

El presente trabajo ha aparecido publicado en el libro colectivo *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, García Rubio, M.P., Moro Almaraz, M.J. (dirs.), Varela Castro, I. (coord.), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 645-668.

Artículo 1302*

«1. Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos.

2. 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.

3. 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.

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.

4. 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.»

*María Paz García Rubio
Ignacio Varela Castro*

1. El art. 1302 CC, que incluye ahora los requerimientos que permiten la anulación del contrato en supuestos de minoría de edad o de discapacidad de uno de los contratantes, constituye, en lo que atañe a esta última hipótesis, una de las claves de bóveda del sistema que pretende instaurar la LRAPD. Ha sido –y seguro que seguirá siendo– un precepto muy controvertido. Durante la tramitación parlamentaria de la reforma fue

* El comentario al art. 1302 CC se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación «El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas» [ref. PID2019-109019RB-100], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Convocatoria de 2019.

objeto de numerosas enmiendas e, incluso antes de su versión definitiva, ha acaparado –junto a sus preceptos concordantes– la atención de autores muy reconocidos, facetas ambas sobre las que tendremos ocasión de volver a lo largo del presente comentario. La razón de fondo es que en materia de anulabilidad el legislador se topó con la dificultad de hacer conciliable el nuevo concepto de discapacidad con un régimen contractual que no puede discriminar a las personas con dificultades para tomar decisiones por razón de dicha discapacidad, al mismo tiempo tampoco puede dejarlas al albur de eventuales abusos por parte de los terceros y, por añadidura, debe proteger en lo posible la confianza depositada por quienes contratan con ellas (GARCIA RUBIO, 2018: 185).

La comparación del texto previgente del art. 1302 CC, que resultaba ser el original de 1889, con el del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, 17 de julio de 2020) y, al fin, con el texto definitivo de la LRAPD, constata la existencia de profundas diferencias entre ellos.

Para empezar, un artículo que contaba con un único párrafo pasa a tener cuatro numerales, el tercero de los cuales, referido específicamente a los contratos celebrados por personas con discapacidad, consta de dos densos párrafos compuestos, a su vez, por dos oraciones gramaticales cada uno.

Conviene detenerse ordenadamente en cada uno de esos cuatro números. Pero antes de hacerlo advertimos que, si bien a primera vista puede resultar un texto confuso e, incluso, con aparentes contradicciones, creemos posible ofrecer una lectura coherente de este art. 1302 CC. Para ello es preciso prestar atención a los muy numerosos, y no siempre técnicamente correctos, cambios de redacción propuestos a lo largo de la tramitación parlamentaria. Este esfuerzo viene obligado por una desafortunada redacción final producto de la refundición de distintas enmiendas, muchas veces inspiradas en orientaciones discrepantes. Con toda probabilidad, el legislador ha tenido dificultades para comprender en su correcta extensión las implicaciones del pleno reconocimiento de la capacidad jurídica a toda persona mayor de edad en el ámbito contractual. Además, en todo momento ha estado presente ese constante y subyacente choque entre los tres intereses a tutelar anteriormente mencionados: la autonomía de la persona con discapacidad, su protección y la confianza de terceros.

2. El numeral 1 recoge la regla, ya existente en el art. 1302 CC derogado, según la cual «[p]ueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos». En una aproximación inicial, destaca que en el texto del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 el artículo en cuestión entraba directamente a regular cuándo podían ser anulados los contratos celebrados por los menores de edad, obviando cualquier matiz previo. La omisión fue detectada en el curso de la tramitación parlamentaria, donde se volvió a insertar este primer párrafo; en concreto, fue en el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados, de 18 de

marzo de 2020, de modo que la LRAPD acoge finalmente, con buen tino, la frase reproducida con la que ya se iniciaba el original art. 1302 CC.

Señala DELGADO ECHEVERRÍA (1993: 548), refiriéndose a la versión primigenia, que aunque en un tiempo se extendió también su ámbito de aplicación a algunos supuestos de nulidad, es consolidada la idea de que el art. 1302 CC se destina a regular la legitimación activa de la acción de anulabilidad. En su dicción original el mencionado precepto disponía, en primer lugar, como repite ahora este inicial párrafo renovado, que esa legitimación corresponde solo a los vinculados por el contrato –incluidos los obligados subsidiariamente (DÍEZ-PICAZO, 2007: 596)– y no a los terceros. No obstante, ha de matizarse que esta es la regla general, pero que ha de quedar a salvo la excepción recogida en el último párrafo del art. 1301 CC, cuando se concede la citada legitimación al cónyuge de uno de los contratantes, quien es un tercero respecto del contrato de cuyo consentimiento se prescindió siendo este necesario (DELGADO ECHEVERRÍA, 1993: 549, califica tal supuesto como un cuerpo extraño al sistema, aportando una sucinta explicación histórica de su presencia en esta sede).

A continuación, el texto anterior del artículo 1302 CC contenía una nueva regla destinada a restringir la genérica del primer punto. Tras la reforma operada por la LRAPD, esta segunda regla restrictiva ha sido trasladada al numeral 4 del propio art. 1302 CC, la cual indica de modo negativo que sólo algunas de las personas interesadas –precisamente las protegidas por la norma– podrán tomar la iniciativa de invalidar el contrato, como oportunamente se comentará.

3. Una de las modificaciones más obvias que ha experimentado el artículo 1302 CC ha sido la atribución de un apartado específico para los contratos celebrados por los menores de edad y de otro para los celebrados por personas con discapacidad, en lugar de la genérica alusión a la incapacidad que se hacía en su versión precedente; se vuelve así a la diferenciación que ya hacía el Proyecto de Código civil de 1851 y que ahora deriva del sistema sentado por la LRAPD. Además, también a diferencia del texto anterior, en los dos casos se establece de forma positiva a quién corresponde ejercitar la acción y no solo a quién no corresponde, asunto este que, como hemos señalado, se reserva para el numeral 4.

Respecto a los contratos celebrados por menores de edad la norma utiliza una fórmula que obedece a la estructura de regla –podrán ser anulados por sus representantes legales o por ellos cuando alcancen la mayoría de edad– y excepción –no se anularán aquellos que puedan celebrar válidamente por sí mismos–. Sin embargo, con el nuevo tenor del art. 1263 CC habría sido preferible que este apartado del art. 1302 CC hubiese sido redactado totalmente a la inversa: el contrato celebrado por el menor de edad no emancipado es perfectamente válido y eficaz cuando se corresponda con las pautas del citado art. 1263 CC (regla), de modo que solo cuando estas no se cumplan podrá ser anulado por sus representantes legales o por ellos mismos cuando alcancen la mayoría

de edad –desde que salieran de la patria potestad o de la tutela, a tenor del art. 1301 CC– (excepción). Es más, en realidad no habría necesidad de que el art. 1302 CC repitiese la regla del art. 1263 CC y podría limitarse a aludir a los contratos celebrados por menores de edad fuera de los parámetros permisibles en este último precepto, únicos negocios que merecen ser tratados en sede de anulabilidad. En relación con la legitimación de los representantes legales del menor, creemos que tiene razón DELGADO ECHEVERRÍA (1993: 548) cuando, respecto al texto previgente, entendía que dicha legitimación no les correspondería –o al menos no solo– por su condición de representantes (esto es, en nombre del menor), sino más bien en nombre propio como facultad integrada en sus funciones de guarda legal.

Esto último es coherente también con el hecho de que la anulabilidad sea la figura más adaptada para el contrato celebrado por el menor emancipado cuando se haya prescindido del complemento de capacidad previsto ahora en los arts. 247 y 248 CC.

Como es lógico, en este punto del art. 1302.2 CC la reforma se ha centrado en aquellos contratos en los que, por hipótesis, la minoría de edad *es causa* de invalidez, de manera que no contempla, sin más, todo contrato celebrado por un menor. Es notorio que al menor le interesa siempre la anulación por esa causa, en atención al beneficio que le proporciona los arts. 1304 y 1314 CC, aunque pueda hacer valer también los vicios del consentimiento u otra razón de invalidez –en este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA (1995: 435), quien recuerda que, de concurrir diversas causas de invalidez, cada una opera con independencia de las demás–. Sin embargo, habrá supuestos en los que será aconsejable que el legitimado apele a otros motivos, pues la flexibilidad del art. 1263 CC (VARELA CASTRO, 2016: 31) puede generar dudas sobre si, en el caso concreto, el menor tiene capacidad para contratar o no; de tener dicha capacidad, no se aplica el art. 1302.2 CC. En tales casos la legitimación para anular (y para confirmar) corresponde al menor ex art. 1302.1 CC, no al representante legal –sin perjuicio de la asistencia que le pueda prestar este último (cfr. art. 162 CC y el nuevo art. 225 CC)–, resultando de aplicación al régimen jurídico de esas otras causas, no el que atiende *stricto sensu* a la minoría de edad.

4. El numeral tercero del art. 1302 CC, párrafo primero, contempla, en su literalidad, la hipótesis del contrato celebrado por persona con discapacidad que cuenta con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, apoyo que, no obstante, no utiliza («prescinde» de él, dice el artículo). A esta hipótesis se anuda el efecto según el cual los contratos así celebrados «podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen», así como por sus herederos si los titulares hubiesen fallecido antes de haber caducado la acción.

Para analizar el significado de estos términos, comenzaremos por señalar que, en contra de la opinión de otros autores que se han pronunciado por la rescisión por lesión como figura más adecuada para proteger la integridad patrimonial de las personas con

discapacidad frente a daños arbitrarios derivados de los contratos (por todos, LÓPEZ BARBA, 2020: 110), nuestra postura es que ha acertado el legislador al optar por la anulabilidad, mecanismo más flexible, que puede ser activado tanto judicial como extrajudicialmente y que, a diferencia de la rescisión, no posee carácter subsidiario; además, de producirse la declaración anulatoria, se ocasionan plenos efectos restitutorios, lo que no sucede con la rescisión.

Aunque de la literalidad de la disposición legal pudiera derivarse otra cosa, es oportuno advertir que en la mayor parte de los casos no se tratará de situaciones en las que el contratante con discapacidad cuente con «medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar», en general, sino con apoyos para celebrar un acto o contrato determinado, el cual efectivamente celebra sin utilizar dicho apoyo. Así se deduce de los principios de proporcionalidad y de necesidad que han de guiar el régimen de los apoyos a las personas con discapacidad, principios de los que se infiere que, salvo en situaciones excepcionales, el apoyo se precisará únicamente para actos o contratos concretos, como, por ejemplo, se dice de manera expresa en el art. 269 CC, cuando en relación con la curatela se dispone que los actos en los que el curador debe prestar apoyo deberán fijarse de manera precisa.

Tras echar el primer vistazo al precepto, la atención del intérprete se dirige hacia varios asuntos de los que deriva una larga retahíla de preguntas. Entre otras, cuál es la causa que permite la anulabilidad del contrato, si la mera discapacidad, la falta de apoyo, otra u otras diferentes; quién y cómo decide si una «medida apoyo» de la que «se prescinde» es o no «precisa»; qué sucede con los contratos celebrados por quienes no contaban con medidas de apoyo cuando en realidad las «precisaban»; si un contrato celebrado con apoyo es, en todo caso, inatacable, incluso cuando el apoyo prestado se revela insuficiente; o, en fin, si para anular el contrato, la persona con discapacidad tiene que contar necesariamente con el apoyo. A continuación, trataremos de dar respuesta a esta serie de interrogantes.

5. De una lectura precipitada del párrafo ahora comentado cabría pensar que la persona con discapacidad que ha celebrado un contrato se halla, siempre y en todo caso, facultada para anularlo cuando no hubiera actuado con el apoyo que tenía y podía utilizar, sea cual fuera la razón por la que no hizo uso de él. Entendida con esa amplitud, nos parece que la disposición no sería conforme ni con la CDPD, ni con los postulados básicos de la LRAPD, ni siquiera con las reglas generales de nuestro sistema de Derecho privado.

Para empezar, porque tal interpretación vendría a significar que a las personas con discapacidad con medidas de apoyo de cualquier clase relativas a la prestación del consentimiento contractual se les exigiría un requisito más que a los demás para dar plena validez y eficacia a los contratos que celebren; un requisito adicional que sería el de contratar con el correspondiente apoyo. Así interpretado, se estaría partiendo de

una idea que la CDPD rechaza y la LRAPD ha de evitar, cual es el de presuponer que las personas con discapacidad carecen de suficiente capacidad para contratar. Resulta claro que, si se afirma que el apoyo es necesario para la validez y eficacia del contrato celebrado, es porque en el fondo se considera que la persona que contrata sin él carece de suficiente capacidad.

En este error de interpretación caen, a nuestro juicio, las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley, núms. 324 y 477 (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, 18 de diciembre de 2020, pgs. 252 y 750), cuando afirman que «la anulación debe estar vinculada a la falta de apoyos precisos y no a la situación de discapacidad, pues de lo contrario se trata a las personas con discapacidad que no cuentan con apoyos como personas con capacidad limitada», y también la enm. núm. 126 (BOCG, Senado, núm. 172, 16 de abril de 2021, pg. 92) cuando señala que «si la persona actúa sin los apoyos cuando es necesario, se presupone que para esos actos no tenía la capacidad necesaria (por eso necesitaba apoyos)».

Tales presuposiciones no son aceptables. En ningún caso puede considerarse que la intervención del apoyo que la persona tenga a su disposición para ejercitar su capacidad para contratar es requisito para «complementar» su capacidad jurídica que, por hipótesis, es íntegra a tenor del art. 12 CDPD. Debemos recordar que el apoyo es un derecho de la persona con discapacidad, pero *no puede configurarse como presupuesto ni exigencia para el ejercicio de su capacidad jurídica*. Por eso ha sido un acierto la eliminación del párrafo segundo del 1263 CC –a cuyo comentario nos remitimos– que en la versión contenida en el Proyecto de Ley aludía a «las limitaciones» para contratar que supuestamente constituían los apoyos y que era un semillero de malentendidos, como evidencia, por ejemplo, la enm. núm. 130 (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, 18 de diciembre de 2020, pg. 85) y sus erróneas propuestas de modificación de estos preceptos en las se asociaba el apoyo con la adopción de salvaguardias para «garantizar la observancia de las limitaciones en la celebración de actos o contratos».

Si se exigiese tal requerimiento suplementario se trataría de una discriminación directa a las personas con discapacidad que no solo entraría en contradicción con la exigencia de trato igual que impone la rúbrica del art. 12 CDPD, sino que, a mayor abundamiento, se opone de manera frontal a su apartado 5 cuando obliga a los Estados parte a tomar las medidas pertinentes y efectivas «para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, *controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero*, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria» (la cursiva es añadida). La reproducción íntegra de este apartado es oportuna, toda vez que, mediante la cita de determinados negocios a título ejemplificativo, realiza una apelación directa al legislador nacional para que asegure que

el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de toda persona tenga su fiel reflejo en el ámbito contractual. Debe quedar claro que las implicaciones que la CDPD pueda tener en su trasposición a una legislación interna ni se circunscriben a actos personalísimos de la persona con discapacidad ni a aquellos en los que no haya una confianza del tráfico que proteger. Por supuesto que se puede criticar la filosofía de la reforma operada y sus repercusiones en el ámbito contractual (muy crítico, CARRASCO PERERA, 2018: *passim* y 2021: *passim*); pero lo cierto es que no era posible esquivar la reformulación del art. 1302 CC y concordantes tras la ratificación de España de la CDPD. Muy al contrario, como se lee en el apartado IV del Preámbulo de la LRAPD, la regulación sobre validez y eficacia de los contratos «debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva».

Retomando la cuestión anticipada, para evitar que se conciba el apoyo como un requisito necesario para la validez y eficacia de los contratos celebrados por la persona con discapacidad debemos encontrar un sentido a la primera frase del art. 1302.3 CC que resulte más conforme con las exigencias de la CDPD y con el conjunto de la reforma operada por la LRAPD. Para lograr ese fin nos parece conveniente distinguir tres situaciones diferentes.

6. La primera sería aquella en la que la persona con discapacidad que contrata sin el apoyo que tiene a su disposición para ese acto concreto carece de la llamada capacidad natural o competencia para realizarlo. Sería un supuesto en el que lo que falta en realidad es el consentimiento, esto es, la habilidad para entender y querer el negocio en cuestión y sus consecuencias. Llamamos la atención sobre el hecho de que tal falta de competencia puede darse con o sin la discapacidad antedicha, por lo que no se debe equiparar la denominada «incapacidad natural» con el concepto de discapacidad. Hoy en día, el consentimiento constituye un elemento esencial de cualquier contrato (art. 1261 CC), de modo que si este no concurre el contrato resultará nulo, a criterio de algunos, o anulable, según otra opinión, tal y como se explica en el comentario al art. 1263 CC. Nada hay que añadir, pues, a lo que se produce con carácter general en supuestos de falta de consentimiento, salvo que en ningún caso la ausencia de consentimiento o la presunción de ausencia puede derivarse, sin más, del hecho de que la persona en cuestión tenga cualquier tipo de discapacidad intelectual en su sentido más amplio o de que haya actuado sin el apoyo que tenía a su disposición.

Por eso no podemos estar de acuerdo con CARRASCO PERERA (2021: 13) cuando afirma que la reforma supone que el «discapacitado a secas» —es decir, el que carece de medidas de apoyo— nunca podrá pretender que «ha existido falta de consentimiento *a causa* de su discapacidad (...) *qua discapacidad*», aunque sí podrá hacer valer el 1261.1º CC si dicha falta de consentimiento procede de una «razón exógena a su discapacidad»; de no ser así, prosigue el autor, la ley no habría cambiado nada: se metería «a los discapacitados en el mercado rompiendo la puerta de la incapacidad» pero se les volvería a sacar de él «por la ventana angosta de la falta de consentimiento efectivo». Nosotros consideramos que lo que resulta totalmente contrario a la CDPD y al sistema

diseñado por la LRAPD es la equiparación entre discapacidad y falta de consentimiento efectivo. Lo que el nuevo sistema pretende que la mera discapacidad, *por si sola*, no valga como motivo de invalidez o ineficacia contractual. Y ello es predicable de los contratos celebrados tanto por la persona con apoyos para contratar que prescinde de ellos, como por la que carece de apoyo alguno. El sistema abandona aquello que sucedía en el anterior y que DE CASTRO (1952: 312) describía como la impugnación del contrato celebrado por el instituido incapacitado «con sólo alegar que está sometido a tutela», siempre y cuando –aclaraban DÍEZ-PICAZO (2007: 171) y MORALES MORENO (1993: 457) en atención a la reforma legal de 1983–, el contrato en cuestión entrara dentro del marco al que la incapacitación judicialmente declarada se extendía.

Para la ineficacia del contrato ya no basta con alegar *sin más* lo que anteriormente era un estado civil (la incapacidad). Esto es compatible con que la falta de aptitud natural para entender y querer pueda tener su origen en la discapacidad, entre otras circunstancias de la persona que contrata (la Circular informativa 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión permanente del CGN, pg. 2, califica la discapacidad como «situación de hecho» y niega con rotundidad que sea un estado civil). Lo que sucede es que siempre será necesario probar tal falta de aptitud o competencia, no resultando ni suficiente ni oportuna la prueba de la discapacidad en sí. La supuesta falta de competencia habrá de probarse «de modo evidente y completo», como señala la STS de 10 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7725), con cita de reiterada jurisprudencia que insiste en la necesidad de una prueba «cumplida» y «adecuada», respecto de quien conforme a la anterior regulación debía estar incapacitado y no lo estaba.

Es responsabilidad del operador jurídico realizar una correcta aplicación del sistema de conformidad con la CDPD, lo que conlleva evitar el recurso indiscriminado a una supuesta «incapacidad natural» del contratante con discapacidad. De no ser así, tiene razón CARRASCO PERERA (2021: 13) cuando afirma que se estaría «comprando la “emancipación” de los discapacitados con un precio de inseguridad jurídica que pagan las contrapartes contractuales». Pero, como decimos, una interpretación de la reforma como la que proponemos se aleja de este planteamiento.

7. La segunda situación anticipada sería aquella en la que la persona con discapacidad ha rechazado voluntariamente y sin vicios, presiones o influencias indebidas, el apoyo del que disponía para celebrar el contrato correspondiente, asumiendo así voluntariamente los riesgos de la contratación. Si admitimos esta posibilidad de rechazo, como creemos que debe hacerse (GARCÍA RUBIO (2020-2: 52) a pesar de que no haya sido expresamente reconocida en ningún precepto la LRAPD –a diferencia de lo que sucede, por ejemplo en el § 1814. 2 BGB, tras la ley de 4 de mayo de 2021, *zur Reform des Vormundschafts — und Betreuungsrechts*, precepto que expresamente reconoce que contra la libre voluntad de la persona mayor de edad no se puede establecer un asistente–, y también a pesar de que, a nuestro juicio de modo precipitado, la reciente STS de 8 de septiembre de 2021 (JUR 2021, 294961) que aplica ya la LRAPD, estime que

en este nuevo escenario normativo es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado, como era, precisamente el caso enjuiciado; decimos que si admitimos la posibilidad de rechazar el apoyo, no parece sensato que el contrato pueda ser impugnado con fundamento en la situación de discapacidad de uno de los contratantes; ni mucho menos, que sea precisamente la persona que rechazó el apoyo quien pretenda después anularlo. Ello constituiría una conducta contradictoria que cumple todas las exigencias del *venire contra factum proprium* y que permitiría al otro contratante defenderse paralizándolo la pretensión de anulación. La cuestión tuvo reflejo en la tramitación parlamentaria, donde la enm. núm. 127 (BOCG, Senado, núm. 172, 16 de abril de 2021, pg. 93) llegó a proponer la eliminación de la primera oración del párrafo primero del art. 1302.3 CC argumentando que «no se ve cómo podría impugnar el acto, aun asistido de quien presta el apoyo, quien previamente lo ha otorgado sin él, sin que eso suponga una contravención de los actos propios»; la enmienda no fue aceptada ni ello era preciso para evitar tal indeseado resultado, como enseguida se comprenderá.

Entendemos que en esta segunda tesitura el contrato sería válido, salvo que hubiese concurrido alguna otra causa de anulabilidad, como podría ser un vicio del consentimiento de la persona con discapacidad, no ya sobre el apoyo en cuestión –del que, por hipótesis, decidió voluntariamente prescindir, como hemos presupuesto–, sino sobre el consentimiento contractual; supuesto en la que las normas generales en materia de error, dolo, violencia o intimidación (arts. 1265 a 1270 CC), serían las de pertinente aplicación, como a cualquier otra persona.

8. La tercera y, sin duda, más compleja hipótesis, es aquella en la que la persona con discapacidad ha concluido el negocio sin el apoyo pertinente, pero no consta que haya renunciado o prescindido de él de forma voluntaria; debemos entonces volver a distinguir dos escenarios diferentes.

Por un lado, si ha contratado siendo víctima de error, dolo, violencia o intimidación susceptibles de viciar su voluntad de contratar o su voluntad de contar con el apoyo al que tenía derecho; entonces el contrato sería anulable por el propio interesado (con el correspondiente apoyo si fuera preciso), pero no por el mero hecho de haber actuado sin apoyo, sino con fundamento en la falta de integridad de su voluntad contractual como le sucedería a cualquier víctima de un vicio del consentimiento.

Por otro lado, el segundo escenario sería aquel en el que, aunque no haya certeza o constancia de que se ha renunciado voluntariamente al apoyo, lo cierto es que el contrato se ha celebrado entre la persona con discapacidad y el otro contratante sin contar para nada con dicho apoyo, pero sin que la persona con discapacidad haya sufrido ningún vicio en su consentimiento. A nuestro juicio, si en este caso se pretende la anulación del contrato a instancia del contratante con discapacidad, no basta con la aludida omisión del apoyo para apreciar que efectivamente se produjo una irregularidad

contractual, pues de hacerlo, de nuevo incurriríamos en la situación de discriminación antes denunciada, al contemplar el apoyo como un requerimiento adicional para la plena regularidad del contrato. Entendemos que se necesita algo más; algo que no se menciona expresamente en el punto destinado a la legitimación de la persona con discapacidad, pero que sí recoge el segundo párrafo de este numeral tercero del art. 1302 CC cuando contempla la legitimación activa del prestador del apoyo: en concreto, según este texto legal se requiere que «el otro contratante fuera concededor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta». Más adelante nos detendremos en el análisis de este enunciado, limitándonos ahora a señalar que debe entenderse aplicable no solo al caso de que quien inste la anulabilidad sea quien hubiera debido prestar el apoyo, sino también cuando lo haga la persona con discapacidad en la situación que se acaba de describir. Es cierto que según se lee en el texto relativo a la ventaja injusta previsto en el párrafo segundo del art. 1302.3 CC, este se aplica «en este caso [...] solo [...]», con lo que pudiera derivarse que queda circunscrito exclusivamente al supuesto en que la impugnación proceda de la persona a quien habría correspondido prestar el apoyo; conclusión todavía más reforzada por la división del numeral tercero del precepto en dos párrafos separados. Sin embargo, creemos que tal interpretación textual puede ser cumplidamente rebatida, como trataremos de hacer a continuación.

Una lectura de las distintas versiones que el legislador barajó para el art. 1302 CC desde el comienzo del proceso reformador, así como una revisión de las diversas propuestas de redacción contenidas en las numerosas enmiendas presentadas en la fase parlamentaria, pone en evidencia que, junto a numerosas modificaciones de fondo, se hicieron incontables cambios estilísticos; desgraciadamente, estos cambios no mantuvieron en todo momento una deseable y plena coherencia cuando las diversas propuestas fueron refundidas hasta llegar a la versión final.

El art 1302 CC del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020, a diferencia de la redacción propuesta por el Anteproyecto de la CGC, no recogía la legitimación para instar la anulabilidad de la persona a quien hubiese correspondido prestar el apoyo y no intervino en la celebración del contrato. Tal legitimación se planteó, de diversas maneras, a través de las enm. núm. 130, 247 y 400 (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, 18 de diciembre de 2020, pgs. 84, 182 y 294). A pesar de sus diferencias, en todas ellas el art. 1302 CC contenía un único párrafo que contemplaba, a lo que ahora interesa, la legitimación activa para anular el contrato tanto de la persona con discapacidad (y sus herederos), como la de quien podría haberle prestado apoyo y no intervino en el negocio; pero únicamente la enm. núm. 400 establecía que *en todo caso* «la anulación sólo proceder[ía]» –en idéntica expresión al actual art. 1302.3.II CC– en el supuesto de la obtención de «una ventaja» por la otra parte contratante.

Posteriormente la legitimación de ambos sujetos quedó plasmada en párrafos separados. En el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 27-3, 18 de marzo de 2021, pg. 63) ambos párrafos se presentaban de forma contigua, seguidos de otro atinente a la legitimación de los herederos de la persona con discapacidad, mientras que en la versión aprobada en la Comisión de Justicia (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 27-4, 25 de marzo de 2021, pg. 35) entre ambos párrafos se introdujo el relativo a dichos herederos. En las dos versiones, se incluyeron modificaciones de fondo por las que, solo en el supuesto en que la impugnación procediera de quien habría prestado apoyo y no lo hizo, se exigía la mala fe del otro contratante, mención sobre la volveremos más adelante.

Ahora interesa destacar que, en el Senado, mediante la enm. núm. 164, se propuso reordenar el numeral 3 del art. 1302 CC, con el propósito de separar en tres párrafos la legitimación de la persona con discapacidad, la de quien podría haberle prestado apoyo y no intervino, y la de los herederos de la primera. Además, se añadía un cuarto párrafo aplicable a todos los supuestos anteriores que volvía a insistir –con la misma expresión que la norma finalmente aprobada– en que «la anulación sólo procederá» en caso de obtención de «una ventaja injusta» por la otra parte contratante. Por su parte, la enm. núm. 269 –aludiendo a unas supuestas mejoras técnicas y de aclaración que a nuestro entender ni mejoraban ni aclaraban demasiado– proponía reunir en un solo párrafo la legitimación de la persona con discapacidad y los herederos, mientras que otro contiguo y separado se destinaba a la legitimación de quien siendo el proveedor del apoyo no llegó a prestarlo, cuando «haya existido mala fe por parte del otro contratante» (BOCG, Senado, núm. 172, 16 de abril de 2021, pgs. 115 y 190). Así las cosas, la enm. núm. 126 (BOCG, Senado, núm. 172, 16 de abril de 2021, pgs. 92) advertía que el precepto proyectado solo exigía la «mala fe del contratante cuando quien impugna el contrato es la persona a la que le hubiera correspondido prestar la medida de apoyo. No, en cambio, cuando es el propio discapacitado quien lo impugna asistido del mismo. No tiene sentido el trato diferenciado». Por eso instaba a suprimir la mención de la mala fe, aunque no proponía sustituirla por nada. Como ya destacamos anteriormente, el error de esta enmienda era entender que la anulabilidad se justificaba por la falta de la intervención del apoyo en la celebración del contrato.

Llegados a este punto, el Informe de la Ponencia del Senado (BOCG, Senado, núm. 185, 11 de mayo de 2021, pgs. 4 y 41) presentó una propuesta de modificación con base en las anteriores enmiendas, juntado y separando párrafos, cogiendo, eliminando o sustituyendo terminología y expresiones de esta u otra enmienda, cuyo resultado fue el precepto finalmente aprobado.

Consideramos que en el largo periplo descrito hay suficiente base para sostener, como se decía antes, que el motivo último que estaba barajando el legislador para permitir anular el contrato celebrado por la persona con discapacidad «prescindiendo» de las medidas de apoyo era la obtención por el otro contratante de una ventaja injusta. Este

requisito se tuvo muy presente a lo largo de la tramitación parlamentaria, a pesar de que la redacción final del art. 1303.3 CC da a entender, a primera vista, que tal causa de impugnación se reserva únicamente para el caso contemplado en su párrafo segundo y no en el primero. Pero esta lectura dejaría sin identificar el motivo que fundamenta la anulación del contrato en ese párrafo primero. Y aunque se puede considerar que en la tramitación parlamentaria –lugar natural de constantes cambios y reformulaciones– no hay ningún elemento decisivo que sostenga la interpretación que nosotros proponemos, en el sentido de extender la exigencia de la ventaja injusta también al primer párrafo, tampoco lo hay para sostener lo contrario.

Lo cierto es que, en vez de contraponer ambos párrafos del art. 1302.3 CC o de recurrir a una hipotética interpretación *a contrario* de la que se derive que en un caso la impugnación demanda unos elementos que no son exigibles en el otro, lo razonable es recurrir a una argumentación *a pari*: ya sea la persona con discapacidad o la persona quien podía prestar el apoyo la legitimada para impugnar el contrato, la anulabilidad procede cuando la otra parte contratante ha obtenido una ventaja injusta, circunstancia que en ambos casos constituye la idéntica, última y nueva razón por la que se concede la protección que significa la anulabilidad del contrato para la persona con discapacidad. Siendo así, la lectura que proponemos concuerda con una interpretación teleológica de la norma que trata de conciliar la promoción de la autonomía e independencia de la persona con discapacidad con su derecho a contar con el apoyo que precise, sin necesidad de concebir este como un requisito para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica y sin apreciar ilógicas diferenciaciones.

Desde otra perspectiva que hace primar la seguridad del tráfico y la protección de la confianza de los terceros, CARRASCO PERERA (2021: 7-9), analizando la reforma del art 1302.3 CC y sus concordantes, propone que la buena fe de la contraparte, que en el párrafo segundo del numeral tercero del precepto impide la impugnación del contrato, también impregne el supuesto del párrafo primero, aunque, en su opinión, la norma no lo recoge. Por el contrario, nuestra opinión es que, de conformidad con el espíritu de la reforma y sin un inasumible quebranto del texto, sí lo hace como se ha tratado de explicar en las líneas precedentes.

9. De lo expuesto surgen en cadena varias ideas que dan respuesta a otras preocupaciones suscitadas por las nuevas reglas del art. 1302.3 CC.

Comenzaremos por señalar que, aunque el precepto solo se refiera en su literalidad a la impugnación del contrato celebrado por la persona con discapacidad «prescindiendo» de las medidas de apoyo ya «provistas» –cuando el otro contratante obtiene una ventaja injusta, como se ha expuesto–, no existe impedimento alguno, sino más bien todo lo contrario, para permitir impugnar el contrato cuando la persona con discapacidad que lo celebra carece de cualquier medida de apoyo para contratar y la otra parte contractual obtiene dicha ventaja.

Conviene recordar al respecto que el Anteproyecto de Ley, el Proyecto, así como la redacción propuesta por el Informe de la Ponencia del Congreso, añadían en el 1302 CC un párrafo conforme al cual «si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal». En realidad, lo realmente controvertido de este texto finalmente desaparecido era la legitimación del Ministerio Fiscal en sede de anulabilidad (así, aunque con razonamientos erróneos, la enm. núm. 46 [BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, 18 de diciembre de 2020, pg. 30]), no la mención al supuesto en que la persona con discapacidad contrata sin tener apoyos, aunque distintas voces abogaron por su completa supresión. Unos entendían que ese párrafo permitía la anulación del contrato por la sola situación de discapacidad, lo que suponía considerar que las personas con discapacidad tienen su capacidad limitada; se pensaba además que para el caso allí previsto ya eran suficientes las normas sobre vicios del consentimiento (en este sentido, las ya mencionadas enms. núm. 324 y 477). Otros apuntaban que esa regla discriminaba a las personas con discapacidad y además desincentivaba que los terceros contratasen con ellas cuando estas carecieran de medidas de apoyo, al exponerlos a una posible anulación del contrato (cfr. la citada enm. núm. 247 y la enm. 49 [BOCG, Senado, núm. 172, 16 de abril de 2021, pg. 37]. También fue la opinión de Lora-Tamayo Villacieros en su comparecencia ante la Comisión de Justicia [Diario de Sesiones, Congreso, Comisión de Justicia, núm. 187, 26 de octubre de 2020, pg. 19]). A nuestro parecer, quienes sustentaban esta postura leían el inciso reproducido, y a la postre desaparecido, en el sentido de que permitía la anulación del contrato por la mera razón de la discapacidad de una de sus partes.

Posteriormente el párrafo fue eliminado en su totalidad, supresión que lleva a CARRASCO PERERA (2021: 6-7) a afirmar que, con la reforma, el «discapacitado a secas» por carecer de medidas de apoyo «no goza de ninguna protección especial»; ya no se le aplica «las normas que históricamente han *protegido a los incapaces*»; el contrato que celebre «no es impugnabile». Y añade este autor, con una lectura estrictamente literal del art 1302.3 CC que no compartimos, que en esta situación se encuentra también la persona con discapacidad que contrate con el apoyo de su guardador de hecho porque «la guarda de hecho informal no es una medida de apoyo “provista”, ni el guardador de hecho [considera, a nuestro juicio, erróneamente el autor] es la persona a la que hubiese “correspondido” prestar el apoyo».

Pues bien, nuestro parecer es que la eliminación de la referencia a la persona con discapacidad que contrata careciendo de apoyos –no así la supresión de la mención al Ministerio Fiscal– es desafortunada en la medida en que permita concluir que el contrato celebrado en tales circunstancias es *en todo caso* inatacable. Muy al contrario, la interpretación finalista de la norma en su conjunto y la argumentación *a pari* ya mencionadas nos mueven a defender que tal contrato podrá ser impugnado en caso de que la otra parte contractual obtenga una ventaja injusta.

Todo lo cual nos lleva a otra natural conclusión: la intervención de apoyo, *cualquiera que sea*, en la celebración del contrato tampoco es garantía de que este sea *en todo caso* válido (una relectura de las enmiendas ya comentadas muestra que este es un error en que muchas de ellas caían). CARRASCO PERERA (2018: 5), al analizar el Anteproyecto de Ley, se preguntaba qué sucede si el apoyo prestado no satisface en realidad una real asistencia contractual; veía las sombras de una posible anulación del contrato, si bien con posterioridad ha señalado que el «fracaso» de esta asistencia por su insuficiencia o incuria «no se traduce en defectuosidad de la medida a efectos de su validez en el tráfico negocial. No hace impugnabile el contrato» (CARRASCO PERERA, 2021: 14). Por supuesto que las circunstancias que menciona el autor no convierten sin más el contrato en impugnabile.

Por un lado, pensemos, por ejemplo, en que es el proveedor del apoyo quien ejerce una presión o influencia indebida sobre la voluntad de la persona con discapacidad, llevándola a celebrar un contrato que en realidad no se corresponde con su voluntad (LÓPEZ BARBA, 2020: 124, aludiendo a esta influencia indebida, dice que no se trata tanto de que anulen la voluntad, como de que aprovechándose de la situación de confianza, de la dependencia que la persona con discapacidad tiene de ellos, hace un uso inadecuado de su cargo que incide en la formación libre y transparente de la voluntad de la persona con discapacidad). En principio, parecería que se trata de riesgos con los que tiene que pechar la persona con discapacidad que, en su caso, no podrá actuar frente a la otra parte contratante, sino contra quien ejerció el apoyo de modo ilícito, exigiendo su correspondiente responsabilidad (como, por ejemplo, establece el nuevo art. 294 CC respecto al curador). Pero no se debe olvidar que también podrá anular el contrato si esta influencia del apoyo ha viciado su consentimiento por error, o por incluso por dolo, si la otra parte participó de la actuación ilícita del prestador de apoyo. Otra cosa es si el dolo exclusivo del apoyo, como tercero al contrato, bastaría para legitimar a la persona con discapacidad para anular el negocio; recordemos que, en general, se estima que el dolo del tercero no justifica la impugnación (MORALES MORENO, 1993: 469), pero intuimos que la proximidad de esta situación con la intimidación obliga, al menos, a pensar en su posibilidad.

Por otro lado, y dejando ya de lado el supuesto en el que concurra un vicio del consentimiento de la persona con discapacidad, la nueva causa de anulabilidad (la ventaja injusta) ha de ser también el parámetro para medir la validez de un contrato celebrado por la persona con discapacidad con su apoyo. En este supuesto, puede concurrir la idéntica razón justificadora de protección que en el caso del contrato celebrado por la persona con discapacidad sin la medida de apoyo. En efecto, aunque el contrato lo celebre la persona con discapacidad asistida por el apoyo, es perfectamente posible que el otro contratante se aproveche «de la situación de discapacidad» y obtenga una ventaja injusta. Esta posibilidad de sacar partido de la situación de discapacidad no se reduce al supuesto en que se contrata *solo y directamente* con la

persona con discapacidad. En nuestra opinión, lo determinante no es que el tercero contrate solo con la persona con discapacidad, con ella y su apoyo, o solo con el apoyo que la representa, sino evaluar si se ha obtenido la ventaja al obtener un provecho de la situación de discapacidad. Es posible abusar de la persona con discapacidad (abusar de la situación de discapacidad) abusando del apoyo; el concurso del apoyo no es, por sí solo, garantía de que el contrato vaya a ser equilibrado. Si no se permite articular la anulación del contrato cuando interviene el apoyo y el otro contratante obtiene una ventaja injusta al aprovecharse de la situación de discapacidad, creemos que, de nuevo, caeríamos en el error de entender que la actuación del apoyo resulta determinante para medir la «validez» del contrato.

En fin, todo lo anterior nos allana el camino para reducir el aparente rigor de los términos empleados por el art. 1302.3.I CC, así como otras incógnitas que se plantean al operador jurídico y cuya respuesta sintética, en algún caso ya avanzada en las páginas antecedentes, proponemos a continuación.

En primer término, el hecho de que el precepto se refiera a medidas «provistas» no debe entenderse como comprensivas únicamente de aquellas investidas formalmente; por el contrario, se hallan acogidas en él todo tipo de medidas de apoyo, incluidas las informales y, en consecuencia, la guarda de hecho.

En segundo lugar, la expresión «prescindir» de las medidas «cuando fueran precisas» no significa que la intervención de los apoyos sea indispensable para la plena validez del contrato; el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica es una prerrogativa que la persona con discapacidad puede utilizar o no; en consecuencia, la medida «precisa» es la que pudo resultar «útil» y el que «prescinde de ella» sencillamente «no la utiliza». El precepto deja intuir la posibilidad de que el apoyo podría haber obviado *ex ante* la causa de anulabilidad; ya sea el vicio del consentimiento o la ventaja injusta.

El legislador ha estado muy atareado en el empeño de comprender y aclarar si la mera discapacidad permitía o no la anulabilidad o si el apoyo era o no condición de la validez del contrato. Pero algunas líneas y probablemente bastantes problemas interpretativos se pudieron haber ahorrado en el 1302.3.I CC afirmando sencillamente que «Las personas con discapacidad también podrán anular, con el apoyo que precisen [léase, quieran] los contratos que celebren por sí solas o con alguna medida de apoyo cuando el otro contratante se hubiera aprovechado de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta». Con la utilización del adverbio «también», hubiera quedado clara cuál era la verdadera innovación legal en sede de anulabilidad y sería bastante más fácil la comprensión de un precepto preñado de giros equívocos susceptibles de las más variopintas interpretaciones, con el consiguiente coste para la seguridad del tráfico (sobre lo que incide CARRASCO PERERA, 2021: 15) y también para el logro efectivo del pleno reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en sede contractual.

En tercer lugar, dice la norma, tales «contratos podrán ser anulados por ellas [las personas con discapacidad], con el apoyo que precisen». Se debe entender que la persona puede optar entre anular el contrato con el apoyo o sin él; la decisión es únicamente suya, no de quien presta el apoyo ni de ninguna autoridad que pudiera inmiscuirse en el asunto.

10. Finalmente, el nuevo texto reconoce la posibilidad de que los herederos de la persona con discapacidad puedan ejercitar la facultad de anulación (lógicamente, en las mismas circunstancias que su causante) durante el tiempo que falte para completar el plazo de caducidad, cuando este no se hubiera completado en vida de su titular. Con relación a la versión original del artículo, DELGADO ECHEVERRÍA (1993: 548) –citando la STS de 4 de abril de 1984 (RJ 1984, 1926)– subrayaba la importancia de esta posibilidad respecto a los contratos otorgados por los «incapacitados» que fallecen en tal estado, comentario que no prejuzga que «naturalmente» los herederos de los restantes legitimados a los que alude el precepto tengan idéntica posibilidad. De hecho, DÍEZ-PICAZO (2007: 596) alude genéricamente a la legitimación de los herederos de todas las personas activamente legitimadas en el art. 1302 CC. Por lo tanto, probablemente hubiera sido más sensato que el legislador hubiese incorporado la legitimación de los herederos en el numeral 1 y no en el 3 del art. 1302 CC.

11. El segundo párrafo del art. 1302.3 CC permite que la anulación del contrato celebrado sin el apoyo pueda ser instada, además de por el contratante con discapacidad, por la persona encargada de prestar el apoyo preterido, si bien «en este caso, (...) solo procederá», en el supuesto de que «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», como venimos anticipando de modo repetido.

Ya hemos dejado constancia de que en el Proyecto de Ley, a diferencia de lo que hacía el Anteproyecto, la persona a quien correspondía prestar el apoyo no aparecía entre los legitimados para instar la anulación del contrato en ningún caso. En el curso de la tramitación parlamentaria varias enmiendas al proyectado art. 1302 CC (las ya citadas enm. núm. 130, 247 en el Congreso y la núm. 49 en el Senado) propusieron su inclusión, sin aparentes cortapisas, como legitimado para ejercitar la acción de anulabilidad del contrato celebrado por la persona con discapacidad sin haber contado con él. En nuestra opinión, con tal amplitud no solo se insistía en el error ya denunciado en líneas anteriores, al asumir sin ambages que la falta de apoyo en la celebración del negocio conformaba una irregularidad contractual, sino que se profundizaba en la oposición a la CDPD al permitir que el encargado de prestar apoyo pudiese anular el contrato celebrado por la persona con discapacidad, incluso contra la voluntad de esta o, cuando menos, prescindiendo de ella. De admitirlo así, estaríamos ante una actuación por sustitución proscrita en el modelo de la Convención, como reiteradamente repite la Observación General, núm. 1, de 19 de mayo de 2014 del Comité sobre los Derechos de

las Personas con Discapacidad. Distinta era la orientación de la ya citada enm. núm. 400, donde se aceptaba que la facultad de anular el contrato pudiese ser ejercitada por la propia persona con discapacidad cuando las medidas de apoyo se extinguieran, por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, así como, por aquel a quien correspondería prestar el apoyo, señalando a continuación que «[l]a anulación sólo procederá cuando se pruebe que el otro contratante se ha aprovechado de la situación de discapacidad, obteniendo de ello una ventaja [“injusta”]», como añadía la enm. núm. 164 ya vista.

Pensamos que estas enmiendas iban en la buena dirección, al asociar la posibilidad de anular el contrato celebrado por la persona con discapacidad sin el apoyo que tenía a su alcance, no a la discapacidad propiamente dicha, ni tampoco a la falta de apoyo, sino al ilícito aprovechamiento por el otro contratante de la especial situación de vulnerabilidad que constituía la discapacidad, obteniendo, precisamente por ello, una ventaja en su favor; de este modo, sería la ventaja ilícita o injusta la que convertía el contrato en irregular y, consecuentemente, en anulable a favor del contratante protegido por la norma.

En el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados el párrafo que estamos analizando experimentó una nueva modificación. Tras reconocer la legitimación de la persona con discapacidad que había actuado sin el apoyo que tenía a su disposición para ejercitar la acción de anulabilidad, el citado documento referido añadía: «Cuando haya existido mala fe por parte del otro contratante, los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de ellas cuando fueran precisas podrán ser anulados, además de por las personas enumerados [sic] en el párrafo anterior, por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo»; surgió así la mención expresa a la mala fe del otro contratante, que se recogería asimismo en otros artículos del CC afectados por la LRAPD (arts. 1163, 1304, 1314 o 1765 CC) y que se mantuvo en el texto aprobado por la Comisión de Justicia, si bien en un párrafo mucho más breve.

La mentada referencia a la mala fe del otro contratante planteaba no pocas dudas interpretativas como, por ejemplo, la de su difícil diferenciación con el supuesto de dolo que ya constituye *per se* una causa de anulabilidad de carácter general, con lo que poco o nada añadiría al sistema, como no fuera el complicarlo de modo innecesario. Al respecto, PANTALEÓN PRIETO (2021) consideraba esta alusión a la mala fe como una ocurrencia de última hora bastante insensata y se preguntaba si dicha mala fe consistía en que el contratante fuese consciente de que estaba contratando con una persona con discapacidad o si había que añadir, además, que obtuviese una ventaja aprovechándose de tal circunstancia; también se manifestó de modo muy crítico, CARRASCO PERERA, (2021: *passim*) para quien el texto de la ley parecía ilógicamente atar unos efectos a la mala o buena fe de la contraparte en unos casos y no en otros.

Poco después, ya en el Senado y con base en las ya aludidas enms. núm. 126, 164 y 269, apareció el texto que a la postre resultó definitivo. Ni en este art. 1302.3 CC ni en otro precepto concordante subsiste vestigio expreso de la mala fe, ahora reemplazada por la doble referencia al conocimiento de las medidas de apoyo u otro modo de aprovechamiento por la otra parte contratante, quien con ello obtiene una ventaja injusta.

Con la fórmula finalmente aceptada el encargado de prestar el apoyo a la persona con discapacidad, de cuya intervención se prescindió, podrá solicitar la anulación del contrato celebrado por esa persona, no por la citada omisión, ni tampoco por la situación de discapacidad del contratante a quien hubiera debido asistir. Ninguna de estas circunstancias será causa bastante para invalidar el negocio; únicamente podrá hacerlo en lo que aparentemente se presentan como dos escenarios (que, además, habrá de probar): (i) que el otro contratante conocía la existencia de las medidas de apoyo en el momento de la contratación; (ii) que el otro contratante se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta. Se nos antoja que entre ambas razones existen conexiones sutiles que conviene descifrar.

La referencia al conocimiento por la otra parte de la existencia de medidas de apoyo, nos obliga a plantearnos su relación con el régimen de publicidad registral de estas. Nos remitimos al comentario de los artículos correspondientes, comenzando por el art. 300 CC y por todos los concordantes de las leyes procesales, hipotecaria y del registro civil. Baste aquí señalar que en la medida en que la inscripción de las medidas de apoyo solo es imperativa en el caso del Reg. Civ. y que, además, se configura en este como un dato especialmente protegido (art. 83.1.b LRC) –de suerte que no es una información accesible a los terceros, salvo que la quiera dar a conocer la persona concernida– ya no se puede afirmar que la inscripción en el Reg. Civ. de las aludidas medidas pueda ser opuesta a la otra parte contratante, equiparándola a su efectivo conocimiento (con dudas MARIÑO PARDO, 2021).

Pero además, tal y como está redactado el párrafo del art. 1302.3 CC que ahora nos ocupa, parece claro que esta primera circunstancia no puede radicar exclusivamente en el hecho de que el otro contratante conociera la existencia de las medidas de apoyo, sino que, sobremanera, es preciso que de ese conocimiento haya obtenido un aprovechamiento, con el consiguiente quebranto para el contratante con discapacidad, como bien se deduce de la locución «de otro modo» recogida en la norma. Así entendida, esta primera coyuntura es un tanto redundante, incluso por partida doble. Parece que el precepto contempla el caso en que el contratante que conoce que el otro tiene derecho a un apoyo para contratar se lo calla de modo consciente, con el fin de obtener un beneficio patrimonial, con el consiguiente perjuicio para su contraparte; silencio que acaso cabría entender como un dolo omisivo –el primero oculta al segundo una circunstancia susceptible de viciar en el consentimiento contractual, obteniendo

además una ventaja a su favor–, con lo que se complica la delimitación entre los distintos fundamentos que justifican la anulación del contrato. Además, como decimos, este supuesto de hecho resulta absorbido por el segundo inciso: aprovecharse «de [cualquier] otro modo» de la situación de discapacidad del otro contratante, obteniendo así una ventaja injusta.

En síntesis, atendiendo a las redacciones barajadas durante la tramitación parlamentaria relativas a la legitimación de la persona a quien habría correspondido prestar apoyo, nos parece que hubiera sido más sensato y más claro circunscribir la causa de la anulación a la obtención de una ventaja injusta por parte de quien contrató con la persona con discapacidad, tal y como preveían las citadas enms. núm. 400 y 164. No obstante, el resultado no es muy diferente al derivado de la interpretación que proponemos para la mucho más compleja fórmula finalmente incluida en el texto legal.

Centrados en el art. 1302.3.II CC, nos preguntamos, en primer lugar, por qué se le concede expresa legitimación a quien hubiera podido prestar el apoyo y no lo hizo y, en particular, si con esta expresa legitimación este sujeto puede anular el contrato en contra del criterio de la persona con discapacidad, en el específico supuesto en que la otra parte contratante obtiene una ventaja injusta, lo que nos conduciría a cuestionar por qué aquí se mantiene un resquicio del interés superior que se desecha en la generalidad del texto de la reforma.

En atención al espíritu de la CDPD y la LRAPD estamos convencidos de que ni cabe ninguna sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad ni esto es lo que pretende la regla que concede legitimación activa a quien hubiera correspondido prestar el apoyo (al respecto, PANTALEÓN PRIETO, 2021, criticaba que en el Proyecto de Ley se hubiese eliminado esta legitimación prevista en el Anteproyecto, quizás porque se entendía que la persona con discapacidad «dejase de ser la dueña» de la decisión sobre la anulación del contrato, lo cual, según señalaba el autor con acierto, sería una hipótesis que una «interpretación sensata» de la norma rechazaría). Ya lo haga la propia persona con discapacidad en soledad, ella con la colaboración de quien le preste el apoyo, o esta última por instrucción o en representación de aquella, la decisión sobre la anulación ha de respetar escrupulosamente la voluntad, deseos y preferencias del contratante con discapacidad y, por lo tanto, ni podrá hacerse contra esa voluntad ni prescindiendo de ella (sobre los casos límite en que «resurge» una actuación sustitutiva del representante, GARCÍA RUBIO, 2020-2: 53).

12. El legislador –en sus idas y venidas, al combinar distintas propuestas, en su aprendizaje de las consecuencias del pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de toda persona, en la búsqueda de fórmulas de compromiso, en fin, en el complejo proceso de asunción del nuevo paradigma de la discapacidad– nos ha dejado un precepto de compleja redacción e interpretación, circunstancia que puede llegar a

comprometer que su aplicación se ajuste debidamente a las finalidades y filosofía inspiradores de la reforma.

Para evitarlo, sintetizando las ideas centrales que hemos pretendido plasmar en las páginas que anteceden, nuestra propuesta interpretativa es que, de conformidad con las reglas generales que imponen la coherencia del comportamiento negocial, si la persona con discapacidad no ha utilizado de modo voluntario la medida de apoyo que tenía a su disposición, siendo su voluntad suficiente para la renuncia y para contratar, asumiendo así los riesgos derivados del negocio, no puede posteriormente anular el contrato, ni tampoco podrá hacerlo aquella a la que hubiera correspondido prestar el apoyo.

Por el contrario, el contrato celebrado por una persona con discapacidad que no ha utilizado un apoyo para contratar, pero tampoco consta su rechazo a dicho apoyo, podrá ser anulado por ella sin, con o a través de la persona que pudiera darle ese apoyo; dicha anulación será posible tanto en la hipótesis general de haber sufrido un vicio del consentimiento, como en el caso particular y novedoso de que la otra parte contratante se hubiere aprovechado de la situación de discapacidad, obteniendo una ventaja injusta. Frente a lo que la literalidad del precepto finalmente incorporado al art. 1302.3 CC pueda dar a entender a primera vista, creemos que nuestra interpretación entra dentro de esta tormentosa norma.

Una vez estudiados los dos párrafos del art. 1302.3 CC, creemos que habría sido suficiente con que el precepto se limitase a afirmar que «Las personas con discapacidad también podrán anular, con el apoyo que precisen [léase, quieran] los contratos que celebren por sí solas o con alguna medida de apoyo cuando el otro contratante se hubiera aprovechado de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta». Y también creemos que, frente a lo que la letra del precepto pueda dar a entender a primeras, nuestra interpretación entra dentro de la norma finalmente aprobada.

Así leído, se equilibra el interés de la persona con discapacidad, quien ve reconocida su capacidad para vincularse jurídicamente a través de contratos, con el interés de la confianza del otro contratante, quien solo se hallará desprotegido si en realidad no merece la tutela por haberse aprovechado de la situación de discapacidad de otro, obteniendo una ventaja injusta. En consecuencia, la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona con discapacidad solo adquiere relevancia anulatoria cuando el contrato resulta injustamente desequilibrado, o lo que es lo mismo, es el desequilibrio y no la discapacidad la razón que hace quebrar la plena validez del negocio. Se llega así al fin que anhelan quienes se muestran tan críticos con la reforma: que los riesgos de contratar con personas con discapacidad no recaigan sobre el que «opere de buena fe (mientras no pretenda extraer ventajas especiales de la infirmitad del otro)» (CARRASCO PERERA, 2021: 3).

Por otro lado, la interpretación descrita coherente perfectamente con los postulados de la CDPD, muy distanciados de una concepción de la capacidad basada en las características mentales del individuo (modelo médico), para pasar a considerar los factores ambientales y las particulares circunstancias de la transacción (VARNEY, 2017: 519). Asimismo, supone una manera de entender el contrato que supera su visión tradicional como vehículo de intereses contrapuestos y recíprocamente egoístas, para adoptar un punto de vista según el cual la autonomía contractual no es vista tanto como la expresión de los intereses individuales de las partes, sino más bien como autonomía relacional en la que ambos intereses deben conciliarse y en el que se perfila como fundamental el principio de solidaridad contractual (BARCELÓ COMPTE, 2019: 69).

Por lo demás, lejos de imponer una innovación carente de antecedentes, la norma se inspira en una figura bien conocida en el moderno Derecho de contratos, donde se combinan criterios de justicia sustantiva (ventaja injusta o desequilibrio excesivo en favor de una parte) con otros de justicia procedimental (aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad del otro contratante). Pudiera decirse que en la LRAPD la figura de la ventaja injusta se ha introducido a modo de avanzadilla apenas para el caso de que el vicio procedimental haya consistido, precisamente, en aprovecharse de la vulnerabilidad específica que representa la situación de discapacidad. Desde otro punto de vista, incluso cabe considerar al expediente descrito como un mecanismo de salvaguardia frente a los posibles abusos de terceros, avalado también, aunque sea de modo reflejo, por el art. 12 CDPD; en esta línea, entiende BARCELÓ COMPTE, 2019: 21, que la previsión legislativa relativa a la ventaja injusta permitirá a los operadores jurídicos ofrecer protección en aquellas circunstancias que se sitúan más allá de un vicio del consentimiento, reportando un beneficio excesivo a una de las partes, a quien se reprocha un conocimiento efectivo o inexcusable de la situación en la que se encontraba la otra parte, contractualmente más débil.

No es inoportuno preguntar entonces por qué, con ocasión de esta reforma, no se ha introducido una regulación general de la ventaja injusta, en lugar de reservarla exclusivamente para los contratos celebrados por personas con discapacidad. Sin duda, correctamente articulada la citada figura podría ser lo suficientemente flexible para dar cabida, entre las múltiples situaciones de vulnerabilidad, a la específica de discapacidad de uno de los contratantes (BARCELÓ COMPTE, 2019: 21). Es más, esta innovación general se ajustaría a los razonables planteamientos para los que la protección de las personas con discapacidad en el ámbito contractual debe pasar por la construcción de mecanismos que estén disponibles no para ellas específicamente, sino también para cualquier persona que merezca tal particular tutela (VARNEY, 2017: 500-502).

Lo cierto es que el objetivo de la LRAPD residía únicamente en la adaptación del ordenamiento español al art. 12 CDPD, quedando muy lejos de su alcance la modificación integral de la teoría general del contrato del Código Civil español, reforma tan urgente y necesaria como desatendida hasta ahora por el poder político. Mientras

esta esperada modificación no se produzca, la figura en cuestión se ha plasmado, como decíamos, a modo de avanzadilla. En tal sentido, transcribimos aquí las palabras de la profesora y diputada Moro Almaraz en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados: «Hemos defendido que debía incorporarse en nuestro código, para alcanzar el mejor equilibrio, el principio de la ventaja injusta respecto a situaciones de vulnerabilidad, en este caso, la discapacidad, como ya se recoge en el derecho comparado. No ha sido posible alcanzar un consenso pleno en ello, pero sí una aproximación (...)» (Diario de Sesiones, Congreso, Comisión de Justicia, núm. 316, 16 de marzo de 2021, pg. 9).

13. Por su parte, el art. 1302.4 CC viene a reproducir, con ciertas modificaciones, una regla que en el texto anterior del art. 1302 CC se situaba a continuación de la contenida actualmente en el numeral primero. Lo que el citado párrafo impone de modo negativo es que sólo algunas de las personas vinculadas por el contrato –precisamente las protegidas por la norma– pueden tomar la iniciativa de invalidarlo.

La segunda parte de este numeral 4 relativa a los vicios del consentimiento es reproducción exacta del texto original. Sin embargo, la primera parte, que en la versión precedente aludía a las «personas capaces» y a la «incapacidad», se refiere ahora a «contratantes», por un lado, y «minoría de edad» o «falta de apoyo de aquel con el que contrataron», por otro. Es de interés señalar que el texto definitivo resultó de la versión contenida en el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados; no se corresponde ni con el Anteproyecto ni con el Proyecto de Ley, según los cuales: «Las *personas capaces* para contratar no podrán, sin embargo, alegar la minoría de edad o *la discapacidad* de aquéllos con los que contrataron» (la cursiva es añadida).

Comentando la versión definitiva, la sustitución de la referencia a las «personas capaces» –ya contenida en el texto primigenio– por la de «los contratantes» es coherente con el nuevo sistema que parte del pleno reconocimiento de la capacidad jurídica a toda persona adulta, sin admitir distinciones ni en cuanto a la titularidad ni en lo que atañe al ejercicio de los derechos.

Por otro lado, el cambio de la mención a la «discapacidad» por la de «la falta de apoyo de aquel con el que contrataron» coincide con la expresión contenida en la ya reiterada enm. núm. 400 del Congreso de los Diputados, si bien todas las enmiendas presentadas en el Congreso con relación al art. 1302 CC, de una u otra manera, proponían una alteración similar. Al respecto, recordamos que las enm. núm. 324 y 477 señalan que el propuesto cambio, junto a otros, respondía a la idea de que la anulación debe estar vinculada a la falta de apoyos precisos y no a la situación de discapacidad, lo cual, a nuestro juicio ya expuesto en páginas precedentes, supone un error de planteamiento. Precisamente por ello, pensamos que 1302.4 CC no debería haber hecho alusión ni a la discapacidad ni a la falta de apoyo, sino únicamente a la obtención de la ventaja injusta por la otra parte contratante –verdadera nueva causa de anulación– precisamente para

indicar, junto a las restantes, que no puede ser invocada por el contratante no protegido por la anulabilidad.

14. Tenemos, en fin, que plantearnos en esta sede la situación en la que se encuentran los contratos celebrados por el curador que ejerce funciones de representación en los casos en los que precisa autorización judicial (arts. 287 CC y por remisión también los actos del guardador de hecho *ex art.* 264 CC) y, sin embargo, se omita esa autorización. Ni el art. 1302 CC que ahora comentamos, ni ningún otro de los incluidos en la LRAPD, se ocupan directamente de estas hipótesis.

Al respecto, conviene recordar que la jurisprudencia, en casos precedentes que guardan analogía con el planteado, en los que el representante legal ha omitido la necesaria autorización judicial, ha dado respuestas diferentes: en ocasiones ha apreciado la nulidad de pleno derecho por falta de consentimiento o por ir contra una ley imperativa (STS de 17 de febrero de 1995 –RJ 1995, 1105–, o STS de 21 de enero de 2000 –RJ 2000, 113–); en otros ha considerado que se trata de una situación análoga a la del art. 1259 CC, en la medida en que plantea una extralimitación del poder, de suerte que, no siendo ratificado, el acto estará incompleto (STS 22 abril 2010 –RJ 2010, 2380– o STS de 28 de octubre de 2014 –RJ 2014, 5847–, que admite expresamente la posibilidad de ratificación); en fin, la tercera opción es la de la anulabilidad del contrato, por la que apuesta la STS de 10 de enero de 2018 –RJ 2018, 156–, con profusión de argumentos en favor de esta postura y donde, entre otras cosas, se dice que «la finalidad de la exigencia de autorización judicial para los actos realizados por el tutor no era, en la tradición jurídica del Código civil, ni lo es en la actualidad, la de complementar la capacidad de quien no la tiene plenamente reconocida por el ordenamiento. Se dirige, por el contrario, a garantizar que los actos realizados por el tutor y que pueden comprometer de manera importante la entidad del patrimonio del tutelado se realicen en su interés», argumento, este último, que ya casa mal con la LRAPD.

Lo cierto es que se consolide o no definitivamente esta última posición (lo que plantea MARIÑO PARDO, 2021), conforme a la cual los actos realizados por el representante sin la precisa autorización judicial previa, cuando la ley la exige, son anulables (aunque no faltan quienes opinan que no es oportuna en los negocios en los que la falta de autorización *ex ante* se ha asumido conscientemente y se admite una convalidación *ex post*, más cercana a la solución del art. 1259 CC; en tal sentido, GOMÁ LANZÓN, 2018-2: 509 y ss.), debe quedar claro que, en la hipótesis que nos ocupa, lo que la autorización judicial previa (o, en su caso, posterior) ha de garantizar no es el mejor interés de la persona con discapacidad. Lo que la autoridad judicial debe controlar, y ello se puede considerar una medida de salvaguarda en el sentido del art. 12.4 CDPD, es que la decisión del representante no es sustitutiva de la voluntad del representado, sino que ha sido tomada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, incluyendo, en su caso, el recurso a la trayectoria vital de esta, sus creencias y valores, así como los factores que esta hubiera tomado en consideración;

todo ello con el fin, como se dice en el art. 249 CC en su tercer apartado, «de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación» (GARCÍA RUBIO, 2021: 14).

15. Para concluir, insistimos en la idea de que la anulabilidad está configurada como una invalidez de protección, de forma que solo la persona a quien la norma pretende tutelar puede hacerla valer. No obstante, como con respecto a la versión precedente nos recuerda DELGADO ECHEVERRÍA (1993: 548-550), el precepto olvida que algunos vicios invalidantes no tienen por qué provenir de la otra parte contratante, por lo que si bien «parece» que esta otra parte contractual no podrá pedir la anulación del contrato con base en tal causa de la que era ajeno o desconocedor, lo cierto es que se encuentra en una situación «incómoda e insegura» en cuanto que los efectos del negocio están en manos de quien sufrió el vicio, quien puede decidir o no anular el contrato y mantener la situación de duda durante cierto tiempo. Por ello, entiende el ilustre profesor aragonés, extrapolando su razonamiento al caso –que a nosotros más interesa– en que la parte contractual sí originó el vicio invalidante, que no hay por qué llevar los perjuicios para esta más allá de lo que exija la razonable protección del inocente, de forma que «parece deseable que pueda forzarse a éste a decidir definitivamente sobre la eficacia o ineficacia del contrato». En tal sentido, ya DE CASTRO (1971: 508), consideraba aconsejable recurrir a la provocación del acto propio o a la confirmación tácita: si el contrato no ha sido cumplido, ofrecer su cumplimiento; si el contrato se ha consumado, ofrecer la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido objeto del mismo.