



BRÚJULA PARA NAVEGAR LA NUEVA CONTRATACIÓN CON PERSONAS CON DISCAPACIDAD, SUS GUARDADORES Y CURADORES*

*Angel Carrasco Perera***
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 30 de junio de 2021

Validez y nulidad contractuales de negocios en que está concernida una persona con discapacidad en la Ley 8/2021, de reforma del Código Civil.

I. LOS PERFILES DE LA DISCAPACIDAD

En el BOE de 3 junio del presente se publica la Ley 8/2021, notoria ya para todos, que introduce (o pretende) en el sistema jurídico español un nuevo régimen civil, procesal y mercantil de *discapacidad* (el término *incapacidad* ha devenido anatema) de las personas y de sus *sistemas de apoyo* (la nomenclatura de *instituciones de guarda* deviene anatema también), que entrará en vigor el 9 de septiembre. Mucho habrá que comentar y debatir de esta Ley, aunque es preciso esperar el sedimento del tiempo, porque es posible que a

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) 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" del que soy Investigador Principal con la profesora Encarna Cordero Lobato; a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021-GRIN31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a 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 SBPLY/19/180501/000333, del que soy Investigador Principal con la profesora Ana Isabel Mendoza Losana.

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



la larga las normas signifiquen cosas distintas de lo que se pretendían en los propósitos ampliamente consensuados. *Todavía hay mucho ruido con esta Ley.*

Es conocido el trasfondo ideológico de esta Ley, que se explaya en la Exposición de Motivos, y que en último extremo se justifica en el cumplimiento de compromisos internacionales. Nadie es incapaz de obrar, y toda medida que prive a una persona física de la capacidad de ejercitar sus derechos y de operar en el tráfico como agente autónomo es una lesión de derechos fundamentales. La privación o limitación de la capacidad de obrar se valora ya de partida como una “discriminación” frente a los sujetos capaces. 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” del discapacitado, del que pudiera hacerse su adalid un tercero al que se transfiriese la capacidad para decidir. Todo el sistema de guarda y tutela histórica es sometido a una desvaloración radical, vituperado como una estrategia de “abusos”. No se trata sólo de una revolución de ideas sino de “un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierte algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido”, que las personas con discapacidad están en su derecho de tomar sus propias decisiones.

No creo que nadie pueda discutir la pertinencia de los principios invocados. No se puede cuestionar una estrategia global que optimice el desarrollo de la autonomía personal del discapacitado ni puede instrumentalizarse el sistema de guarda a la satisfacción de intereses distintos de los derechos humanos de aquél. Lo que yo cuestiono es que sea el Código Civil el lugar adecuado para intentar estas conquistas, y para justificarlo es preciso distinguir tres esferas de actividad personal imputable a una persona física.

Existe una esfera meramente interna, de preferencias, aspiraciones y gestión de las contantes de vida. Esta esfera aspiracional, que sin duda ha de ser promovida y alentada, no forma parte del Derecho civil, que es un Derecho, como todo Derecho, de solución de conflictos interpersonales. No es más que el solipsismo de la persona infirme y su circunstancia. Una segunda esfera de actividad comprende relaciones interpersonales cargadas de un contenido emocional o fiduciario. Casarse, divorciarse, manifestar una objeción de conciencia, solicitar la eutanasia, elegir un curador, someterse a un guardador. Los terceros que puedan aparecer en esta relación (si los hay) no son *prima facie* titulares de aspiraciones incompatibles, no tienen expectativas propias que proteger frente al agente, no son destinatarios de una confianza de tráfico. Entre discapacitado y guardador o curador no existe heterogeneidad suficiente como para definir una zona de conflicto por la competencia excluyente en el reparto y consecución de bienes escasos. No existe confianza de tráfico que haya que proteger. Todos son respetivamente *insiders* de la misma realidad, e incluso a veces portadores colectivos de la misma aspiración. Son familiares. La tercera esfera es la de la heterogeneidad de intereses y objetivos, una



relación de conflicto que el Derecho debe articular sobre el fundamento del contrato, el único medio que existe para repartir bienes y riesgos en un contexto de heterogeneidad. Al menos el cocontratante de buena fe que paga precio no tiene como cometido curarse de las preferencias e intereses de la contraparte, no se puede esgrimir frente a él una pretensión universal a ser destinatario de cuidados por el solo hecho de que tales cuidados se necesiten para el pleno desarrollo de la personalidad por medio de ese contrato. No es responsable ni corresponsable del enorme empeño que comporta sacar adelante una sociedad de agentes libres y autónomos. Contrata y paga por la confianza de tráfico y, al menos mientras opere de buena fe (mientras no pretenda extraer ventajas especiales de la infirmitad del otro), no debe ser depositario de los riesgos típicos que se generan, con más o menos intensidad, en toda sociedad civil donde de una manera u otra operan discapacitados, portadores de una información idiosincrática que bien puede ser conocida y gestionada por su curador (normalmente, la madre o un hijo), pero que permanece oculta o equívoca de cara a terceros.

Abrir las puertas al campo para que salgan los discapacitados es un empeño muy loable de un legislador de bienestar social. Gestionar los riesgos de tráfico jurídico que surgen de la intercomunicación incrementada es la competencia del Derecho civil. No es que el primer tipo de normas no se puedan embuchar de una manera u otra en el cuerpo del Código Civil; el problema es que al invertir en los altos costes de plantar nuevos árboles del bienestar podemos dejar de ver el bosque donde crecen los problemas *jurídicos* (no necesariamente los más humanos) verdaderos.

II. LAS REGLAS DEL TRÁFICO

1. *Discapacitado*

Discapacidad no es un término homogéneamente 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. 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 ya 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 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. Capacidad universal

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. 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. En otro caso, no entran al juego. El legislador notoriamente ha preterido este aspecto, pensando que todo se reduce a una eliminación de restricciones personales. Pero las verdaderas restricciones están *en los otros*. No era *tu madre como tutora* la que te expulsaba hasta ayer del mercado, sino los *outsiders* que pudieran comprar o arrendar contigo.

3. Todas las personas físicas pueden contratar

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 establecidas por el juez y que tengan alcance representativo*, la cuestión por la capacidad de obrar del discapacitado es tan ociosa 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*.

4. Menores y discapacitados

Las restricciones establecidas por ley respecto de los menores ya no se entienden de aplicación a los discapacitados, cualquiera sea su régimen de guarda (si alguno hay), ni tan siquiera respecto de las normas civiles que eran protectoras de estos colectivos. Aparte de los preceptos más generales de los que luego nos ocuparemos, aquí importa considerar el caso de los arts. 1824 II y 1765 CC. Como regla, hoy, no subsiste el límite especial que permitía al incapaz liberarse de la responsabilidad que *excedía del montante de su enriquecimiento efectivo*.

5. Excurso, 1824 II CC

Este precepto no ha sido alterado por la reforma y es un testimonio singular de cómo el régimen presente no contiene normas de excepción que deroguen el Derecho común en beneficio del discapacitado, como miembro (junto a los menores) de una clase merecedora de protección especial. Según la norma, puede prestarse válidamente fianza por una obligación que sólo podría ser declarada nula por la oposición de una excepción puramente personal, “como la de menor edad”. El fiador se obliga frente al acreedor, pero no dispone de acción de regreso contra el menor. Esta norma siempre se consideró aplicable a los incapaces a secas (naturales) y a los incapacitados. Ahora no es posible. La Ley 8/2021 ha modificado sensiblemente los términos del problema, porque hoy el discapacitado no es un incapaz legal ni natural. A los solos efectos del art. 1824 CC, cabe sostener *a fortiori* (ex art. 1302.3) que esta fianza es válida frente al acreedor si no existen apoyos establecidos o si éstos han sido observados, incluida la autorización judicial del art. 287.8º cuando exista tutela o curatela con funciones representativas. Y *ceteris paribus* también es válida frente al deudor principal discapacitado, que responderá frente al fiador en vía de regreso, salvo que existieran medidas de apoyo judicialmente establecidas y estas medidas no hubieran sido observadas en la constitución de la deuda, en cuyo caso podrá impugnar esta obligación. Aunque la nulidad no se predicara de la relación deudor-fiador (suponemos por hipótesis que no hay un contrato entre éstos *para* la provisión de la fianza), y sí sólo de la relación deudor (discapacitado)-acreedor, en la regulación previa no se podría conseguir regreso frente al deudor, *y eso en el mejor de los casos para el fiador*, sino por la medida en que aquél se hubiese enriquecido, por aplicación indirecta del art. 1304 CC. Ahora, si no hay medidas de apoyo oficiales o no han sido inobservadas, el fiador que paga lo hace correctamente, y dispondrá también en términos ordinarios de la vía de regreso por el todo de la deuda, sin que se aplique en favor del deudor discapacitado la reducción de responsabilidad en los términos del art. 1304 CC, y que comento luego.



6. Excurso, art. 1765 CC

En su redacción histórica, “si el depósito había sido hecho por una persona capaz en otra que no lo es”, el depositante que no puede recuperar la cosa por haberse ésta perdido o enajenado, sólo podría recuperar del incapaz la cantidad en la que se hubiera enriquecido con la cosa o con el precio. En la redacción dada por la Ley 8/2021, sólo el menor goza en principio de semejante privilegio. El discapacitado estará protegido en el único supuesto en que no se hayan observado las medidas de apoyo “previstas cuando fueren precisas”, y siempre que el depositante hubiera procedido con dolo. El discapacitado a secas no está protegido, y tampoco el discapacitado que contrató sin observancia de medidas de apoyo con un depositante que fuera de buena fe. Puede asombrar que el discapacitado a secas no reciba protección, pero creo que es aún más revelador que tampoco la merezca el discapacitado “con medidas” que han sido inaplicadas. Porque en el Derecho común previo a la reforma, ningún contratante estuvo nunca protegido frente a un “incapaz con medidas” de guarda que habían sido inaplicadas, por mucha buena fe que aquél acreditara.

7. Las reglas generales de nulidad y validez

Estamos preparados ya para ascender al nivel de las reglas generales de validez en el nuevo régimen. Repárese en el siguiente extremo fundamental. Las normas que históricamente han *protegido a los incapaces* 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*, y sólo si la contraparte no discapacitada ha actuado de mala fe (nueva redacción de arts. 1163, 1302, 1304, 1314, 1765 CC). En alguna medida hay inconsistencias entre las distintas redacciones que se han dado a estos preceptos (hago notar, aunque algo tarde, que la ley de reforma es técnicamente deficientísima), pero vamos a prescindir de ellas, porque no es nuestro objeto realizar exégesis normativas singulares. Se puede avanzar aquí la (en apariencia) paradójica doble regla en la que se soporta la ley nueva. Primera, el discapacitado a secas, o que cuente sólo con el apoyo del guardador fáctico, no goza de ninguna protección especial en el régimen contractual. Segunda, el discapacitado que contrata sin que hayan sido observadas las medidas de apoyo establecidas (básicamente, sin contar con intervención del curador) no es merecedor de ninguna protección especial si la contraparte procedió con buena fe.

8. Excurso, art. 1163 CC

Antes y ahora esta norma adquiere sólo su auténtico sentido cuando es válido el contrato celebrado por el incapaz/menor (o por su tutor o curador). Cuando el contrato es válido, la deuda de la contraparte no se puede pagar directamente al incapaz/menor, sino a su



representante legal. Con todo, si el incapaz hubiera recibido directamente el pago y éste se hubiera convertido en su utilidad, el pago es válido, no deberá ser reiterado. Observemos que la regla en cuestión no es una técnica de protección del menor/incapaz, sino de la contraparte, que pagó mal. El precepto reformado por la Ley 8/2021 sólo se refiere, como principio, al menor. Con la fórmula que ya nos es conocida, se equipara a éste el discapacitado con apoyos establecidos, pero no cumplidos. Y la norma dice, sorpresivamente, que, en este caso, *aún en este caso*, el pago *útil* es válido, *aunque* el *solvens* procedió *de mala fe*. Claro, con más razón será válido cuando se trate de un discapacitado a secas o con guardador de hecho fáctico: el pago que se le haga a él será *incondicionalmente válido, aunque no le haya sido útil y el solvens tuviera conocimiento de la cosa*. Y también será incondicionalmente eficaz el pago hecho de buena fe por quien no haya pagado al guardador o curador legalmente establecido ;aunque el pago no haya sido *útil* al discapacitado! Repárese en toda maldición que en sí lleva una interpretación hecha *a contrario sensu*. Repárese que no será normal encontrar resoluciones judiciales constitutivas de curatela que expresamente prevean la competencia del curador para recibir pagos; es decir, no habrá ninguna medida establecida en cuanto a los pagos, por lo que el pago al discapacitado vale siempre.

9. Excurso, art. 1302.3 CC

En la redacción anterior del Código, los contratos celebrados por menores o incapacitados eran anulables, pero no estaba previsto que los tutores o curadores pudieran pedir la nulidad, indirectamente como consecuencia de la regla de que el afectado podría pedir la nulidad en un plazo a partir de que saliese de la tutela, lo que suponía que el legitimado sería él. Trasladado al esquema actual, la anulación tendría lugar cuando no se hubieran prestado los apoyos previstos. Pero también podrán ser impugnados por el sujeto a quien le hubiere correspondido prestar el apoyo, y *en este caso* (¿) el contrato deviene inatacable si la contraparte hubiera procedido de buena fe. La norma es pura inconsistencia, pero lo que ahora importa advertir es que el contrato celebrado por el discapacitado a secas o con el apoyo de su guardador de hecho fáctico no es impugnable. Lo es si el contrato se celebró sin aplicar los apoyos establecidos, pero si la nulidad la pide el guardador/curador [no si la pide el discapacitado], estará a salvo el cocontratante de buena fe. Una completa necesidad. Finalmente, divago sobre quién será ése a quien “le hubiere correspondido prestar el apoyo”. A pesar de los términos extraños del art. 1302.3 II, el guardador de hecho informal no podrá considerarse legitimado para impugnar contratos del discapacitado. Porque la guarda de hecho informal no es una medida de apoyo “provista” ni el guardador de hecho es persona a la que hubiese “correspondido” prestar el apoyo.



10. Excurso, art. 1304 CC

Declarada la nulidad por causa de incapacidad/minoría, la parte afectada por la enfermedad sólo estaba sujeta a restituir en la medida en que se hubiera enriquecido. Ahora este privilegio se limita al menor y al discapacitado que contrató sin contar con las medidas de apoyo establecidas y el cocontratante hubiera procedido con dolo. A diferencia del art. 1163 CC, ésta es una norma clásica que privilegia al menor o incapaz. La nulidad del contrato ha sido ya declarada y procede la restitución recíproca del art. 1303; pero el sujeto protegido no restituye todo lo que recibió, sino sólo aquello en lo que se enriqueció *finalmente*. También ahora se protege a la contraparte de buena fe. A poco que reflexionemos, se aprecia que la norma no tiene sentido. Veamos. Si el contrato fue realizado por el discapacitado a secas o por el discapacitado con o sin contar con sus apoyos fácticos, no hay nulidad, y el art. 1304 no entra en aplicación. Si el contrato fue celebrado con inobservancia de apoyos establecidos, y la acción es ejercitada por los guardadores/curadores que tuvieran que haber intervenido, la nulidad no procede si la contraparte es de buena fe. Resulta entonces que el art. 1304 pasa a convertirse en un nicho de aplicación limitada: contrato celebrado por discapacitado sin contar con los apoyos establecidos y la nulidad es instada por el propio discapacitado (o herederos). Como en este caso la buena fe de la contraparte no protege de la nulidad, hay que restituir, y entra en juego el art. 1304 CC. Textualmente se nos dice que cuando la contraparte del discapacitado es de mala fe sólo va a conseguir recuperar el enriquecimiento efectivo del discapacitado. ¿Y cuándo es de buena fe? Tendrá entonces derecho a la restitución plena, aunque lo entregado se haya perdido, se haya consumido inútilmente, se haya dispendiado por el discapacitado.

11. Reducir el sinsentido de la incongruencia

Se comprende que carezca de sentido apelar a la buena fe de la contraparte para agravar la restitución debida por el discapacitado (art. 1304), cuando esta misma buena fe de la contraparte es la que hubiera debido servir para impedir que prosperase la nulidad *tout court* en el art. 1302. Existe una potísima razón para hacer una interpretación abrogante del art. 1302.3 I, a saber. Si el discapacitado demanda por sí la nulidad “pero con el apoyo que precise”, será de mejor condición el discapacitado con guardador de hecho fáctico que el discapacitado con curador. En efecto, en el primer caso, el guardador “apoyará” (¿) la demanda de nulidad, pero en el segundo caso el curador deberá figurar como demandante. No tiene sentido que por una u otra cosa cambien los resultados en cuanto a la posición del tercero.



12. Recordamos la regla fundamental

Conclúyase de lo anterior que (dejando fuera matices legales) la buena fe de la contraparte no sólo le protege frente a las actuaciones contractuales de un discapacitado sin apoyos formales [los que antiguamente se llamaban “incapaces naturales no incapacitados”] *sino que le protege también frente a contratos celebrados en contra de las medidas de apoyo formales decretadas por el juez e inscritas en el RC*. Por supuesto, le protege también cuando el contrato se celebró por el discapacitado con el apoyo fáctico (pero “insuficiente”) de su guardador de hecho. Esta conclusión es congruente con el sentido de la reforma. Si la persona discapacitada recupera su autonomía personal, su “dignidad como persona”, su libre desarrollo de la personalidad, será justo que cargue con los riesgos típicos sociales de una actuación negocial incontrolada. Nótese que bajo el régimen nuevo el discapacitado puede incluso negarse a recibir apoyos precisos y delimitar anticipadamente (¡o no anticipadamente!) el alcance de los apoyos futuros (arts. 255, 271 II); en corresponsabilidad, responderá plenamente por los daños que cause su actuación (art. 299). Frente al tercero de buena fe carece incluso de importancia que se haya prescindido de la intervención de un curador formal nombrado con el juez con facultades representativas, figure o no (por ser reservado) su nombramiento en el RC.

13. El guardador de hecho fáctico frente al contrato

Si un sujeto dice ser guardador de hecho fáctico (e incluso lo es) y presta los apoyos que en su criterio se corresponden con su ministerio por el art. 249 CC, no podrá pedir luego la impugnación o nulidad del contrato por ausencia de efectiva capacidad del “guardado”. No sólo lo impediría la exigencia del art. 7 CC, sino que lo impide también la nueva regulación. Por mucho que esa anulación pudiera tener sentido *en el superior interés* del discapacitado. Repárese en el art. 1302.3, que ya conocemos: o este guardador de hecho no puede impugnar el contrato por no tratarse de un apoyo “establecido” o, si está legitimado para impugnar, entonces el contrato es válido si la contraparte es de buena fe. Incluso más. Ni tan siquiera podrán rescindir los contratos en cuestión por aplicación del art. 1291.1º CC (reformado), porque tampoco se acomoda a su supuesto de hecho. Es también un hecho notable que finalmente pueda el curador representativo pedir la rescisión por lesión (del discapacitado) en más de un cuarto, cuando las medidas de apoyo (curatela) han sido observadas, y que sin embargo no puede rescindir, sobre la base de esa misma lesión, el discapacitado (“con los apoyos precisos”) cuando hubiera contratado por su cuenta con el apoyo fáctico del guardador de hecho o sin ese apoyo.

14. Las medidas de apoyo

Descontando las “medidas de apoyo” que pueda autodeterminar para su persona el discapacitado o futuro discapacitado (de las que no nos ocuparemos aquí), 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, que tampoco nos interesa en este lugar. 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], y que en ocasiones ni llegarán siquiera a otros Registros públicos relevantes (cfr. art. 755 LEC). Pero no importa que los terceros no puedan acceder a los datos registrales, porque su buena fe está protegida incluso si es una buena fe *contra tabulas*.

15. 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 atenderán 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?



16. 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 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 la reserva la curatela. La curatela será pues la clase y nombre de todas las medidas judiciales imaginables, que, desde luego, no se reducen a un *numerus clausus*. Pero tal cosa 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 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”, con la importancia que ello tiene en tema de nulidades, como hemos expuesto antes. 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?

17. 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.

18. Autorización judicial

Siguiendo el modelo clásico de intervención judicial en el ejercicio de las funciones de guarda, los arts. 224 y 287 imponen la necesidad de una autorización judicial para la realización de determinados negocios en nombre del discapacitado o menor por parte de tutores y curadores representativos. Interesa destacar como novedad el tratamiento del aval o fianza. La ley de reforma ha acabado sometiendo a autorización judicial la prestación de aval o fianza en funciones representativas (arts. 224, 287.8º CC). Quedémonos con este supuesto, porque nos sirve para el resto de los casos. La jurisprudencia civil ya asentada sostiene que la sanción por la inobservancia de la norma de intervención es *la anulabilidad* (CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, 3ª edic., Cap. 14 § 24). No es esta anulabilidad la del art. 1302.3, sino una especie de anulabilidad común implícita en el resto del sistema. Difiere de la del art. 1302 en dos cosas. No se aplicará el (nuevo) art. 1302.3 II y, por ende, el guardador culpable de la omisión no puede demandar la nulidad. Pero la contraparte no puede neutralizar aquella nulidad apelando a su buena fe en los términos del art. 1302.3 II in fine. Se podría reargüir que ya tenemos bastante complejidad como para proponer un supuesto especial de nulidad idiosincrática. Pero no hay alternativa, si se quiere proceder con seriedad, aunque solo sea por la siguiente consideración. La necesidad de una intervención judicial para ciertos negocios pertenece al reino del Derecho, no al dominio de los hechos. La contraparte puede desconocer excusablemente que un sujeto no está capacitado o que está sometido a curatela. Pero si lo sabe, y contrata con el curador representativo, es a su propio riesgo que ignora que el negocio emprendido está sujeto a autorización judicial previa. El error



de derecho cursa a riesgo propio de quien lo sufre, y no cabe apelar a la buena fe para mantener la estabilidad del contrato.

19. El discapacitado siempre “consiente”, salvo que lo refute un Notario

La siguiente formulación parecerá asombrosa, pero es cierta. El discapacitado a secas no puede (tampoco sus futuros y eventuales guardadores, curadores o Ministerio Fiscal) solicitar la nulidad radical del contrato celebrado sobre la base de que, en términos del art. 1261.1º CC, *no ha existido consentimiento*. Mejor expresado: no puede pretender que ha existido falta de consentimiento *a causa* de su discapacidad, aunque sí puede hacer valer el art. 1261 si la falta de consentimiento procede de razón exógena a su discapacidad efectiva (vgr. trastorno mental transitorio, violencia física de tercero, intimidación). 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. Porque quien mete a los discapacitados en el mercado rompiendo la puerta de la incapacidad de obrar los vuelve a sacar del mercado por la ventana angosta de la falta de consentimiento efectivo. Y todo queda 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. 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. Todo lo dicho ha de entenderse con la reserva del documento notarial. 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 generado costes irreversibles de confianza. 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*. Y así debe ser. 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 contraparte, en este caso) *omnia corrumpit*.

20. Abuso o deficiencia del apoyador

Desde luego, el contrato 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 CC [también arts. 1268, 270, 278, 282 CC]. 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 carga sobre sus hombros es inmensa, como el universo sobre los hombros de Atlas; 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 celebrado con asistencia del apoyo establecido, aunque el nivel de esfuerzo fiduciario resulte finalmente subestándar, por insuficiencia o por incuria del guardador o curador. Mas tampoco repercute aquello en el estándar de diligencia debida de los guardadores. La *ubérrima bona fides* que sería precisa para satisfacer las exigencias santificantes de la norma no delimita la frontera de la responsabilidad civil por el ejercicio del cargo fiduciario de guardador o curador.

21. 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 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 2^a [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 regla.



III. LOS RIESGOS Y LAS ESTRATEGIAS

El lector que haya tenido la paciencia de leer con interés hasta aquí habrá concluido ya cuánto de complejo y de problemático es el sistema de nulidades en el nuevo régimen de la discapacidad civil. A poco que se profundice en ellas, hay normas, fundamentales en el sistema, que son irracionales, y mucho. La impresión de conjunto es que la ley se deja llevar por *policies* inconsistentes y que el legislador, nuevo aprendiz de brujo, se ha lanzado alegremente a revolucionar un mundo del Derecho cuyas técnicas artesanales ignora. La impresión más certera augura que el autor de esta ley ignora las consecuencias regulatorias de sus manifiestos normativos.

Con todo, el panorama de valideces y nulidades contractuales que hemos diseñado no es, si se recuerda, especialmente preocupante para la seguridad del tráfico jurídico, si se acepta la interpretación que propongo. En el análisis desarrollado en el epígrafe anterior hemos intentado demostrar que serán los menos, y los marginales, los casos en que un contratante de buena fe pueda ser sorprendido por una resolución de nulidad que traiga causa de una original discapacidad de uno de los contratantes.

Pero este optimismo presupone una condición que en el universo jurídico de este país no debe darse por supuesta: a saber, que existe una interpretación correcta de las normas y que ésta acaba prevaleciendo. No sabemos cómo interpretarán los jueces estas normas, qué harán los entusiastas de la nueva causa cuando adviertan las consecuencias veraces del sistema normativo que han creado con tanto desconocimiento de causa. El operador actúa bajo la presión de incertidumbres enormes. Asistiremos a soluciones amañadas ad hoc justificadas en postulados ideológicos o en el simple barullo.

Ningún operador en el mercado, por acendrada que resulte su diligencia, podrá saber si un sujeto está o no sometido a un apoyo fáctico de guardador de hecho. Ni, de estarlo, sabrá quién es y quién no es guardador de hecho, o si son uno o varios (muy común: todos los hijos de la madre demente, por turnos semanales) ni cómo actúan colegialmente. Saber esto no está ni siquiera en la mano de un Notario que pretendiera autorizar un acto comercial del discapacitado asistido por su sedicente guardador de hecho. *El mercado debe prescindir de guardadores de hecho y no dar relevancia a si estos sujetos prestan apoyo, y cuál, al discapacitado.*

Si un guardador de hecho o un curador no representativo insisten en intervenir y prometen que con su intervención todo quedará sanado y asegurado, *habrá que exigirle que firme en su propio nombre y se obligue personalmente como en cosa suya.* Esto ocurrirá, seguro, en contrataciones menudas y más que menudas. Al final, los discapacitados, contra lo que promueve el legislador, no contratarán, si la cosa es posible, y los negocios



no dispositivos registrales (ventas, arrendamientos largos, hipotecas) se perfeccionarán a nombre propio del sedicente guardador.

El discapacitado sin curador representativo estable y seguro quedará fuera del mercado.

En consecuencia, la *realidad* será que la contraparte contractual, y no el discapacitado, determinará el tipo de apoyo que entiende precisos de la parte contractual discapacitada.

El guardador de hecho, incluso el más fiel apoyo del discapacitado (seguramente su madre) no tiene en principio incentivos *ceteris paribus* para solicitar la constitución de una curatela representativa, dados los costes que supone para su persona pasar de guardador de hecho a curador (cfr. arts. 284, 285, 287, 753, 1903 CC; 45.5 LJV). Por tanto, el operador no debe presumir que el discapacitado, incluso profundo, está sometido a curatela representativa.

En general, hay que ser previsor, y exigir a todo sedicente guardador de hecho o curador no representativo que pague de su bolsillo o afiance las resultas del contrato.

Los operadores que contraten con, o sospechen o sepan que pueden estar contratando con, personas físicas discapacitadas, y necesiten que éstos se obliguen en nombre propio, por tratarse de un contrato de disposición o por documentarse notarialmente el negocio, no pueden confiar en guardadores de hecho, defensores judiciales ni curatelas no representativas. Deberán exigir una curatela representativa suficiente para el acto. Es decir, operar y seguir operando de la misma forma que cuando existían tutores de incapacitados.

Especialmente, los operadores deberán evitar poner su seguridad en el contenido de los *poderes y mandatos preventivos* otorgados por los sujetos afectados o supuestamente afectados por discapacidad. Para un tercero será costosísimo adquirir certeza de si el poder en cuestión está vigente o no (art. 258), si se ha producido o no el supuesto de hecho de la efectividad del poder (¿necesita este sujeto apoyos?, art. 257); incluso su contenido puede ser difuso o arbitrario o inmanejable (cfr. arts. 258 III, 271 II). No digamos nada del “mandato sin poder” atrabiliario del art. 262. El asunto es aquí singularmente peligroso, pues, si bien hemos dicho, y repetimos, que *ceteris paribus* no es nulo ni impugnabile ningún contrato celebrado por un discapacitado probado, en este caso podría fundarse la nulidad en la causa específica de inexistencia o insuficiencia de apoderamiento, con el efecto del art. 1259 CC.