mismo poder preventivo o substitutivo, acaso contando para ello con el "apoyo" de una guarda de hecho<sup>62</sup>. Para densificar más la complejidad de la información que deberían obtener los terceros, advertimos que cabe una curatela representativa (o no) con subsistencia de poderes preventivos previos e incluso con subsistencia de guarda de hecho (art. 258). Y caben poderes ordinarios que no se extinguen por la aparición de una necesidad de apoyo y poderes preventivos que no excluyen otras medidas de apoyo. En fin, un mundo tan denso e inextricable que será prudente limitar sus efectos expansivos a las fronteras de la relación fiduciaria, sin afectar al contrato con tercero. Porque sólo es el seno de la relación fiduciaria puede adquirirse y gestionarse la información precisa para actuar

### 4. Numerus apertus de apoyos

Ya en este momento se revela otra incongruencia del nuevo régimen. Dejando de lado las medidas voluntarias, "las medidas de apoyo son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial" (art. 250 I). Si prescindimos ahora del defensor judicial y descontamos que la guarda de hecho no puede ser una medida judicialmente establecida, precisamente porque es de hecho, sólo nos queda en reserva la curatela. La curatela será pues la clase y nombre de todas las medidas judiciales imaginables de carácter duradero (art. 250 V), que, desde luego, no se reducen a un *numerus clausus* como demuestra la sentencia *Diógenes*, que instituyó una curatela pública

<sup>59</sup> Acta absurda, porque, por definición, se limita a recoger las declaraciones de un perito, sin que éstas ni su documentación notarial tengan tampoco más valor en derecho.

<sup>60</sup> Cfr. RIBOT IGUALADA, *Comentarios Guilarte*, 592.

<sup>61</sup> Así lo estima SALAS MURILLO, *Comentarios CC Bercovitz*, 481, con cuya opinión discrepo, sin que tenga relevancia lo que hayan podido decir los relatores "oficiales" del Convenio de NNUU.

<sup>62</sup> Cfr. SALAS MURILLO, 487.

con función de limpieza de hogar. Pero tal función de cierre universal de la curatela parece desmentida por el art. 269 CC, que presupone la existencia de una lista abierta de medidas de apoyo judiciales que no confieren facultad de representación ("cuando no haya otra medida de apoyo suficiente") y que tampoco son manifestaciones de curatela. Pero la curatela es un sistema de provisión y de ejercicio complejo, sin que, por demás, la *carga de cuidado* sea legalmente más intensa en el curador que en el guardador de hecho. ¿Es la curatela el sistema necesariamente residual, porque de hecho no se regula ninguna otra medida de apoyo que se provea en la LJV? No necesariamente. A pesar del enorme barullo mental del legislador sobre el sistema y rango de las medidas de apoyo, el juez no sólo puede proveer de una medida de apoyo *voluntaria* (art. 255 CC) sino que podría *institucionalizar al guardador de hecho como guardador de derecho* que no sea necesariamente un curador, lo que tiene su importancia para el guardador, pero no tiene que afectar al discapacitado, porque el *contenido de cuidado* no es necesariamente distinto en una y otra figura, ni, por ende, la *cantidad de protección dispensada* al discapacitado. Al institucionalizar la figura, la guarda de hecho pasaría a ser ya una "medida de apoyo establecida". Cuando la guarda de hecho no sea "suficiente" (sic, art. 269 CC) se constituirá judicialmente la curatela, que, por principio, tampoco atribuye funciones representativas al curador (art. 269). ¿Pero por qué no iba a ser "suficiente" la guarda de hecho institucionalizada, si se la puede colmar con las competencias de apoyo que el juez estime adecuadas, incluso funciones representativas sin que sea preciso para ello saltar a la curatela (art. 264 I CC)? Si se puede institucionalizar de alguna manera la figura del guardador para conferirle funciones representativas ¿por qué no se le puede institucionalizar también para investirle de potestades diversas que no sean representativas y que serían propias de un curador?

## **5. El guardador de hecho**

Si la persona física *dispone de facto* de un "guardador de hecho", éste *prestará al discapacitado los apoyos necesarios* para que aquél pueda "desarrollar plenamente su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad" (art. 249 CC). Para ello atenderá a los "deseos y preferencias" (no al "interés superior") del discapacitado, procurando que éste "pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones". La guarda de hecho no está investida por regla de funciones representativas (art. 264 I), salvo para los negocios menudos del discapacitado (art. 264 III). El guardador no es representante legal del discapacitado. Obsérvese que la guarda de hecho no es una medida respecto de cuya provisión el juez decida, como se aprecia claramente en el art. 52 LJV, a diferencia de la curatela. El juez no nombra al guardador de hecho [la guarda de hecho sólo existe si "se viene ejerciendo", art. 263], no lo inviste de funciones ni lo sustituye por otro, ni en general proveerá a suprimir la guarda de hecho para sustituirla por un régimen estable de curatela; si no es estrictamente necesario, no se instituirá la curatela, ni siquiera por el hecho de la situación de discapacidad se presuma estable [cfr. arts. 250 IV, 259, 269 CC; 42 bis a) y 52.2 LJV] ni por la necesidad de instituir un apoyo con funciones representativas (arts. 264 I, 265). Cuando el art. 249 IV se refiere de modo apocalíptico al fracaso del guardador de hecho "pese a haberse hecho un esfuerzo considerable", no se está denunciando con ello una insuficiencia de la medida de la

guarda, sino una necesidad de pasar a una guarda/curatela representativa más continuada. Se puede decir todavía más. La guarda de hecho se *impone* frente a las medidas institucionales de apoyo (incluso la curatela representativa) si éstas resultan en la práctica *ineficaces* (arts. 250 IV y 263 CC), lo que no dejará de tener influencia en el régimen general de validez o nulidad contractual, pues ¿qué importa que se haya prescindido del curador representativo si su ministerio estaba resultando ineficaz para el fin preordenado por la ley? Expuesto este escenario, se comprende cómo la no actuación o la actuación insuficiente del guardador de hecho no puede tener relevancia en la efectividad del contrato. Nadie ajeno al núcleo relacional más estrecho de otra persona sabe quién es guardador de hecho de quién, ni cuántos guardadores de hecho tiene una persona, ni si se ejerce la guarda de hecho con una u otra intensidad, ni si existe, y cómo, una guarda de hecho “solapada” sobre un poder preventivo o sobre una tutela no representativa. Por mucho que se quiera, el Notario no puede dar fe suficiente ni de la existencia ni del modo de actuación prescrito de quien se presenta como guardador de hecho de otra persona.

## **6. El guardador como gestor de negocios ajenos sin poder**

El despistado legislador ha dejado de advertir que en la praxis ordinaria (y no sólo en la de los negocios “menudos”) el guardador de hecho no actuará con el perfil de apoyador que le confiere la ley, sino como *gestor en nombre ajeno de negocios del discapacitado sin estar investido formalmente de funciones de representación*, en los términos del art. 1888 CC, con la correspondiente cláusula de cierre (que *aquí* actuaría como un cierre de validez negocial) del art. 1893 CC: *todo está bien si el negocio le fue de utilidad al discapacitado, si el discapacitado ha aprovechado las ventajas de la gestión*. De lo cual resulta una consecuencia implícita. Cuando el guardador actúe en nombre ajeno fuera del sistema de apoyos establecidos (curatela), la validez o ineficacia de su actuación respecto del discapacitado no dependerá de la aplicación de las reglas generales que ya hemos expuesto, sino del juego del art. 1259 CC. El guardador que actúa funciones representativas sin tenerlas celebra un contrato que es ineficaz, al margen de las previsiones de los arts. 1302 y 1304 CC, si el discapacitado no ha obtenido ventajas de la gestión. La obtención de ventajas no es medida de la restitución, como en el art. 1304 CC, sino parámetro mismo de validez. Y, a diferencia de lo que se prevé nuevamente en los arts. 1163, 1302 y 1304, al cocontratante no le sirve haber procedido sin dolo. Lo que hace una diferencia bien bizarra e infundada entre situaciones no claramente diferenciadas. Por lo menos habrá que aceptarse que para los negocios menudos del art. 264 III y arts. 287.3º, 287.7º, 1811 CC sea el mismo el resultado cuando el guardador se limita a “apoyar” y cuando directamente celebra el negocio para el discapacitado.

## **7. Legitimación de apoyo y legitimación contractual**

La circunstancia de que una guarda de hecho “suficiente” inhiba que el órgano judicial dicte otras medidas de apoyo (art. 255, final) no quiere decir que la contraparte tenga que resignarse a contratar con ese solo apoyo, y podrá, además de negarse a contratar, exigir la concurrencia de un curador oficialmente dotado de poderes de

representación<sup>63</sup>. Por la misma razón, el poder preventivo o las medidas de guarda voluntarias no pueden ser opuestos a la contraparte, si éste no quiere. Por eso, la "excepcionalidad" de la guarda representativa a que se refiere el art. 264 I sólo tiene significado en la relación fiduciaria entre sujeto y destinatario del apoyo, pero no frente al cocontratante, que puede no aceptar más guardador que el dotado de representación judicial. Salvo que el prestador de apoyo se obligue autónomamente en su propio nombre o garantice (sin regreso contra el discapacitado) frente a la eventual contingencia de ineficacia contractual.

## VIII. "CUANDO FUERAN PRECISAS"

### 1. Dos interpretaciones

La legitimación activa del discapacitado requiere que se hayan omitido las medidas de apoyo establecidas, "cuando fueran precisas" (arts. 1301.4º, 1302.3). Dos interpretaciones caben de este inciso. O bien se considera la "precisión" en abstracto, y se analiza sólo si se da el supuesto de hecho de la medida, que, ya por serlo, será "precisa", lo que acaba redundando con el propio concepto de haber sido "establecidas" (se establecen por ser precisas y son precisas porque se establecen), o se practica adicionalmente un test circunstanciado, de forma que una medida de apoyo establecida como "precisa" en abstracto pueda no revelarse precisa en consideración a las circunstancias del caso. Esta segunda es la interpretación procedente, tanto por seguridad del tráfico (recuérdese que el extraño no tiene de acceso a datos registrales) como por la prevalencia del principio de autonomía personal. Y veremos a continuación que es preferible atribuir al término un valor propio, porque con ello se consiguen resultados interpretativos razonables.

### 2. Aplicaciones

¿Y cuándo no es "precisa" en el caso una determinada medida? La respuesta no es dudosa: cuando la actuación del apoyo no hubiera conducido a resultados distintos a los alcanzados sin el apoyo. Esto es, que el contrato se hubiera celebrado igual y que se hubiera celebrado en condiciones parecidas. Especialmente esto ocurre cuando con la contratación en cuestión el discapacitado haya adquirido y pagado bienes y servicios necesarios, de forma que se enriquecería sin causa si se permitiese que estas prestaciones fueran retenidas sin causa, ya que hubieran debido ser hechas aunque la contratación no hubiera sido patológica. Esta interpretación, empero, absorbe a primera vista una parte del supuesto de hecho del art. 1304, según el cual, parece, no es causa de sanación del contrato el simple hecho de que la contratación haya tenido como objeto bienes o servicios para los que el discapacitado hubiera tenido que dispensar en todo caso un gasto. Trataré del problema luego. Tampoco

---

<sup>63</sup> VERDA Y BEAMONTE escribe "En la práctica, surgen dificultades con las entidades de crédito, que son reuentes a permitir que el guardador de hecho pueda retirar fondos de una cuenta bancaria de la que sea titular la persona con discapacidad. Para constatar que se es guardador de hecho, es posible acudir a un acta de notoriedad y, en los casos de negativa infundada, cabrá instar un auto de declaración de la condición de guardador de hecho frente a la entidad bancaria a través de un proceso de jurisdicción voluntaria" (*Primeras resoluciones judiciales*, 9). Pero yo no creo que la entidad bancaria esté obligada por este auto, fuera del supuesto del art. 264 III.

es "preciso" el apoyo en una clásica hipótesis planteada por JULIANO y que pasó luego al Código alemán como regla especial en la contratación por incapaces: si te doné para que pagaras la deuda que tú no pudiste haber contraído *ratione tuae personae*<sup>64</sup>, y pagaste en efecto esta deuda, el dinero pasa directamente al acreedor, y ninguna parte dispone de restitución (Dig. 14, 6, 9, 1). El viejo tema de la contratación en "intervalo lúcido" queda también resuelto merced a la exigencia de que la medida de apoyo fuera precisa en la circunstancia singular.

### 3. La lesión

Se trata de una cuestión clásica la de si la anulabilidad del contrato requiere o no que se haya producido lesión en la parte cuyos intereses tutela la norma de anulabilidad. Para el supuesto del discapacitado, la lesión es condición de legitimación. Si no hay lesión, la acción se paraliza por *exceptio doli*. Una contratación patológica (de la clase de las listadas en el art. 1301 CC) que no ha producido lesión es una contratación en que la patología fundamentadora no ha llegado a actuar, porque una especie de conducta lícita alternativa a la patológica no habría conducido a un resultado distinto del producido con el contrato. Entonces, la medida de apoyo se revela ex post como no siendo "precisa", porque el resultado no patológico que se hubiera producido de haber sido actuada aquella medida no sería distinto del resultado al que se ha llegado por medio de la contratación patológica del art. 1301.4º. Claro que esta tesis puede conducir a un solapamiento con el art. 1291.1, convirtiendo, por así decirlo, una acción de anulación en una rescisoria por daño. Con todo, bien entendido el asunto, no hay solapamiento, porque el supuesto de hecho del art. 1291.1 es distinto del art. 1301.4. La exigencia de una lesión es presupuesto incluso de la acción de nulidad que se inste contra un codemandado que hubiera procedido con dolo, porque sin lesión no existe imputación subjetiva del resultado al dolo.

## IX. LA CONDUCTA DOLOSA DE LA CONTRAPARTE

### 1. El límite es el dolo

Aunque no se hace mención de ello en el nuevo articulado, la clave de bóveda del sistema es que *nadie puede prevalerse con dolo de la discapacidad fáctica ajena si con ello se produce una lesión*, con independencia de si existen o si funcionan las medidas de apoyo disponibles o si la patología procede del contrato con tercero o de la relación fiduciaria entre el discapacitado y la persona de apoyo. Un postulado de esta clase no tendría siquiera que formularse en Derecho. No nos estamos refiriendo al dolo *in contrahendo* suficientemente caracterizado en el art. 1269 CC, ni a ningún *ersatz* del dolo, de los que abundantemente se postulan hoy día en recopilaciones legales de última hora<sup>65</sup> y en digestos de soft law (ventajismo, influencia indebida, aprovechamiento injusto y otros tópicos<sup>66</sup>). Se trata simplemente de que "la ley no

<sup>64</sup> Porque la prohibía el SC Macedoniano, por ejemplo.

<sup>65</sup> Art. 1143 Code francés, un ejemplo entre varios: "ventaja manifiestamente excesiva", que, en puridad, no es lo mismo que una ventaja injusta. En fin, usura, sin ir más lejos.

<sup>66</sup> Cfr. GOMEZ CALLE, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, 2018; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Cap. 9/21.

ampara el abuso de derecho" (art. 7.2 CC), incluso el abuso del derecho a entrar en una contratación. La sanción a la conducta abusiva podrá ser un modo de anulabilidad construido por analogía a imagen del nicho del art. 1301.2º CC, analogía que consienten los términos abiertos en que se pronuncia el art. 7.2 ("medidas judiciales que impidan la persistencia del abuso"). Pero también puede cursar la sanción al margen del régimen de nulidades contractuales, mediante la creación de una *exceptio doli*, una *denegatio actionis*, una restitución, etc.

## 2. "Aprovechamiento con ventaja injusta"

La fórmula legal viene empleada para describir un tipo de dolo que impide que el cocontratante quede a salvo de la acción de nulidad del art. 1302.3 II. El dolo comprende en la ley dos situaciones. O bien la contraparte conoce "de la existencia" de medidas de apoyo o bien el cocontratante "se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ella una ventaja injusta". Reparemos qué inconsistencia legal, que la regulación nueva repite en otras cuatro ocasiones (arts. 1163, 1304, 1314, 1765 CC), y siempre con fines desatinados. En efecto, la fórmula no describe una nueva forma o nicho de vicio de la voluntad que puede legitimar para el ejercicio de la anulabilidad. Esto es, en el CC no existe un nicho de anulabilidad consistente en el "aprovechamiento con ventaja injusta", distinta del dolo *in contrahendo* y de la intimidación. Tampoco describe el tipo de anulabilidad que se corresponde a la contratación de los discapacitados que operan sin contar con los apoyos requeridos, como si exigiera para la anulabilidad que se hubiera causado una ventaja injusta<sup>67</sup> (que se definiera de forma distinta a la simple "lesión"). Ni tampoco impone una condición adicional para que la contratación sin apoyos conduzca a la anulabilidad del contrato. Nada de eso. Como decimos, simplemente expresa la fórmula del dolo que impide la sanación del negocio en la hipótesis límite del párrafo segundo. Pero puestos en esta tesitura, la restricción que la fórmula comporta es absurda. Puede haber modalidades dolosas que no se reduzcan al conocimiento de la inactuación de las medidas o a la obtención de una ventaja injusta. Basta que el cocontratante conociera la situación real de discapacidad de quien contrata con él y que la contratación sea lesiva. No se requiere aprovechamiento con ventaja injusta, ni conocimiento de la existencia de apoyos constituidos. En consecuencia, toda la fórmula del apartado segundo es superflua, y bastaría haber precisado que la sanación no opera cuando *se justificare que la contraparte hubiera procedido con dolo*, en general.

## 3. Dolo en general

Dejemos para la praxis la determinación precisa, caso por caso, de la imputación por dolo. Habrá ocasiones en que el conocer o sospechar la condición de la contraparte, incluso la existencia de apoyos fácticos o institucionales, no comportará dolo, porque muy bien, por el tipo de negocio, la contraparte puede pensar que el emitente sabe más o menos lo que hace o que, en cualquier caso no le es dañino, y si de provecho. El error de hecho o de derecho sobre la actuación del apoyo será también

---

<sup>67</sup> Contra, GARCÍA RUBIO, *La reforma operada*, 74 y *Comentario*, 654, 664, para la hipótesis de un "discapacitado a secas" sin defecto actual de consentimiento y sin respetar las medidas de apoyo establecidas.

frecuentísimo<sup>68</sup>, diluyendo el efecto acusatorio del conocer. Hay negocios de tal envergadura en los que la negligencia muy grave del no saber ha de equivaler a dolo<sup>69</sup>. No tiene sentido divagar sobre el atractivo *novum* de la "ventaja injusta". Hay un elemento cualificador del tipo ("injusta") que difícilmente procederá sin dolo, por lo que resulta difícil imaginarse un cocontratante de buena fe obteniendo de parte del discapacitado una ventaja "injusta".

## X. SANACIÓN

### 1. De hecho, la buena fe de la contraparte sana el contrato del discapacitado

Este postulado ha sido presentado antes como el óptimo de una regulación alternativa. Pero ahora voy a sostener que este postulado es igualmente válido *lege lata*, dando por supuesto que se trata de un contrato a título oneroso. Examinó a continuación los dos párrafos del apartado 3 del art. 1302 CC reformado, en la parte que ahora interesa. Además de por los discapacitados, podrán instar la nulidad las personas a las que hubiera correspondido prestar el apoyo omitido. Ahora bien, "en este caso", la anulación sólo procede "cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta". La singularidad no está justificada<sup>70</sup>. Es como si se viniera a decir que, puesto que los apoyos (no prestados) son en parte imputables de la contratación irregular, las personas que hubieran de haber prestado estos apoyos no están legitimados para actuar contra un contratante de buena fe, porque entonces estarían sacando ventaja de su propia incuria. Pero esta lógica sería fallida, porque la misma regla habría que haber predicado, y no se hace, de padres y tutores de menores que no consintieran el contrato, pero lo impugnan. Es además injustificado crear una diferencia según que la acción la ejercite el discapacitado "con el apoyo" que precise o que la ejercite por cuenta ajena el sujeto legitimado para prestar apoyo. Tengamos presente que, por principio, el discapacitado contratante *siempre puede instar la nulidad*, aunque estuviera sujeto a una curatela representativa que no hubiera actuado eficazmente en el caso. En consecuencia, la situación para el tándem impugnatorio siempre se mejoraría si el discapacitado demandara en nombre y cuenta propia con la intervención del apoyo que, a pesar de esta intervención, no se convierte en parte procesal, en lugar de que fuera el sujeto de apoyo el que demandara la nulidad merced a una legitimación por sustitución (que es lo que se contiene en el párrafo segundo del art. 1302.3). La diferencia injustificada entre dos

---

<sup>68</sup> Se piensa erróneamente, por ejemplo, que la madre ya instruyó debidamente en casa al hijo discapacitado, o la contraparte estima que el familiar que está ahora acompañando al discapacitado es su (verdadero) guardador de hecho, cuando resulta que sólo es una hermana mayor que se encuentra unos días de paso en el domicilio del afectado.

<sup>69</sup> Con seguridad es el caso de la SJPI 4 de Sueca, 30/2022, de 15 de marzo, en la que se declara la nulidad de la hipoteca, que, si es cierto lo que el juzgador da por probado, sólo pudo ocurrir por negligencia gravísima del Notario y del banco, y desvergüenza insólita de la madre guardadora.

<sup>70</sup> Aunque a otros efectos, también propone lo mismo GARCÍA RUBIO, *Comentarios*, 654, que, si no entiendo mal, querría aplicar la restricción del párrafo segundo cuando el sujeto hubiera contratado sin apoyos establecidos, pero sin falla de consentimiento.

realidades intercambiables convertiría la legitimación a la carta en una opción estratégica.

## **2. Razones de fondo para la validez**

Hay razones adicionales para postular la validez general de los contratos del art. 1301.4º CC cuando la contraparte operase de buena fe al tiempo de contratar. Primero, porque ya sabemos que el cocontratante de buena fe no puede hacer nada más de su parte para esclarecer la situación personal de su cocontratante, porque no tendrá acceso a los asientos registrales correspondientes; si no puede *apurar registralmente* su diligencia<sup>71</sup>, tampoco debe sufrir el riesgo de que la diligencia puesta resultara ineficaz en el extremo considerado; esta inaccesibilidad es todavía mayor si el contratante es un discapacitado “ocasional”, que debería haber estado representado por un defensor judicial, ya que en tal caso falta incluso la publicidad palidecida que podría proporcionar la posesión de estado; o si concurren a la dificultad las inevitable incertidumbres sobre el Derecho transitorio<sup>72</sup>. Segundo, porque el art. 1163 CC reformado (norma disparatada, como casi todas las de la reforma de 2021) declara patentemente que son válidos de modo absoluto los pagos hechos por el deudor de buena fe directamente al discapacitado, eludiendo las medidas de apoyo, y no tiene sentido hacer anulable un contrato cuando no lo es el cumplimiento de ese contrato en las mismas circunstancias de riesgo personal que existían al tiempo de la contratación. Tercero, porque ordinariamente el sujeto que debió, y omitió, prestar el apoyo prescrito, se hallará en culpa, y no sólo frente al discapacitado, porque el deber de cuidado de aquél se extiende a la persona que de buena fe contrata con un sujeto que requería apoyos; el acreedor de buena fe es, para decirlo en estos términos, un destinatario natural de la norma de cuidado que está impuesta al apoyo en la relación fiduciaria de apoyo. Para evitar reclamaciones de responsabilidad de esta clase, no siempre merecidas por el deudor de apoyo, es preferible eliminar la acción de nulidad sin más. Finalmente, porque la interpretación propuesta es la única que tiene sentido ante el estropicio causado por el art. 1304, como se explicará luego.

## **XI. LEGITIMACIÓN**

### **1. Los discapacitados**

Como el discapacitado no está privado de la capacidad de obrar (procesal), se encuentra en principio legitimado para comparecer en juicio defendiendo sus intereses propios. Sus herederos están igualmente legitimados, y los “obligados subsidiarios”<sup>73</sup>. Según el art. 7.2 LEC “en el caso de las personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se estará al alcance y contenido de

---

<sup>71</sup> La prescripción del art. 264 IV es inútil, pues la “precisión” de los actos en que el curador puede apoyar no es algo que pudiera aprovechar la seguridad del tráfico.

<sup>72</sup> Notable será el caos de incertidumbres cuando, como es previsible, los plazos de ajuste de la DT 5ª no se cumplan, y la madre se presente ante el Notario representando al hijo con una patria potestad prorrogada.

<sup>73</sup> Sobre la legitimación impugnatoria del fiador en el art. 1302, CARRASCO PERERA / CORDERO LOBATO / MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, 4ª, 2022, 239-240.

estas". Expresión indudablemente errónea, porque sólo la curatela representativa (o el defensor judicial representativo) podría (y dependiendo además de la resolución judicial) generar una necesidad de intervención por medio de representación curatelar. Ninguna otra medida de apoyo puede desplazar la legitimación directa del titular de la relación jurídica. El resto de las medidas (abiertas) de apoyo no conducen al desplazamiento del discapacitado como compareciente procesal. Con todo, el art. 1302.3 I CC indica que los contratos podrán ser anulados por el discapacitado "con el apoyo que precise". ¿Y cómo interviene este apoyo? ¿Cuál es su rol procesal? En mi opinión, ni es parte del proceso ni comparece por la persona a quien presta apoyos. Ni tan siquiera es preciso que aparezca en el proceso como un compareciente coadyuvante. Lo que la norma requiere es que se haya prestado el apoyo preciso para este acto procesal, incluso preprocesalmente. Desde luego, sólo cabe imaginar su aplicación a las medidas de apoyo decretadas judicialmente. No es preciso que concurra el guardador de hecho, porque ni siquiera su existencia y alcance podrán ser documentalmente acreditados. Ni tampoco los apoderados voluntarios nombrados preventivamente por el discapacitado, porque tampoco podrá producirse la acreditación documental precisa para determinar si se ha dado el supuesto de hecho que dispara el apoderamiento, ni tampoco si el discapacitado, al comparecer sólo, está de hecho revocando tales poderes.

## **2. El sujeto competente para prestar el apoyo**

Se refiere a él el párrafo segundo del art. 1302.3. Es una legitimación independiente, que no tiene que producirse necesariamente en forma de litisconsorcio activo con el discapacitado. En cualquier caso, quizá con la excepción del curador plenamente representativo, sería un sujeto que estará legitimado por sustitución, en los términos del art. 10 II LEC, lo que convierte la hipótesis en pura fábula. La legitimación de esta clase habría de ser en principio subsidiaria, y no cabría hacer uso de ella cuando el discapacitado actúa en propia persona *ni cuando el discapacitado actuó conscientemente rechazando los apoyos que se le habían previsto*<sup>74</sup>. No me imagino la actuación del apoyo como coadyuvante del discapacitado, si éste ha declarado no querer hacer empleo de las medidas de apoyo decretadas. Me cuesta también imaginar cómo habría que construir la subsidiariedad de esta legitimación extraordinaria (compárese art. 1111 CC). A pesar de que el apoyo no defendería intereses propios ni (en principio) ajenos por representación, no parece que la legitimación activa tuviera que decaer subsiguientemente si el discapacitado interpone demanda independiente o se adhiere a la demanda del sustituto. En buena lógica, la sentencia dada contra cualquiera de los legitimados producirá cosa juzgada contra el otro. Con todo, como ya se ha dicho, sólo el curador representativo (o cuasi) puede estar legitimado a efectos del art. 1302.3 II. El apoyo voluntario carece de la estabilidad precisa como para poder fundamentar una legitimación procesal por vía de sustitución, dada la dificultad de determinar la producción del supuesto de hecho que dispara el apoyo (a saber, cuando el apoderado preventivo entró en funciones) ni si esta medida voluntaria conferida por apoderamiento ha sido de hecho revocada. Tampoco la guarda de hecho, aunque pudiera acreditar esta condición por medio de

---

<sup>74</sup> Cfr. GARCÍA RUBIO, *La reforma operada*, 61 y *Comentario*, 643, 653.

acta de notoriedad, salvo que el juez haya institucionalizado esta guarda como guarda de derecho<sup>75</sup>. En otros términos, el apoyo que no sea curador representativo (o defensor representativo) no puede “asistir” procesalmente al discapacitado por el párrafo primero ni demandar por sustitución conforme al párrafo segundo.

### 3. La contraparte

La contraparte contractual no podrá alegar la falta de apoyo en la contratación del discapacitado (art. 1302.4). Pero esto es todo lo que dice la norma. Recuerdo mi postulado de que la anulación del contrato no tiene lugar si el cocontratante operó de buena fe. Por ende, este cocontratante legitimado pasivo de nulidad tendría que ser un sujeto que operó con dolo. Pero entonces su falta de legitimación no requiere ser fundada siquiera en este precepto, pues procede del dolo (*nemo propriam turpitudinem allegare potest*)<sup>76</sup>. Si, contra lo que postulo, pudiera instarse con éxito una acción de anulación del art. 1302.3 contra un contratante de buena fe, entonces no podría darse por sobreentendido que este contratante estuviera privado de remedio alguno para salir del contrato. Porque, efectivamente, no podrá fundar su legitimación en la circunstancia de que el discapacitado contrató sin los apoyos precisos, pero sí podrá fundarla en cualquier otra consideración de cargo. Una “consideración” que no me parecería de cargo es la alegación pura y simple del error sufrido (de buena fe) por quien contrató con el discapacitado. Pero sí el dolo del discapacitado (o de su apoyo, en su caso<sup>77</sup>), de acuerdo con una larguísima tradición jurídica según la cual toda legitimación de protección excepcional decae cuando el sujeto “protegido” la hace valer en condiciones en las que la otra parte le pudiera oponer una *exceptio doli: malitia suplet infirmitatem*<sup>78</sup>, una regla de oro del Derecho romano que ahora será, si cabe, más procedente, porque las normas relativas a la discapacidad civil no son ya normas de protección de intereses *superiores* de la persona pretendidamente infirme, sino normas de activación de espacios de autonomía en favor de tales personas. No “merecen” una protección especial, porque sus “intereses” no son superiores a los de terceros. Este dolo podrá hacerse valer como vicio de la voluntad del art. 1302.1, y *además por excepción* (contra la regla jurisprudencial que niega la alegabilidad de anulabilidad por excepción<sup>79</sup>), cuando simplemente pretenda rechazar la pretensión del actor y no, además, obtener una restitución. Pero podrá oponerse también, y más naturalmente, como *exceptio doli* del art. 7.2 CC, con el resultado de que la acción impugnatoria fracasa, y sin necesidad de probar que la *malitia* del discapacitado se conforma o no con el estricto dolo in contrahendo del art. 1269 CC. Si la contraparte requiere al discapacitado y a su persona conocida de apoyo, extrajudicialmente, para que manifiesten si confirman o no el contrato, el silencio, como en el Derecho alemán en todos los casos de

<sup>75</sup> Pero ÁLVAREZ LATA consiente que el guardador de hecho también estará legitimado por esta norma (*Comentarios Guillarte*, p. 1017).

<sup>76</sup> Cfr. STS 18 septiembre 2019 (RJ 2019, 3590).

<sup>77</sup> Repárese en el caso de los §§ 1856, 1857 (actualizados) del Código alemán, en un supuesto típico de *malitia* del curador. Parecida regla en el art. 1158 Code francés.

<sup>78</sup> Dig. 14, 5, 4, 1; 14, 5, 6; 14, 6, 3; 16, 1, 2, 3; 16, 1, 30 pr; 16, 3, 1, 15; 44, 4, 4, 26; Codex 4, 28, 1; 4, 29, 5. Todo sujeto protegido por una norma prohibitiva o limitativa de su actuación en el tráfico puede llegar a ser *doli capax* sin necesidad de que alcance el grado de autogobierno que le permitiera emitir un consentimiento contractual estándar.

<sup>79</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Cap. 14/27.

*schwebende Unwirksamkeit*, permitirá, con fundamento en el art. 7 CC, que la contraparte (de buena fe) *desista* del contrato<sup>80</sup>.

## XII. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

### 1. Del discapacitado

Si, conforme a una opción teórica que no comparto, pero que no es imposible, el contrato anulable fuera válido de inicio, pero susceptible de ineficacia sobrevenida por medio de sentencia constitutiva, entonces el art. 1302 no tendría que demorarse en regular la suerte del ejercicio de una acción de cumplimiento, y no de anulación, por el discapacitado, porque tal acción competiría en todo caso, mientras el contrato esté en vigor. Pero entiendo que, pese a las veleidades de la reforma en el art. 1301, el contrato anulable es ineficaz en principio, salvo confirmación o caducidad del plazo de ejercicio judicial. ¿Cómo podría entonces el discapacitado reclamar el cumplimiento? La cuestión no es especialmente grave, siempre que se conceda que el ejercicio judicial comporta naturalmente una confirmación del contrato en términos del art. 1311. Pero no necesariamente la petición de cumplimiento comportará una confirmación del contrato anulable, porque puede ocurrir que el discapacitado se encuentre en la misma situación de infirmitad en la que se hallaba al contratar (art. 1311 CC). En todo caso, y si el demandado es o ha llegado a ser conecedor del supuesto de hecho de discapacidad+falta de apoyos, *puede negarse al cumplimiento mientras el legitimado o sus apoyos no confirmen el contrato*, y esta excepción es dilatoria, no perentoria, porque el juez deberá dar curso a la posibilidad de confirmar en la audiencia previo o en el juicio<sup>81</sup>. Reconozco que la cosa encuentra dificultades procesales, porque la jurisprudencia no parece admitir la existencia de excepciones dilatorias de fondo a resolver en la audiencia previa. Si así fuera, entonces habría que desestimar la demanda de cumplimiento, salvo que se consintiera (lo que de nuevo no se admite) un allanamiento condicionado<sup>82</sup>.

### 2. De la contraparte

La contraparte del contrato afectado por la anulabilidad del art. 1301 puede demandar el cumplimiento, y no carece de legitimación *ad causam* por el hecho de que esté postulando el cumplimiento de un contrato ineficaz. La consideración relativa a esta eficacia pertenece al fondo del asunto. El discapacitado podrá oponer la excepción de anulabilidad sin necesidad de reconvención, y podrá oponer cualquier otra excepción o reconvención que comporte confirmación. Claro que el juzgador podrá desestimar la demanda por entender que la oposición procesal del discapacitado no reúne las condiciones del art. 1311 *sin que el discapacitado*

<sup>80</sup> §§ 108, 177, 1856.2, BGB. Cfr. DJUERIN, *Die schwebende Unwirksamkeit*, 2021, 25-77.

<sup>81</sup> "Unde hic etiam habet locum regula communiter recepta neminem esse cogendum ad solutionem certam pro debito incerto" (Francisco de SUÁREZ, *Tractatus de voto*, IV, 5, 13). En ocasiones como ésta, el Derecho romano establecía una carga para el actor, prestando caución de que no haría uso de la excepción protectora, en aquellas causas de nulidad que no podían ser convalidadas por confirmación (por ejemplo, Dig. 16, 1, 32, 4, respecto de la mujer que afianzaba en contra del SC Veleyano).

<sup>82</sup> Agradezco a Faustino CORDÓN las observaciones procesales que me ha proporcionado.

*demandado tenga que haber hecho una petición en tal sentido. Pero al menos será exigible que el discapacitado haya opuesto la excepción de anulabilidad, porque esta no es apreciable de oficio.*

### **XIII. RÉGIMEN DE RESTITUCIÓN POR PARTE DEL INCAPAZ**

#### **1. Límite histórico a la restitución debida por menores o incapaces**

Antes de la pintoresca modificación del art. 1304 CC operada por la Ley 8/2021, la norma establecía que «cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes», el incapaz no estaba obligado a restituir sino en la medida en que se haya enriquecido con la cosa o con el precio. El CC no utiliza normalmente la expresión «enriquecimiento» como determinación del objeto o del límite de una restitución, y el art. 1304 CC es uno de los pocos preceptos (cfr. arts. 1163.I, 1778 y 1897 CC) en que el montante ordinario de una restitución puede ser limitado de esta forma. Por enriquecimiento hay que entender *ahorro de gastos que de otra forma tendrían que haber sido hechos necesariamente*<sup>83</sup>. La norma partía de una hipótesis muy específica, a saber, la de un menor o incapaz que *ya no conserva en su poder la prestación recibida*. Por ejemplo, el dinero ha sido gastado, la cosa específica ha sido vendida, perdida, destruida. En estas circunstancias, el incapaz restituye sólo en la medida en que *el empleo de los recursos perdidos haya sido realizado en gastos necesarios* del propio incapaz, que de otra manera habrían de haber sido realizados, con el empleo de recursos propios. Pero si la cosa específica se conserva en poder del incapaz, o ha sido vendida y sustituida por dinero, aquél habrá de restituir en todo caso, sin importar si la cosa o el precio le han sido o no de alguna utilidad. Es evidente que, si conserva la prestación y además se ha enriquecido con ella, no habrá de restituir el enriquecimiento suplementario, que ni en el art. 1303 CC corresponde a la contraparte<sup>84</sup>. Y si no tiene la cosa ni el precio, cederá a la otra parte las acciones para cobrar una u otro. El enriquecimiento no es el *objeto* de la restitución, sino su *límite* cuando la prestación recibida se ha perdido en manos del menor o incapaz. Finalmente, es de destacar (y esto importa también para la versión actual del precepto) que la norma comentada se aplicaba únicamente como regla de restitución, pero no de obligación, de forma que, si el pupilo o discapacitado se obligaba válidamente o no (por ejemplo, por la acción *institoria*), ninguna norma española establecía que quedara limitada su obligación y responsabilidad a la medida de su enriquecimiento real<sup>85</sup>. Debe tratarse, además, de una nulidad «que proceda de la incapacidad de uno de los contratantes», es decir, de una nulidad declarada con el ejercicio de la acción del art. 1301. Si la nulidad procede de otra razón, y uno de los contratantes es un incapaz, la norma no puede

<sup>83</sup> Si el menor utiliza el dinero recibido para despilfarrarlo en gastos no necesarios, no se enriquece con la prestación, aunque, de no haber recibido ese dinero por contrato, habría utilizado otra cantidad, que obraba igualmente en su poder, o que le hubiera robado a su madre.

<sup>84</sup> Por tanto, es conducente al error sostener, como hace la STS 9 febrero 1949 (RJ 1949, 99), que «enriquecimiento» en el art. 1304 CC es –además del ahorro de gastos– «el incremento o beneficio causado en su patrimonio mediante una inversión provechosa».

<sup>85</sup> El Derecho romano hacía una aplicación más universal de la limitación por el enriquecimiento, como se prueba en Dig. 13, 3, 10; 14, 3, 10; 14, 4, 3, 1.

ser aplicada, siempre que la causa de nulidad no tenga congruencia ni relación de sentido con el hecho de ser este contratante menor o discapacitado, que pasa a ser una circunstancia meramente accidental sin influencia en la norma sobre la que se produce la nulidad.

## **2. El nuevo texto del art. 1304 CC**

La norma antigua pervive para la restitución derivada de contratos celebrados por menores. Pero sorprendentemente no cuando el contratante es un discapacitado del art. 1302, un sujeto que opera prescindiendo de las medidas de apoyo establecidas y precisas. Siendo así la cosa (iii) el discapacitado sólo restituirá la medida de su enriquecimiento "siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera concededor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta". A contrario, si el cocontratante hubiera procedido de buena fe, *la restitución se producirá en los términos ordinarios del art. 1303*, aunque el discapacitado no se hubiera enriquecido, o más allá de que se hubiera efectivamente enriquecido<sup>86</sup>. Desde luego, esto es absurdo, por más que ahora no exista un "interés superior del discapacitado", como sí existe un "interés superior del menor"; el mantenimiento de la regla privilegiada del precepto antiguo no hubiera entrado en contradicción con los principios de la reforma. Si se merece un privilegio contractual como el que mínimamente estatuyen los arts. 1301 y 1302, entonces está también justificada la limitación de la restitución. Porque el discapacitado que lo es a efectos de contratar también lo seguirá siendo a efectos de gestionar la prestación recibida, y por las mismas causas que puede haber hecho una compra insensata puede hacer un empleo insensato de la prestación recibida por medio de una compraventa sensata. ¿Por qué se le quiere proteger en el art. 1302 y se rehúsa esta misma protección en el art. 1304? Es principalmente por una consideración de este tipo por la que pienso que la solución que debe regir, aún *contra litteram legis*, es que en caso de contraparte de buena fe *no hay restitución de ninguna clase, porque el contrato no puede ser anulado*.

## **3. Riesgo de la restitución del incapaz**

Las mismas consideraciones han de hacerse a propósito del art. 1314 CC, y la misma crítica. En la versión histórica del precepto, cuando la nulidad procede de minoría de edad o incapacidad, la pérdida de la cosa en su poder no será obstáculo para que la acción de nulidad «prevalezca», a menos que hubiere ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad (art. 1314.II CC). «Dolo» y «culpa» no exigían conciencia de antijuricidad ni imputación subjetiva de la causa. Bastaba que se tratara de un hecho propio del (antes) menor o incapaz. El art. 1314.II CC contiene una asignación de riesgos que no puede ser distinta de la del art. 1304 CC. Es decir, si la pérdida fortuita, culpable o dolosa se produjo durante la minoría o incapacidad, el menor o incapaz, que no pierde la legitimación para anular (por sí o por su representante legal), cumplirá con devolver la cantidad en la que se haya enriquecido. Con la reforma de 2021 se reitera el absurdo conocido. El

---

<sup>86</sup> Así ALVAREZ LATA, *Comentarios Guilarte*, 1023.

discapacitado que impugna por haber contratado sin contar con las medidas de apoyo establecidas y precisas sigue legitimado para la acción, aunque haya perdido la contraprestación sin dolo o culpa suya, siempre (y sólo) que el otro contratante hubiera operado de mala fe en los términos ya conocidos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ÁLVAREZ LATA, Natalia:

- en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.) *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado de los derechos de garantía*, 4.ª ed. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

CARRASCO PERERA, Ángel:

- *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2021.
- «Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 978/2021.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad», *Diario La Ley*, n.º 10021, 3 marzo 2022.

DJUREIN, Marcel: *Die schwebende Unwirksamkeit*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen (Deutschland), 2021.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Comentario a la STS 20 abril 2016 (RJ 2016, 1687)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 103, 2017.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel: «Discapacidad y derecho de acceso al mercado financiero del crédito tras la reforma del Código Civil: impacto en la prevención del sobreendeudamiento», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 164, 2021.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana: *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

GARCÍA RUBIO, María Paz: «La reforma operada por la Ley 8/2021: Planteamiento general de sus aspectos civiles», en LLAMAS POMBO, E. (dir.), MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (dir.) y TORAL LARA, E. (dir.) *El nuevo Derecho de las discapacidades*, Ed. Wolters Kluwer 2022.

GARCÍA RUBIO, María Paz (Dir.); MORO ALMARAZ, María Jesús (Dir.) y VALERA CASTRO, Ignacio (Coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Ed. Civitas, Madrid, 2022.

GÓMEZ CALLE, Esther: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen: «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», *Revista Derecho Privado y Constitución*, n.º 39, 2021.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (Dir.): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

LECIÑA IBARRA, Ascensión:

- «Comentario STS 17 marzo 2016 (RJ 2016, 845)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 103, 2017.
- en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.) *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

PORXAS ROIG, Maria Àngels: *El dogma de las capacidades y la racionalidad. Un análisis crítico sobre el tratamiento jurídico de las personas diagnosticadas con problemas de salud mental*, Ed. Centro Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.

RIBOT IGUALADA, Jordi en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.) *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

SALAS MURILLO, Sofía en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Sentencia de 17 julio 2013», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 95, 2014.

VAQUERO PINTO, María José en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

VAZQUEZ DE CASTRO, Eduardo y ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia, «Los retos a afrontar en el Derecho de obligaciones y contratos», en LLAMAS POMBO, E. (dir.), MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (dir.) y TORAL LARA, E. (dir.) *El nuevo Derecho de las discapacidades*, Ed. Wolters Kluwer 2022.