

# **JURISMAT**

**Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**

**N.º 14 – PORTIMÃO – NOVEMBRO 2021**

### **Ficha Técnica**

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 14  
Director: Alberto de Sá e Mello  
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)  
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes  
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A  
8500-656 Portimão  
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>  
Catalogação: Latindex – folio 24241  
Correspondência: [info@ismat.pt](mailto:info@ismat.pt)  
Capa: Eduarda de Sousa  
Data: Novembro 2021  
Impressão: ACD Print  
Tiragem: 100 exemplares  
ISSN: 2182-6900

## ÍNDICE

<b>PALAVRAS DE ABERTURA</b> .....	9
<b>ARTIGOS</b> .....	13
PAULO FERREIRA DA CUNHA Medicina & Magia – Uma Perspetiva Filosófico-Jurídica .....	15
LUÍS CABRAL DE MONCADA O pensamento jurídico medieval .....	51
EDUARDO PIMENTEL FARIAS Brevíssima História da Cidadania Europeia .....	71
ANDRÉ INÁCIO O Estado de Direito está em risco? .....	103
CARLOS FRAGA O Supremo Tribunal de Justiça, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o opróbrio que veio de Strasbourg .....	123
ADIL ELAABD Cadre juridique et droits des prisonniers entre le droit marocain et les conventions internationales .....	161
HUGO CUNHA LANÇA <i>Sharenting</i> : em busca do ponto de Arquimedes.....	195
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Os meios de uniformização de jurisprudência previstos no Código de Processo Civil de 2013 .....	223
INÊS FERNANDES GODINHO Legalidade e oportunidade no processo penal: modelos de convivência possível ou a necessidade de uma escolha no combate à criminalidade organizada, em especial, a corrupção .....	245
CLÁUDIA BOLOTO Injunção em matéria de arrendamento (IMA) e o serviço de injunção em matéria de arrendamento (SIMA) .....	261
VANESSA MAMEDES O processo especial de notificação para preferência .....	285
CARLOS ROGEL VIDE Notas sobre arrendamientos de cajas de seguridad .....	299

---

LUIS F.P. LEIVA FERNÁNDEZ	
Eficacia de clausulas y convenciones luego de la extinción del contrato .....	315
MARÍA TERESA CARRANCHO HERRERO	
El consentimiento contractual tras la reforma del Código Civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica .....	335
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL	
A problemática jurídica dos animais nas práticas religiosas: idolatria ou sacrificionalismo .....	359
JOSÉ ANTÓNIO LOPES COELHO	
A sanção disciplinar e a perda de dias de férias em Portugal e Espanha .....	379
<b>ARTIGOS DE ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT .....</b>	<b>393</b>
MANUEL CATARINO	
Breve história da Economia Política: I – A Fisiocracia.....	395
MARA RODRIGUES	
A responsabilidade civil pelos danos causados por animais .....	411
JÉSSICA BRISSOS	
Responsabilidade civil por acidentes de trabalho .....	423
LÚCIA COSTA	
Investigação privada – (In) Validade da prova .....	437

# **El consentimiento contractual tras la reforma del Código Civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica**

MARÍA TERESA CARRANCHO HERRERO \*

## **1.- Las bases de la reforma**

La aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en noviembre de 2008, aplicable a los asuntos relativos a la capacidad de las personas físicas y de aplicación directa en nuestro Ordenamiento Jurídico, ha modificado la concepción de la capacidad de las personas físicas, de modo que se han modificado sustancialmente los aspectos relativos al ejercicio de la capacidad jurídica, tras sentar como principio básico que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.<sup>1</sup> Se reconoce su capacidad de asumir responsabilidades en la toma de decisiones que les afectan, con el apoyo que resulte necesario en cada momento.

La Convención acoge el sistema de apoyo en vez del tradicional de sustitución, al establecer en el apartado 3º de su artículo 12, esencial en esta materia, que

---

**JURISMAT**, Portimão, 2021, n.º 14, pp. 335-357.

\* Catedrática de Derecho Civil; Universidad de Burgos.

<sup>1</sup> Este principio ya se encontraba constitucionalmente reconocido en nuestro Ordenamiento jurídico.

“Los Estados Partes adoptaran las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, estableciendo para lograrlo una serie de salvaguardas en el ejercicio de apoyo en la toma de decisiones, a este respecto el número 4 del artículo 12 indica que "Los Estados Partes aseguran que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias aseguran que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas serán proporcionadas al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

En consonancia con esta nueva perspectiva la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad<sup>2</sup> en el ejercicio de su capacidad jurídica,<sup>3</sup> indica que el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no es la

---

<sup>2</sup> La ley habla de personas con discapacidad, sin especificar, lo cual implica que se refiere a las personas con discapacidad física, sensorial e intelectual. Las personas con discapacidad física y sensorial han tomado sus propias decisiones siempre, al igual que cualquier persona, teniendo en cuenta que nadie puede hacer todo lo que quiere, sus decisiones se ven limitadas por sus circunstancias personales, por las de las personas que le rodean y por los derechos de los demás

En cuanto a las personas con discapacidad psíquica, pueden tomar sus propias decisiones al igual que las demás personas, en principio, pero la realidad demuestra que esto no puede ser así en todos los casos ni para toda clase de actuación. Sus decisiones, al igual que se ha apuntado para todas las personas, se encontrarán afectadas por sus circunstancias personales, familiares, económicas y sociales. Pero es que, además, en este caso puede ocurrir, de hecho ocurre, que la persona no tenga plena capacidad para formar su voluntad y no podrá, por tanto, tomar decisiones con eficacia jurídica, al menos no en todo caso. A esta y otras cuestiones se refería la STS de 30 de septiembre de 2014, que aplicaba los principios de la Convención de Nueva York en asunto sobre nombramiento de tutor.

<sup>3</sup> La ley se aprueba para la adecuación de nuestro Ordenamiento Jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

En la Exposición de Motivos de la ley se apunta una cuestión que merece la pena señalar, aunque no incide directamente en la materia objeto del trabajo. Se indica que, a diferencia de los Códigos decimonónicos, más preocupados por los aspectos patrimoniales de la persona, la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria -domicilio, salud, comunicaciones, etc.

incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse.<sup>4</sup> Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones, incluida la representación en la toma de decisiones en las situaciones en las que el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad.

La idea central del nuevo sistema es, por tanto, que la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos, y que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, para lo que será necesario proveer de apoyo a la persona con discapacidad que lo precise. Esta regla hace que cambien las coordenadas que se manejan en el ámbito de la capacidad.<sup>5</sup>

---

En primer término cabe señalar que no es del todo cierto que los Códigos estuvieran solo preocupados de las cuestiones patrimoniales de las personas, porque desde siempre han regulado cuestiones relativas a la persona considerada como tal, en el ámbito individual y familiar, desde el reconocimiento de la personalidad jurídica, el domicilio, la regulación del matrimonio, de la patria potestad como medida de protección de menores, la tutela, que tiene un aspecto importante de protección del aspecto personal -reservada tras la reforma a los menores-, la adopción, el acogimiento institucional y familiar, etc. Y, por supuesto, las cuestiones patrimoniales, la regulación de las relaciones inter privados y la resolución de los conflictos que de ellas se deriven, además de la regulación del derecho de sucesiones, de contenido eminentemente patrimonial.

Lo que no es objeto de un Código Civil es la regulación de cuestiones atinentes a la salud, prestación de servicios, barreras físicas, cognitivas, actitudinales, la transformación de la mentalidad social etc, muchas de las cuales están en nuestro derecho recogidos en normas específicas<sup>3</sup>, o deben estarlo, y en muchos casos requieren la educación y sensibilización de los ciudadanos, pero esto, sin duda absolutamente necesario, no es objeto de un Código Civil.

<sup>4</sup> Esta segunda afirmación es correcta en lo referente a la capacidad jurídica, y en nuestro sistema nunca se había puesto en duda, es más, la capacidad jurídica se consideraba, y así sigue siendo, una cuestión de orden público, igual para todas las personas e indisponible. Lo que se modificaba era la capacidad de obrar, es decir, lo que ahora se denomina ejercicio de la capacidad jurídica.

<sup>5</sup> Hasta ahora al tratar la materia de la capacidad de las personas se distinguían los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar. La capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones, la tenemos todos por el hecho de ser personas y es igual para todos. La capacidad de obrar es la posibilidad de ejercitar por uno mismo los derechos y obligaciones de los que se es titular, esta capacidad se ve afectada por la edad y por la posibilidad de formar la voluntad para tomar decisiones.

Estos dos conceptos sirven para distinguir la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la misma para todas las personas, del ejercicio de esos derechos, que es como decir el ejercicio de la capacidad jurídica. Esta última expresión es la que se emplea tras la reforma para referirse a la posibilidad de actuación de las personas físicas.

En efecto, en este momento se sigue empleando el concepto de capacidad jurídica para referirse a la titularidad de derechos, y de ejercicio de la capacidad jurídica para referirse a

En cuanto al concepto de apoyo, podemos decir que es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones, como son las ayudas técnicas en la comunicación de declaraciones de voluntad,<sup>6</sup> los acompañamientos amistosos, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad<sup>7</sup> y cuando el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, el apoyo puede concretarse en la representación en la toma de decisiones.

El actual sistema, como ya ponía de relieve DE AMUNÁTEGUI en relación con las primeras propuestas de reforma del Código Civil, se basa en dos premisas básicas, que cualquier institución de salvaguarda debe basarse en sistemas de apoyo y que deben evitarse en lo posible las decisiones sustitutivas o representativas.<sup>8</sup>

Estando a la filosofía que se desprende de esta exposición de motivos y que se traslada al texto normativo, ya no se hace referencia al interés superior de la persona con discapacidad, pues el criterio de protección es el del respeto a su voluntad y preferências.<sup>9</sup> Ahora bien, si este es el criterio, hay que preguntarse

---

las concretas actuaciones que la persona puede llevar a cabo en ejercicio de los derechos de que es titular.

<sup>6</sup> Estos apoyos se recogen en instituciones diversas, como ejemplo podemos considerar el contenido del artículo 56.2 CC, en relación con el consentimiento matrimonial dispone que quien tramite el acta o expediente matrimonial, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o de los contrayentes. ....

<sup>7</sup> En este caso estaremos ante un mandato cuando no haya representación establecida, y será válido si la persona que lo otorga puede formar adecuadamente su voluntad.

<sup>8</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, Reus, 2019, p. 32. Señala la autora que “La instauración de un sistema de apoyos parte del presupuesto general de que todas las personas son iguales, todas poseen capacidad jurídica y legitimación, y en consecuencia deben actuar en idénticas condiciones que los demás”.

<sup>9</sup> Así lo señalan DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. Apoyo ...cit, p. 40, señala la autora que “Es necesario asumir que el estándar de protección se ha transformado y evolucionado en el sentido de sustituir y cambiar el criterio del “interés superior”, por el de la “voluntad y preferencias de la persona”, bien expresada por el propio sujeto cuando eso sea posible, bien buscando la “mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias”; y CARRASCO PERERA, A. Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores, Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas, 30 de junio de 2021, p. 2, recuerda que tras la reforma “El discapacitado tiene intereses, deseos y preferencias, y las instituciones de apoyo no pueden perseguir otro objeto que permitir el desarrollo de aquéllos. No existe siquiera un “interés superior”



cómo se debe proceder cuando su voluntad y preferencias obligue a tomar decisiones que puedan perjudicar a la persona con discapacidad, sobre todo en los casos en los que no pueda formar su voluntad, o a terceros que se ven afectados por la decisión que se adopte.

Puede ocurrir que se rechacen los apoyos establecidos, voluntarios o formales, en este caso, a juicio de la doctrina, el recurso sería acudir a la autoridad judicial. Pero los juzgados y tribunales deben de tener un criterio al que ajustarse al resolver el asunto más allá del de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, cuando aplicarlo suponga perjuicio para ella o para terceros. Creo que podría acudirse al criterio del interés superior cuando resulte necesario,<sup>10</sup> pues de otro modo no podrán resolverse cuestiones como la apuntada de rechazo a los apoyos incluso en perjuicio de su propia persona, entre otras.

A este respecto MARTÍNEZ DE AGUIRRE señala que “El curador representativo (en realidad el curador) debe actuar conforme al superior interés de la persona afectada por la discapacidad, no solo cuando hay una completa ausencia de voluntad de la persona con discapacidad psíquica, sino incluso en algunos casos prescindiendo de su voluntad o contra ella”.<sup>11</sup> A su juicio, “si el problema es que hay personas cuya capacidad de conocer y querer (y, por tanto, de tomar decisiones realmente libres y responsables) está comprometida por la presencia de una discapacidad psíquica, la solución no puede pasar exclusivamente por su voluntad o por sus preferencias, porque por hipótesis están comprometidas; si el problema es el conocimiento y la voluntad de una persona, la solución no puede hacerse recaer exclusivamente en el conocimiento y la voluntad de la persona”.<sup>12</sup>

Sobre esta cuestión la STS de 8 de septiembre de 2021,<sup>13</sup> primera que aplica la nueva normativa al amparo de las Disposición Transitoria 6ª de la Ley 8/2021,<sup>14</sup>

---

del discapacitado, del que pudiera hacerse su adalid un tercero al que se transfiriese la capacidad para decidir”.

<sup>10</sup> Como pone de relieve PADIAL ALBÁS, A. El respeto a la autonomía individual de la persona con discapacidad y el reconocimiento de la diversidad. Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña 50103/2018, de 4 de junio en Claves para la adaptación del Ordenamiento Jurídico Privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, Tirant lo Blanch, 2019, p. 396, en el Preámbulo de la Ley que aprobó el Libro II del Código Civil de Cataluña se hace una clara referencia al interés de la persona con discapacidad, en la medida que la función de protección se debe ejercer siempre de acuerdo a su personalidad (art. 221-1 CCCat), en reconocimiento de la diversidad.

<sup>11</sup> Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Curatela...cit, p. 266.

<sup>12</sup> Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Curatela...cit, p. 269.

<sup>13</sup> Puede consultarse el comentario de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. Sentencia de Pleno de 8 de septiembre de 2021, sobre adopción de medidas de apoyo en aplicación de

resuelve asunto en que la persona con discapacidad padece síndrome de Diógenes y se negaba categóricamente a recibir apoyos. El Tribunal -FJ 5º- indica que “Si bien, ordinariamente, el atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe causa que lo justifique.... hay que atender a las singularidades de cada caso y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociada la falta de conciencia de la enfermedad.... El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda”. El Tribunal termina diciendo que “En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal”.

Aunque con carácter general no se admite desconocer la voluntad y preferencias manifestadas por la persona con discapacidad, sí se contempla en el artículo 272 CC, sobre propuesta de nombramiento y otras disposiciones voluntarias de medidas de apoyo, la posibilidad de que la autoridad judicial prescinda total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, que es tanto como decir que puede prescindir de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones. Esta previsión no puede elevarse a categoría general, pero lo cierto es que ante circunstancias graves permite que la autoridad judicial prescinda de la voluntad manifestada por la persona con discapacidad, y puede servir como criterio de interpretación.

Cabe destacar también, en este breve repaso de las cuestiones básicas del actual sistema, el carácter excepcional de las medidas con representación. En consonancia con esta regla básica se indica también que cuando no sea posible establecer la voluntad de la persona con discapacidad se habrá de actuar como lo haría la persona, es decir, estamos ante una especie de voluntad presunta, para lo cual se deben tomar en consideración las preferencias de la persona con discapacidad. En este sentido, el artículo 249 CC dispone en su párrafo 3º que, en

---

la Ley 8/2021. ¿Van a cambiar mucho las cosas? , PODCAST en Hay Derecho, 27 de septiembre de 2021.

<sup>14</sup> La Disposición Transitoria 6ª de la Ley 8/2021, de 3 de junio, Procesos en tramitación, dispone que “Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”.

casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas, y en este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. Ahora bien, esto no será posible cuando la persona con discapacidad no haya podido nunca formar su voluntad ni expresar sus preferencias.<sup>15</sup>

Por lo que hace al concepto de discapacidad, la Disposición adicional cuarta del Código Civil, en la redacción introducida por la reforma de 2021, dispone que la referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756.7, 782, 808, 822 y 1041, se entiende hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.<sup>16</sup> Dos

<sup>15</sup> La STS, civil, nº 487/2014, de 30 de septiembre, en su F.J. 7º señalaba que “No obstante, extraída de la Constitución Española, de la Convención mencionada y de la legislación ordinaria, puede subrayarse la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada. Es cierto que en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias a fin de evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso” El Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia Provincial porque no había tomado en consideración la voluntad manifestada por la persona con discapacidad en lo atinente a que prefería vivir con su hija, y consideró que esta voluntad debía ser respetada porque en el momento de emitirla conservaba el nivel de discernimiento suficiente, y, por ello, solo había sido incapacitada en lo referente a actos de contenido patrimonial y a las decisiones sobre su salud.

<sup>16</sup> Sobre el concepto de discapacidad CARRASCO PERERA, A. *Brújula...cit.*, p. 3, pone de relieve la inconsistencia que supone la falta de un concepto general que no parta de una tautología, señala que “Discapacidad no es un término definido en el sistema legal (cfr. DA 4ª CC par. I), pero con carácter residual vale 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). Con esto está todo dicho, el sujeto se define por el predicado y el predicado por el sujeto. El sujeto que necesita apoyos es la persona que necesita apoyos...”.

conceptos diferentes, el primero básicamente para la materia de derecho de sucesiones, el segundo para todo lo demás. Y un tercero, el que resulte de la dicción del artículo de que se trate, cuando en algún caso concreto se establezcan reglas específicas, como ocurre en derecho de sucesiones para las personas con discapacidad visual o auditiva.

No se entiende bien que se haya remitido a resoluciones de carácter administrativo que declaran discapacidad o dependencia a efecto de reconocimiento de prestaciones de diversa índole, y no se haya establecido un concepto de discapacidad único para la materia regulada en el Código civil, cuya trascendencia práctica resulta innegable, dado que afecta a la eficacia de las declaraciones de voluntad de las personas con discapacidad y, en definitiva, a la seguridad del tráfico jurídico.

## **2.- Las medidas de apoyo**

Antes de entrar en el tema objeto del trabajo procede indicar, siquiera brevemente, las instituciones de apoyo introducidas por la Ley 8/2021.

Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se recogen en el artículo 250 CC, y se concretan en medidas de naturaleza voluntaria adoptadas por la propia persona con discapacidad, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Se prescinde de la tutela, que queda reservada para los menores de edad. La función de estas medidas de apoyo consiste en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias. Lo cierto es que la Convención no emplea el término deseos, sino que se refiere a voluntad y preferencias, puede que sea más correcto.

En el artículo 249 CC se recogen una serie de cuestiones generales a considerar en todo supuesto de apoyo. Dispone el precepto que las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo, continúa el precepto, deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las medidas de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las personas que presten los apoyos deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencia de quien los requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En supuestos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida, tal como exige el artículo 250. 7º CC.

Se otorga preferencia a las medidas de carácter voluntario, es decir, las adoptadas por la propia persona con discapacidad, en particular los mandatos preventivos y la autocratela.

Los mandatos preventivos se regulan en los artículos 256 a 262 CC. Se establecen dos modalidades de esta figura. La primera modalidad consiste en que el poderdante pueda incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad en un poder que, en principio, otorga para la gestión de sus intereses cuando todavía no precisa el apoyo y se admite que incorpore la continuidad del poder para el caso de que precise apoyos. La segunda se refiere al poder otorgado específicamente para el supuesto de que en el futuro el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante, que deberán ser precisas e, incluso, técnicas, pues se refiere a una situación de discapacidad que no permite a la persona, en todo o en parte, ejercitar su capacidad jurídica.

Los artículos 271 a 274 CC regulan la figura de la autocratela, establecen la posibilidad de que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada proponga en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias per-

sonas para el ejercicio de la función de curador, en previsión de la concurrencia de circunstancias que el dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica.

En ambos casos, mandatos preventivos y curatela, se permite que se introduzcan disposiciones relativas al funcionamiento y control de la medida de apoyo.

La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede tener lugar cuando no existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. El artículo 263 CC dispone que quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que éstas no se estén aplicando eficazmente. Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener autorización judicial, esta autorización se requiere en todo caso para que el guardador de hecho preste consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287 CC.

Esto supone que pueden coexistir la guarda de hecho con otros apoyos, y la cuestión es quién determina que los apoyos voluntarios o judiciales no se están ejerciendo adecuadamente, de modo que el guardador de hecho continua con sus funciones, lo cual resulta esencial a la hora de celebrar un contrato por la persona con discapacidad provista de apoyo judicial, por ejemplo, si existe un guardador de hecho que pretende seguir prestando el apoyo por considerar que el apoyo judicialmente provisto no se ejercita adecuadamente.

Esta medida puede resultar problemática a la hora de determinar quién está ejerciendo la guarda de hecho, y en qué forma si son varios los guardadores, en el caso en que la persona con discapacidad tiene varios hijos, por ejemplo, y todos realizan funciones de guarda.

La curatela es una medida formal de apoyo que se aplica a quienes precisen el apoyo de modo continuado. La regla general es la curatela sin representación, y solo con carácter excepcional se recurrirá a la curatela representativa<sup>17</sup>. La extensión de esta medida vendrá determinada en la resolución judicial que la acuerde y debe estar en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.

---

<sup>17</sup> Sobre esta institución de apoyo pueden consultarse los trabajos de RIBOT IGUALADA, J. La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento y de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote, ambos en Claves para la adaptación del Ordenamiento Jurídico Privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, Tirant lo Blanch, 2019.

El problema que se plantea es que no se indica en ningún momento cuál es la causa que da lugar a la curatela en general y a la curatela con representación en particular. En el artículo 250 CC se regulan las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen, entre ellas se encuentra la curatela, respecto de la que se indica que es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. En el artículo 269 CC se dispone que la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución judicial cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. Pero en estos preceptos no se hace alusión a las causas.

El contenido de la curatela debe ser proporcional a la incidencia que la discapacidad de la persona que precisa el apoyo tiene en su capacidad para conocer y tomar decisiones. Por ello la curatela irá desde el apoyo para la toma de decisiones hasta la representación, pasando por una curatela que podríamos denominar mixta, representativa para algunas actuaciones y de apoyo para tomar decisiones en las demás.

La STS de 8 de septiembre de 2021, ya citada, indica -FJ 4º- respecto de la curatela que su contenido puede llegar a ser muy amplio, “desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas”. En cuanto a la decisión de acudir a la curatela como medida de apoyo, el Tribunal dice que “Ordinariamente, cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad. En estos casos la necesidad se impone y puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador...”.

Entre las disposiciones generales en materia de curatela encontramos, en primer lugar, el artículo 268 CC, en el que se establece que las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de este en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

Esta última previsión puede plantear problemas en la práctica, cuando la voluntad, deseos y preferencias expresados por la persona con discapacidad le perjudiquen a ella misma o a terceras personas, como ya se ha indicado. Esta cues-

tión se aborda en la STS de 8 de septiembre de 2021, y en su FJ 5º, punto 5, indica que “En realidad el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo <atender> seguido de <en todo caso> subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias, manifestados por el afectado. El texto emplea un término polisémico que comprende, en lo ahora interesa, un doble significado, el de <tener en cuenta o en consideración algo> y no solo el de <satisfacer un deseo, ruego o mandato>”.

El nombramiento de defensor judicial como medida de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente. Y en los casos en los que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad o cuando exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

### 3.- El consentimiento contractual

Se presenta la nueva regulación en sus aspectos básicos, con todas las dudas que surgen de su análisis y que no pueden resolverse en una primera aproximación, haciendo especial referencia a los que pueden resultar problemáticos y los que requieren de interpretación para su aplicación práctica, porque lo cierto es que la reforma está planteada en unos términos que me temo van a dificultar la contratación con las personas con discapacidad.

La reforma ha introducido modificaciones que afectan a algunas disposiciones relativas a la teoría general del derecho de obligaciones y de contratos, para que la celebración, validez y eficacia de los mismos se trate de conformidad con la nueva perspectiva.<sup>18</sup>

A este respecto la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 indica que resultan particularmente afectadas las reglas del derecho de sucesiones y las del derecho de contratos, cuestiones estas en las que la capacidad de ejercicio de los dere-

---

<sup>18</sup> Se ha modificado también el artículo 10 CC, que regula la ley aplicable en determinadas relaciones jurídicas, en concreto en su número 8, dedicado a la capacidad de los contratantes, se establece ahora que en los contratos entre personas que se encuentren en España, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley española solo podrán invocar su discapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal discapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte.



chos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran trascendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva, esto es, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos. Esta categórica afirmación desconoce que hay casos en los que la persona con discapacidad no puede formar su voluntad, en alguno desde su nacimiento, en otros como consecuencia del deterioro cognitivo que provocan determinadas enfermedades, asociadas a la edad avanzada, por ejemplo.

El consentimiento, como elemento esencial del contrato, se recoge en el artículo 1261 CC, en el que se dispone que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca.

La existencia de consentimiento libre y consciente, o responsable, es presupuesto de validez y eficacia de toda declaración de voluntad, y la falta de estos requisitos, por concurrir alguno de los vicios del consentimiento conlleva la ineficacia del acto o contrato celebrado, en los términos previstos en el Código Civil.

El artículo 1263 CC se dedica al consentimiento y hasta la reforma decía que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales; y los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.

Tras la reforma, el artículo 1263 CC tiene la siguiente redacción: “Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”.

En el citado precepto ha desaparecido la referencia a quienes no pueden formar su voluntad, aunque en alguna de las versiones del proyecto de ley sí se incluía previsión relativa al consentimiento prestado por las personas con discapacidad, se decía que las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas.<sup>19</sup> No se com-

---

<sup>19</sup> En materia de capacidad para otorgar testamento sí que se ha hecho referencia a las personas con discapacidad. El artículo 663 CC dispone que no pueden testar, además de la persona menor de catorce años, la persona que en el momento de testar no pueda confor-

prende bien por qué se ha omitido toda referencia a la prestación del consentimiento por las personas con discapacidad, porque de todos modos habrá que considerar si el que se presta es válido.

Ahora bien, como señala SALAS MURILLO, aunque en este artículo no se aluda, como debería haberse hecho, a los supuestos en que la persona con discapacidad precisa de apoyo para prestar su consentimiento, ello no es óbice para entender, que “la aptitud genérica para celebrar con eficacia los actos jurídicos, presupuesto de validez de la declaración contractual es, tratándose de personas con discapacidad, tener las medidas de apoyo necesarias”,<sup>20</sup> este apoyo es el que sitúa a la persona con discapacidad que no puede formar su voluntad en igualdad de condiciones a la hora de tomar sus decisiones. Esta circunstancia se considera, por otra parte, al establecer las modificaciones introducidas en los preceptos que regulan la rescisión y la nulidad de los contratos.

Estando al contenido del artículo 1263 CC cabe entender que, en principio, todas las personas pueden emitir su consentimiento para celebrar cualquier clase de contratos y llevar a cabo cualquier actuación con trascendencia jurídica, ya le afecte solo a ella, ya a terceros. Esta cuestión tiene gran trascendencia, pues no hay que olvidar que muchas normas se remiten a las reglas de capacidad del Código Civil.

La solución no puede ser la de entender que cuando una persona emite su consentimiento sin poder formar adecuadamente su voluntad nos encontramos ante inexistencia de consentimiento y, por tanto, ante una nulidad absoluta, porque ello iría en contra del principio general de capacidad que inspira la reforma y se traslada a la norma, y nos encontraríamos ante la situación anterior.

Sin embargo, como resulta obvio que no todas las personas ni en todo momento pueden formar su voluntad ni, por tanto, emitir válidamente su consentimiento, habrá que resolver los casos en que esta circunstancia tiene lugar. No se puede ignorar que algunas personas no pueden formar su voluntad debido a una discapacidad psíquica, lo que supone que esa falta de voluntad debe complementarse o, incluso, suplirse en los casos más graves por quien ejerce el apoyo para que

---

mar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello. No se comprende que se haya omitido una previsión similar cuando se establece la regla de capacidad para contratar.

<sup>20</sup> DE SALAS MURILLO, S. La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos, LA Ley, nº 9841, sección doctrina, 3 de mayo de 2021, p. 4.

resulte válido el consentimiento que eventualmente pueda prestar la persona con discapacidad.<sup>21</sup>

La cuestión de la capacidad para prestar el consentimiento puede pasar desapercibida en no pocas ocasiones, pero saldrá a la luz cuando el acto o contrato en cuestión requiera su protocolización ante notario. La legislación notarial exige que el notario de fe de la identidad de los otorgantes y de que a su juicio tienen capacidad para el acto o contrato de que se trate.<sup>22</sup> En la materia que nos ocupa, cuando el interesado fuera una persona con discapacidad sin apoyo suficiente, el Notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial, así se establece en el artículo 56.1.3º de la Ley del Notariado, Ley de 28 de mayo de 1862, en las declaraciones de herederos abintestato; en el artículo 57.3.2º cuando alguno de los interesados en la presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos cerrados sea persona con discapacidad sin apoyo suficiente; y en el artículo 62.3 respecto de los testamentos ológrafos.

Los preceptos parecen dar por sentada la existencia de apoyo, y como no se específica cabe entender que se refiere tanto a los voluntarios como a los judiciales y a la guarda de hecho. Y con razón de más se notificará al Ministerio Fiscal el hecho de que el interesado, persona con discapacidad, carece de apoyo siendo necesario a juicio del notario.

---

<sup>21</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y estrambote en Claves para la adaptación de la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, Tirant lo Blanch, 2019, p. 264, dice sobre esta cuestión que “En algunos casos, no se trata de sustituir una voluntad o una decisión (la de la persona afectada por la discapacidad psíquica) por otra (la de su representante legal), sino de suplir la ausencia, en ocasiones radical, de una voluntad suficientemente formada en la persona afectada por esa discapacidad psíquica; en otros casos, la decisión eventualmente adoptada por la persona con discapacidad psíquica tiene como sustrato unas facultades de conocer y querer afectadas (disminuidas) directamente por esa discapacidad, lo que se traduce en un déficit de conocimiento, o de consentimiento, o de ambos, que compromete la validez legal de dichas decisiones”.

<sup>22</sup> El artículo 17 bis de la Ley del Notariado, Ley de 28 de mayo de 1862, en su número 2 a) dispone que con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes intervinientes.

#### **4.- La nulidad del contrato**

En esta materia también se han introducido sustanciales modificaciones en relación con la normativa anterior, y también en este caso no se comprenden bien alguna de las opciones del legislador.

Por lo que hace a la acción de nulidad de los contratos en que concurran los requisitos del artículo 1261 CC, procede, como establece el artículo 1300 CC, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.

Los vicios que invalidan el consentimiento son el error, la violencia, la intimidación y el dolo, tal como establece el artículo 1265 CC, que sanciona con la nulidad el consentimiento prestado cuando concurra alguno de estos vicios. Los contratos celebrados por una persona con discapacidad pueden anularse cuando concurre alguno de estos vicios, si se dan los requisitos que se establecen para cada uno de ellos. En los artículos que regulan los presupuestos de cada uno de los vicios del consentimiento no se han introducido especificaciones respecto de las personas con discapacidad, por lo que se aplican las reglas previstas con carácter general.

En este punto la doctrina considera que debería haberse hecho alguna referencia a la influencia indebida a la que alude el artículo 12 de la Convención de Nueva York, a las consecuencias jurídicas de su concurrencia. DE AMUNÁTEGUI entiende que “hubiera sido conveniente, en cumplimiento de estas premisas de la Convención, dedicar alguna atención al concepto dentro del tratamiento de los vicios del consentimiento, pues su alegación, a la vista de la regulación vigente debe encuadrarse en la falta de consentimiento (ex art. 1261 del Código Civil) o en los vicios de aquella (art. 1265 CC)”.<sup>23</sup>

El plazo de la acción de nulidad se recoge en el artículo 1301 CC, que ahora indica que la acción de nulidad caducará a los 4 años. El inicio del cómputo del plazo es distinto en atención a los distintos supuestos que pueden dar lugar a la anulabilidad del contrato. Por lo que aquí interesa, el número 4 del precepto dispone que cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, el plazo comienza desde la celebración del contrato. Obsérvese que el plazo es de caducidad.

El artículo 1302 CC dedicado a la legitimación para ejercitar la acción de nulidad ha sufrido una sustancial modificación.

---

<sup>23</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. Apoyo ..cit., p. 42, nota 29.

El texto del artículo antes de la reforma era del tenor siguiente: Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato.

La redacción del artículo 1302 CC tras la reforma mantiene la legitimación general prevista con anterioridad, como no podía ser de otro modo, y establece que pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos e incluye reglas específicas para los contratos celebrados por menores<sup>24</sup> y por personas con discapacidad.

En cuanto a los contratos celebrados por las personas con discapacidad el número 3 del precepto dispone que *Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.*

En este caso parece que la nulidad es posible, aunque la contraparte hubiera procedido de buena fe, si la persona con discapacidad ha actuado sin la medida de apoyo provista cuando sea precisa, dado que no alude a que el tercero que contrata conociera la existencia de la medida de apoyo, y, además, a esta cuestión se refiere el segundo párrafo del número 3.

Esta previsión no parece correcta cuando se establece un principio general de capacidad, puesto que la persona puede decidir, en este caso, contratar prescindiendo libremente del apoyo provisto, pero luego se le permite que impugne el negocio celebrado porque actuó sin ese apoyo, aun cuando el otro contratante ha obrado de buena fe. Cuestión distinta es, como señala SALAS MURILLO, que esta posibilidad de anular sus propios actos prescindiendo del apoyo se ligue a la existencia de un vicio de la voluntad, no a un déficit de voluntad, como error o dolo, en los que se cae por prescindir del apoyo; aunque la autora entiende que “en este caso no deja de chirriar un poco, que se le asigne una «doble oportunidad»: la persona voluntariamente prescinde del apoyo, que

---

<sup>24</sup> El número 2 del citado precepto establece que “Los contratos celebrados por menores de edad podrán ser anulados por sus representantes legales o por ellos cuando alcancen la mayoría de edad. Se exceptúan aquellos que puedan celebrar válidamente por sí mismos”.

quizá hubiera podido evitarle el error, y sin embargo, luego no tiene que asumir las consecuencias, sino que puede instar la anulación. Es verdad que, como he dicho, pienso que también los actos realizados con apoyo se podrían anular por vicios de la voluntad, pero eso es en las mismas condiciones que podemos anularlo cualquier persona.<sup>25</sup>

Por otra parte, hay que tomar en consideración la dificultad de conocer la existencia de medidas de apoyo por los terceros. Si bien el artículo 300 CC dispone que las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil,<sup>26</sup> los documentos en los que se recogen las medidas de apoyo se consideran datos con publicidad restringida. El artículo 83 LRC dispone que a efectos de esta ley se consideran datos especialmente protegidos, entre otros, la discapacidad y las medidas de apoyo, de modo que solo se puede acceder a estos datos con la autorización a la que se refiere el artículo 84 LRC, que regula el acceso a los asientos que contengan datos especialmente protegidos, y dispone que sólo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos en los términos que reglamentariamente se establezcan.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> SALAS MURILLO, S. La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos, La Ley, nº 9841, 3 de mayo de 2021, p. 8.

<sup>26</sup> El artículo 4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, recoge los hechos y actos inscribibles, en su número 10 se refiere a Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma y en el número 11 a Las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. El artículo 72 LRC regula la inscripción de la resolución judicial dictada en un procedimiento de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la que la modifique, en el registro individual de la persona con discapacidad. El artículo 77 LRC dispone que es inscribible en el registro individual del interesado el documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes.

<sup>27</sup> El precepto permite que las Administraciones públicas accedan cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo. En el caso de que el inscrito haya fallecido, la autorización para acceder a los datos especialmente protegidos sólo podrá efectuarla el Juez de Primera Instancia del domicilio del solicitante, siempre que justifique interés legítimo y razón fundada para pedirlo. En estos casos se presume que ostenta interés legítimo el cónyuge del fallecido, pareja de hecho, ascendientes y descendientes hasta el segundo grado.

La publicidad de las resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo en el Registro de la Propiedad se regula en el artículo 2.4 Ley Hipotecaria, que tras la reforma tiene la siguiente redacción: Las resoluciones judiciales en que se declaren la ausencia o el fallecimiento o afecten a la libre disposición de bienes de una persona, y las resoluciones a las

Además, cuando estemos ante un mandato preventivo puede surgir la duda respecto de su vigencia. Es cierto que el artículo 255 CC establece que el notario autorizante de escritura pública que contenga medidas de apoyo comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante. Esta misma obligación se establece en el artículo 260 CC respecto de los poderes preventivos.

Estas medidas tratan de proteger la intimidad de la persona con discapacidad, pero perjudican la posición de los terceros, que no pueden conocer, o no fácilmente, la existencia de apoyos y su alcance, lo que incidirá en la contratación, pues para evitar ulteriores problemas puede que se evite contratar con una persona respecto de la que existan dudas acerca de si es suficientemente capaz - empleo la expresión de la exposición de motivos- para formar su voluntad.

Continúa el precepto diciendo que *los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá 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*".

Esta posibilidad de anulación a instancia de la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo queda reservada a los casos en que el tercero haya obrado de mala fe, bien porque conocía la existencia de la medida de apoyo y contrató sin ella o por aprovecharse de la situación de discapacidad obteniendo

---

que se refiere el párrafo segundo del artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este artículo, que también ha sido modificado en 2021, regula el acceso de las sentencias a los Registros públicos, en su último inciso contiene una clara limitación a la publicidad de la provisión de medidas de apoyo, pues establece que en este caso la comunicación a los Registros se hará únicamente a petición de la persona en favor de la cual el apoyo se ha constituido, parece que excluye a quien presta el apoyo, pero si estamos ante una curatela representativa porque la persona con discapacidad no puede formar su voluntad, la cuestión es quién solicita la inscripción. El precepto dice que "El Letrado de la Administración de Justicia acordará que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título -De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores- se comuniquen de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan.

A petición de parte, se comunicarán también al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso correspondan. En el caso de medidas de apoyo, la comunicación se hará únicamente a petición de la persona en cuyo favor de la cual el apoyo se ha constituido"

una ventaja injusta, de modo que de no darse alguna de estas circunstancias sólo la persona con discapacidad que ha prescindido de los apoyos establecidos puede instar la nulidad.

Obsérvese que el precepto habla de personas con discapacidad provistas de apoyos, si el término “provistas” se emplea en sentido técnico hay que entender que se refiere a las medidas de apoyo establecidas por la autoridad judicial, curatela, sea o no representativa, y el defensor judicial, que son las medidas de apoyo que se proveen por la autoridad judicial. Si se entiende así, parece que la guarda de hecho no queda comprendida en este supuesto, salvo que el guardador de hecho por precisar el contrato haya solicitado y obtenido autorización judicial para celebrarlo, pero en este caso el juez más que proveer el apoyo lo que hace es autorizar la concreta actuación de quien de hecho está ejerciendo el apoyo. Parece que el guardador de hecho queda excluido de esta posibilidad.

Considerando lo expuesto, puede concluirse que el contrato celebrado por una persona con discapacidad que no cuenta con apoyos o con el apoyo de un guardador de hecho no es impugnabile estando a la actual regulación.<sup>28</sup> Pero lo cierto es que habrá casos en los que la persona que actúa sin apoyo por carecer de él no pueda formar su voluntad y, por tanto, no habrá prestado un consentimiento válido.

SALAS MURILLO plantea la cuestión de las personas que debiendo necesitar medidas de apoyo, carecen de ellas, se pregunta quién puede, en estos casos, solicitar la nulidad de los contratos que hayan celebrado, y considera que es más que probable que no tengan capacidad para ser ellas mismas las que insten la anulación del contrato.<sup>29</sup>

Por último, el número 4 del artículo 1302 CC dispone que “Los contratantes no podrán alegar la minoría de edad ni la falta de apoyo de aquel con el que contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato”.

En este párrafo parece que se considera tanto a quien ha contratado sin apoyo - ya no se refiere a apoyo provisto- y a quien no tiene apoyo. Al menos la redacción del precepto da pie a esta interpretación.

<sup>28</sup> Así lo entiende CARRASCO, A. *Brújula...cit.*, p. 7. Señala el autor que “...el contrato celebrado por el discapacitado a secas o con el apoyo de su guardador de hecho fáctico no es impugnabile”.

<sup>29</sup> SALAS MURILLO, S. *La reforma...cit.*, p. 9. Señala la autora que hubiera sido oportuno que el Ministerio Fiscal pudiera instar la nulidad en estos casos, lo que se había recogido en el texto del proyecto, pero luego desapareció.



El artículo 1303 CC, que no se ha modificado, dispone que, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes, en estos artículos a los que alude se recogen reglas específicas para los casos de contratación por menores y personas con discapacidad, ilicitud de la causa o del objeto del contrato.

Nos interesa el primer supuesto, al que se dedica el artículo 1304 CC, en el que antes de la reforma se disponía que cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera.

También en este caso la reforma del precepto es sustancial, ahora se establece en el vigente artículo 1304 CC que: Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución 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. De modo que si el contratante con derecho a restitución obró de mala fe la restitución se limita al enriquecimiento obtenido con la prestación recibida, y si el contratante con derecho a restitución obró de buena fe, porque desconocía las medidas de apoyo y no se aprovechó de la situación de discapacidad en modo alguno, tiene derecho a la total restitución.

La nueva redacción es conforme con los principios que han inspirado la reforma, pero resulta obvio que pone a la persona con discapacidad en una situación más desventajosa que la que tenía con anterioridad.

En efecto, tras la reforma se mantiene la no restitución salvo en lo que se haya enriquecido respecto del menor en todo caso, pero en lo que hace a la persona con discapacidad la liberación de la restitución sólo tiene lugar si 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 una ventaja injusta, cuestión esta que habrá de ser probada. Lo cual supone que de no darse o de no poder acreditarse estas circunstancias, la persona con discapacidad tiene que restituir la cosa o el precio conforme a la regla general prevista en el artículo 1303 CC.

Por lo que hace a la extinción de la acción de nulidad por pérdida de la cosa, se regula en el artículo 1314 CC, que ha sido reformado en lo referente a la persona con discapacidad, y que en este momento dispone que si la causa de la acción fuera haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, siempre que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.

### **5.- La rescisión del contrato**

Esta materia también se ha modificado, por lo que se presenta el contenido de la actual regulación.

El artículo 1290 CC sienta la regla general al disponer que los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley.

Se ha modificado el número 1 del artículo 1291 CC, que recoge las causas de rescisión de los contratos, para introducir la referencia a los curadores con facultades de representación, en concreto dice que serán rescindibles los contratos que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores o los curadores con facultades de representación, siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos”.

Se ha modificado, asimismo, el artículo 1299 CC, que recoge el plazo para pedir la rescisión que se fija en cuatro años con carácter general. El segundo párrafo del precepto ha quedado redactado como sigue: “Para los menores sujetos a tutela, para las personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo que establezcan facultades de representación y para los ausentes, los cuatro años no empezarán a computarse hasta que se extinga la tutela o la medida representativa de apoyo, o cese la situación de ausencia legal”.

### **6.- La nulidad de los contratos celebrados sin autorización judicial**

Una breve referencia a la sanción que procede aplicar a los contratos celebrados por quien presta apoyo sin solicitar, o sin obtener, autorización judicial cuando resulte necesaria. En este punto la respuesta debe de ser la misma que se ha dado hasta ahora, puesto que la obligación de solicitar autorización judicial que

se imponía a los tutores se ha establecido ahora respecto de los curadores y de los guardadores de hecho.

Los contratos celebrados sin autorización judicial, cuando resulte precisa, serán anulables, por aplicación de las reglas generales.

Se ha discutido por la doctrina si los contratos celebrados sin autorización judicial previa deben considerarse nulos o anulables. La STS de 10 de enero de 2018, parece que se inclina por la anulabilidad. El Tribunal -FJ 5º- alude a que debe valorarse “cuál es el tratamiento más adecuado para alcanzar un equilibrio entre los intereses de la persona sometida a representación legal y la seguridad jurídica”. Indica que partiendo de la consideración del art. 271 CC como norma imperativa, cierta doctrina y cierta jurisprudencia calificaron el acto realizado por el representante sin autorización como nulo, con nulidad radical o absoluta, en aplicación del art. 6.3 CC”, pero descarta esta solución por dos motivos. El primero porque “desde un punto de vista de la naturaleza de la norma, el representante legal que celebra el contrato sin contar con previa autorización no infringe una norma imperativa de las que contempla el art. 6.3 CC, sino que omite uno de los requisitos para la eficacia representativa de sus actos” y en segundo lugar “porque el régimen de la nulidad absoluta no protege adecuadamente el interés del representado, que es precisamente el que trata de tutelar la norma que impone el control judicial”.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Se indica también “que se ha defendido la aplicación del art. 1259 CC a los actos del tutor sin autorización judicial en cuanto actos incompletos, por considerar que el supuesto encaja en el esquema conceptual y normativo de la representación sin poder suficiente. “La representación legal no legitimada por una autorización judicial quedaría asimilada a una representación sin poder”. Aunque considera que esta solución presenta inconvenientes, tanto desde el punto de vista la protección de los intereses de los menores y de las personas con discapacidad, como desde el punto de vista de la seguridad jurídica.