

Riesgos y estrategias en la nueva contratación con discapacitados, guardadores y curadores

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Elucidación de las nuevas reglas de tráfico externo en la contratación con incapacitados en la reforma del Código Civil (CC) por la Ley 8/2021.

1. La reforma

En el *Boletín Oficial del Estado* de 3 junio del presente se publica la Ley 8/2021, notoria ya para todos, que introduce (o pretende introducir) 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). Ley difícil, de alcance imprevisible incluso para sus autores, aunque es preciso esperar el sedimento del tiempo, porque *todavía hay mucho ruido con esta ley*. De momento, debe resaltarse el fundamento ideológico de esta gran reforma, a saber, que la incapacitación y privación de la capacidad de obrar es un atentado contra derechos fundamentales de la persona. Las instituciones de guarda deben existir para promover el libre desarrollo de la personalidad de la persona discapacitada, no para apartarla del tráfico jurídico y del ejercicio de derechos. Voy a tratar de sintetizar en pocos trazos la sustancia de la nueva ordenación civil en lo que afectará al régimen futuro de negociación contractual. En esta nota no me ocuparé del régimen transitorio.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

2. Las claves de la reforma

- 1) *Discapacidad* no es un término homogéneamente definido en el sistema legal (cfr. disp. adic. 4.ª, I, CC), pero con carácter residual vale un concepto tautológico del término que se define. El discapacitado necesita apoyos, ésta es la primera regla del sistema. Pero ¿quién es discapacitado?: *el sujeto que necesita apoyos* (disp. adic. 4.ª, II, CC). Con esto está todo dicho.
- 2) 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.
- 3) Como regla, ninguna norma se formula de manera que contratar en general (o testar en general) o celebrar algún contrato determinado esté vetado a los discapacitados. Se deroga el fundamental artículo 1263.2.º del Código Civil y concordantes. El discapacitado es un sujeto que puede contratar, por lo que, como regla, no hay que proveer regla especial en este sentido.
- 4) Las restricciones establecidas por ley respecto de los menores ya no se entienden de aplicación a los discapacitados, cualquiera que sea su régimen de guarda (si alguno hay), ni tan siquiera las normas civiles que eran protectoras de estos colectivos (por ejemplo, en la fianza, art. 1824, II, CC).
- 5) 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 los arts. 1163, 1302, 1304, 1314, 1765 CC).
- 6) Conclúyese de lo anterior que (dejando fuera matices legales) la buena fe de la contraparte no sólo la protege frente a las actuaciones contractuales de un discapacitado sin apoyos formales (esto es, *curatela*, para abreviar) [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 Registro Civil*.
- 7) 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 el alcance de los apoyos futuros (arts. 255; 271, II), pero, en corresponsabilidad, responde plenamente de los daños que cause su actuación (art. 299).

- 8) Descontando las «medidas de apoyo» que pueda autodeterminar para su persona el discapacitado o futuro discapacitado (de las que no nos ocuparemos aquí: arts. 255, 257, 271), las *medidas de apoyo* (no *instituciones de guarda*) que prevé 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 artículos 42 bis.a a 42 bis.c de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (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.
- 9) Si la persona física *dispone «de facto»* de un «guardador de hecho», éste *prestará al discapacitado los apoyos necesarios* para que pueda «desarrollar plenamente su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» (art. 249 CC). Para ello atenderá a los «deseos y preferencias» (no al «interés superior») del discapacitado, procurando que éste «pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones».
- 10) La guarda de hecho no está investida como regla de funciones representativas (art. 264, I), salvo para los negocios menudos del discapacitado (art. 264, III). El guardador no es representante legal (otro término devenido anatema con la reforma) del discapacitado.
- 11) Cuando esta medida no sea «suficiente» (*sic*, art. 269 CC), se constituirá judicialmente la curatela, que, por principio, tampoco atribuye funciones representativas al curador (art. 269).
- 12) 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 de buena fe de negocios ajenos sin representación* en los términos del artículo 1892 del Código Civil, con la correspondiente cláusula de cierre (que *aquí* actuaría como un cierre de validez negocial) del artículo 1893 del mismo código: *todo está bien si el negocio le fue de utilidad al discapacitado*.
- 13) El juez no nombra al guardador de hecho 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 que la situación de discapacidad se presuma estable (arts. 295.5.º, 269 CC; 42 bis.a y 52.2 LJV) o por la necesidad de instituir un apoyo con funciones representativas (arts. 264, I; 265).

- 14) Sólo las medidas de apoyo «formales» (constituidas por el juez) constan en el Registro Civil (arts. 300 CC; 4.11.º y 72.1 LRC), aunque es cierto que es un dato con publicidad restringida al que no pueden acceder terceros (arts. 83.1b y 84 LRC) y que en ocasiones ni llegarán siquiera a otros Registros públicos relevantes (cfr. art. 755 LEC).
- 15) La siguiente formulación parecerá asombrosa, pero es cierta: el discapacitado *de facto* no puede (tampoco sus futuros y eventuales guardadores, curadores o el ministerio fiscal) solicitar la nulidad radical del contrato celebrado sobre la base de que, en términos del artículo 1261.1.º del Código Civil, *no haya existido consentimiento*. Mejor expresado: no puede pretender que haya existido falta de consentimiento *a causa* de su discapacidad, aunque sí puede hacer valer el artículo 1261 si la falta de consentimiento procede de razón exógena a su discapacidad efectiva (v. gr., trastorno mental transitorio, violencia física de tercero, intimidación).
- 16) Por lo mismo, y con el mismo límite, *no podrá alegar error contractual por el solo hecho de su discapacidad o por patología que derive de su discapacidad*. Lo contrario en caso de dolo, porque el dolo (de la contraparte, en este caso) *omnia corrumpit*.
- 17) 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 haya cumplido con los altos deberes fiduciarios que le imponen los artículos 249 y 250 del Código Civil.
- 18) El contrato celebrado con el «apoyo» del guardador de hecho (informal o acreditado judicialmente) no puede ser tampoco anulado frente a un contratante de buena fe, aunque internamente la guarda de hecho se revele luego «ineficaz» (cfr. art. 263 i.f) para conseguir el efecto, acaso porque, «pese a haberse hecho [¿también por parte del cocontratante?] un *esfuerzo considerable*, no sea posible determinar la voluntad, los deseos y preferencias de la persona»; fracasa el esfuerzo que retrospectivamente revela que hubiera sido necesario que se atribuyeran (a quien sea) «funciones representativas» (art. 249, III).
- 19) Pero, *sorprendentemente*, los contratos celebrados *de forma válida* por un curador representativo pueden *rescindirse por lesión en más de un cuarto* del antiguo y moderno artículo 1291.1.º del Código Civil. Claro que debe valer aquí, como argumento de mayor a menor, que esta rescisión no procederá si la contraparte actuó de buena fe (ex arts. 1295, 1302 CC). ¿Y por qué no se aprovechó la ocasión para declarar también rescindibles por la misma causa los contratos celebrados por el discapacitado que

cuenta con apoyos no representativos y los emplee? Pero es claro que no procede la analogía, porque las normas de rescisión son derecho excepcional.

3. Riesgos y estrategias de contratación

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. Y, de estarlo, no 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 estaría ni siquiera en la mano de un notario que pretendiera autorizar un acto negocial 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*, salvo en operaciones al menudo.

Si un guardador de hecho o un curador no representativo insiste en intervenir y promete que con su intervención todo queda 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 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.

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). Por tanto, el cocontratante no tiene que dar por descontado que en tales casos esté constituida una curatela.

Los operadores que contraten —o sospechen o sepan que pueden estar contratando— con personas físicas discapacitadas y necesiten que éstas 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 la discapacidad. Para un tercero será costosísimo adquirir certeza de si el poder

en cuestión está vigente o no (art. 258) o si se ha producido o no el supuesto de hecho de la efectividad del poder (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 artículo 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 artículo 1259 del Código Civil.

Lo que se acaba de decir semeja contradicción con la afirmación hecha arriba de que muy pocos casos de contratos con discapacitados podrán ser anulados, y menos si la contraparte es de buena fe. Pero el operador debe cuidarse, porque nadie sabe cómo van a interpretar los jueces las normas opacas del nuevo régimen ni por dónde soplará el viento mediático.