

EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION Y EL DEBER DE  
LOS ESTADOS PARTES DE PROTEGER A LAS PERSONAS  
CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD  
JURÍDICA\*

*ARTICLE 12 OF THE CONVENTION AND THE DUTY OF STATES  
PARTIES TO PROTECT PERSONS WITH DISABILITIES IN THE  
EXERCISE OF THEIR LEGAL CAPACITY*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 668-689*

\* Investigación realizada en el marco del Proyecto de Excelencia "Claves jurídicas del bienestar social para una Andalucía más inclusiva" (PI8-RT- 4629).



Elena LÓPEZ  
BARBA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

**RESUMEN:** El presente estudio pretende aportar una valoración crítica de la reciente reforma acaecida en el Código civil español en materia de capacidad jurídica. En concreto, en relación al deber de proteger el patrimonio de las personas con discapacidad contemplado en el artículo 12.5 in fine de la Convención de 2006, cuando impone a los Estados velar “por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

**PALABRAS CLAVE:** Capacidad jurídica; persona con discapacidad; medidas de apoyo; deber de protección.

**ABSTRACT:** *Abstract: This study aims to provide a critical assessment of the recent reform in terms of legal capacity produced in the Spanish Civil Code, in relation to the duty to protect the assets of persons with disabilities contemplated in article 12.5 in fine of the 2006 Convention, when it imposes on States to ensure “that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property.”*

**KEY WORDS:** *Legal capacity; persons with disabilities; support measures; effective safeguards.*

**SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. “NUEVAS” SOLUCIONES PREVISTAS EN EL CÓDIGO CIVIL.- 1. La anulabilidad.- 2. La ventaja injusta.- 3. La influencia indebida.- III. OTRAS VÍAS POSIBLES.**

---

## **I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.**

El artículo 12.2 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>1</sup> proclama la igualdad de todas las personas ante la capacidad jurídica, no solo en cuanto a su titularidad, sino, también, y esta es la clave, en cuanto a su ejercicio. Tras años de demora este mandato encuentra acomodo en el Código civil, merced a la reforma propiciada por la Ley 8/2021<sup>2</sup>, que abre las puertas a las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial a actuar en el mercado en primera persona<sup>3</sup> y en igualdad. Esto supone la incorporación al tráfico jurídico de un colectivo que hasta el momento estaba apartado, toda vez que actuaba representado o sustituido por sus tutores, padres con la patria potestad prorrogada o rehabilitada...

Pero la orden de la Convención (art. 12.2) que da pie a este nuevo escenario no viene sola. Los Estados deberán desarrollar todos los mecanismos necesarios que permitan a las personas con discapacidad acceder al apoyo que necesiten en cada momento. Medidas de apoyo que auxilien al sujeto que las requiera y que le posibiliten que sea él, y no la medida de apoyo, quien se manifieste de acuerdo con su voluntad, deseos o preferencias (art. 12.3). No menos importante resulta el mandato, en virtud del cual, los Estados serán los encargados de dotar de instrumentos de protección a la persona y a los bienes de la persona con discapacidad, salvaguardia que se instrumentaliza, de una parte, ante posibles actuaciones abusivas, inadecuadas, desproporcionadas... de los prestadores de apoyo (12.4), y de otra, ante eventuales privaciones de bienes de manera arbitraria

---

1 Convención hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, Instrumento de Ratificación de la Convención publicado en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, vigente desde el 3 de mayo de 2008.

2 BOE núm. 132, de 03 de junio de 2021.

3 Todo lo afirmado en este trabajo debe entenderse sin perjuicio de lo especialmente previsto para las personas con discapacidad que queden bajo un concreto tipo de medidas de apoyo: el curador con facultades representativas (art. 249 CC), supuesto excepcional en el que el sujeto sí resultaría representado en atención a la afección padecida siempre que esta impida conocer, de ningún modo, su voluntad, deseos y preferencias. *Apud thema vid.* LÓPEZ AZCONA, A.: “Capacidad jurídica y discapacidad intelectual y psicosocial: a vueltas sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su interpretación por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en AA.VV.: *Capacidad y protección de las personas menores de edad en el Derecho* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y L. PÉREZ GALLARDO), Ediciones Olejnik, 2021, pp. 113 a 142.

padecidas en la gestión de sus propios asuntos por la persona con discapacidad (12.5 *in fine*).

Repasando la nueva redacción dada a los preceptos del Código civil, en vigor desde el 3 de septiembre de 2021, podría decirse que el legislador ha cumplido con éxito su objetivo en la búsqueda del tan proclamado cambio de paradigma, el reto no era fácil, como tampoco nos parece que lo sea la labor de formación que esta nueva realidad comporta para los “operadores jurídicos”<sup>4</sup>, y, también, para la sociedad en su conjunto<sup>5</sup>. Además del desafío y el esfuerzo que ha de suponer la readaptación de las situaciones preexistentes al nuevo guion normativo<sup>6</sup>. Pero, aun así, podemos concluir que hay motivos para el optimismo.

En el sentir de muchos, y en el nuestro también, toma fuerza la idea de que la clave del verdadero éxito de esta reforma está en la implicación de todos en la difusión, en la formación del conocimiento de lo que verdaderamente supone esta nueva realidad legislativa. Si fracasamos en este punto, si no se consigue propagar, hacer pedagogía del auténtico sentido de la norma, si los actores implicados no alcanzan a aprehenderla en profundidad, nos veremos abocados a la repetición de los antiguos esquemas “disfrazados” de modernidad, pero a la postre una vuelta a lo mismo. Algo así, salvando las distancias, como sucediera con la bien intencionada reforma del año 1983<sup>7</sup>.

4 Disposición adicional segunda. Formación en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

“1. El Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación general y específica, en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, en los cursos de formación de jueces y magistrados, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, fuerzas y cuerpos de seguridad, médicos forenses, personal al servicio de la Administración de Justicia y, en su caso, funcionarios de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales que desempeñen funciones en esta materia.

2. Los Colegios de Abogados, de Procuradores y de Graduados Sociales impulsarán la formación y sensibilización de sus colegiados en las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España impulsarán la formación y sensibilización en dichas medidas de Notarios y Registradores respectivamente.”

5 Son muchos los profesionales empeñados en la labor de divulgar a toda la sociedad los importantes cambios previstos en la nueva regulación, como única vía posible para garantizar la auténtica integración con éxito de las personas con discapacidad. Como ejemplo sirva el artículo publicado en un diario local por el Notario Tomás GIMÉNEZ VILLANUEVA, Huelva Información, 2 de septiembre 2021.

6 Disposición transitoria quinta. Revisión de las medidas ya acordadas.

“Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.

Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.”

7 Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, BOE 26 de octubre de 1983.

A la preocupación de que una falta de formación de los sujetos implicados, en realidad toda la sociedad, lleve al traste con el éxito de la reforma, se suma un hecho achacable directamente al legislador, cual es la omisión en el desarrollo legislativo de una fórmula que verdaderamente diera cumplimiento al mandato del artículo 12.5 *in fine* de la Convención. La falta de esta adecuada protección puede conducir, en nuestra opinión, a dos escenarios posibles, o permitimos que los daños arbitrarios padecidos sobre los bienes de las personas con discapacidad consecuencia de su actuación en el mercado queden sin protección, esto es, que soporten inexorablemente los daños injustos; o para evitar este riesgo, con el ánimo de salvaguardarlo frente a los mismos, se tienda a volver en la práctica, a través de subterfugios, a las normas que justo hemos dejado atrás, a las limitaciones de sus actuaciones en primera persona.

Como causas que expliquen la falta de una más decidida defensa del legislador español del patrimonio de las personas con discapacidad en su actuación en el tráfico jurídico ante posibles daños arbitrarios pueden barajarse diversas, pero, en nuestra opinión, la verdadera causa hay que buscarla en motivaciones de índole económicas, que provienen del inevitable choque que se produce entre el tradicional principio de mantenimiento y seguridad del tráfico jurídico y la necesidad de proteger de manera privilegiada los bienes de las personas con discapacidad ante daños arbitrarios acaecidos en su actuación en el mercado (12.5).

Solo ahí parece encontrarse el porqué de que el tan traído “cambio de paradigma” no alcance con la intensidad que cabría esperar a las normas relativas a las obligaciones y contratos. Por el contrario, la posición adoptada sobre este particular por el legislador ha sido muy conservadora, se ha limitado a realizar pequeños retoques de adaptación, pero sin entrar en modificaciones del calado que resultaban precisas.

En su descargo cabe reconocer, una vez más, que se trata de una tarea muy complicada, pues habría que haber ideado una fórmula que reportara, a un tiempo, el equilibrio entre la protección privilegiada –no discriminatoria- del patrimonio de las personas con discapacidad en su actuación en el mercado, en primera persona, y la seguridad y estabilidad del tráfico jurídico.

Prueba de la dificultad sería el riesgo que supone que una excesiva protección de un colectivo, en la búsqueda de seguridad en su intervención en el mercado, nos llevara a la paradoja de producir el efecto contrario, cual sería su expulsión de facto del tráfico jurídico por no encontrar con quién contratar, o encontrándolo, que fuera a un mayor coste o con mayores exigencias<sup>8</sup>.

---

8 En este sentido MARÍN CALERO, C.: “Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad”, p. 8, afirma que “Si las personas con discapacidad quieren integrarse verdaderamente en él, y por supuesto quieren, no pueden permitirse ciertos lujos, porque quedarían expulsadas del mercado;

A la vista del texto aprobado puede decirse que nuestro legislador acepta, *a priori*, sin reservas su compromiso con la igualdad en el reconocimiento de la titularidad y el ejercicio de la capacidad jurídica, dotando a los sujetos de las medidas de apoyo necesarias, protegiendo a las personas con discapacidad de las posibles actuaciones inadecuadas de los prestadores de apoyo, ante posibles situaciones de conflicto de intereses, abuso de posición, influencia indebida, actuación desproporcionada o que persigan el interés del discapacitado en detrimento de su voluntad, deseos o preferencias.

Otro juicio nos merece la nueva norma, si a lo que nos referimos es al deber de protección que debió arbitrar en orden a los daños patrimoniales injustos padecidos por la persona con discapacidad y que no resultan achacables a la labor de la figura de apoyo. Circunstancia de gran importancia, por cuanto ya hemos insistido, que tras el igual reconocimiento de la capacidad jurídica en su titularidad y ejercicio nada impide la intervención de las personas con discapacidad en el mercado en primera persona. La clave está en que tras su intervención en el tráfico jurídico en el ejercicio de la capacidad jurídica se genera la responsabilidad sobre el propio patrimonio<sup>9</sup>, como cualquier otro sujeto, sin embargo, en su condición de grupo vulnerable, y porque lo ordena la Convención, sea preciso llevar, también, a nuestro ordenamiento una fórmula que ofrezca la debida protección no discriminatoria en los casos en los que se pudiera acreditar la “privación de sus bienes de manera arbitraria”. Tras la reforma de 2021 ya no es posible que la voluntad de la persona con discapacidad sea sustituida o suplida, por lo que, como mecanismo de salvaguardia, necesariamente, habría que implementarse un instrumento de protección acorde con el nuevo escenario.

La igualdad propugnada por el artículo 12 de la Convención de todos los sujetos mayores de edad ante la capacidad jurídica, sin posibilidad de distinción en orden a la titularidad y ejercicio de los derechos, la erradicación de posturas paternalistas tendentes a la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, sin perjuicio de las medidas de apoyo que le pudiera corresponder, no está exenta de consecuencias, en el sentido de que el ejercicio de la autonomía de la voluntad origina responsabilidad sobre el patrimonio del sujeto por lo que él mismo ha actuado. Si todos por igual tienen capacidad, todos por igual pueden contratar y todos por igual comprometen su patrimonio según lo actuado. Frente a esto la

---

podrían válidamente contratar y no encontrarían con quién hacerlo. No puede obligarse a nadie a que contrate con ellas, y no lo harán si nos excedemos en la protección de sus contratos.”

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765EIE/\\$FILE/I09\\_I\\_apoyos\\_5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765EIE/$FILE/I09_I_apoyos_5.pdf)

9 En palabras de PARRA LUCÁN: “La atribución de efectos jurídicos a la voluntad supone el reconocimiento del poder de crear relaciones, derechos y deberes jurídicos. En virtud del ejercicio de su autonomía, los sujetos privados asumen obligaciones y deberes jurídicos y hacen nacer derechos cuya eficacia sería exigible con la fuerza de la maquinaria del Estado, si así se solicita por los interesados en el caso de que no cumplan voluntariamente”. PARRA LUCÁN, M. A.: *La autonomía privada en el Derecho civil*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018, p. 11.

Convención prevé, de un lado, la adopción de medidas de apoyo al tiempo de la toma de decisiones que garanticen una mejor intervención en el mercado, si fuera necesario y, por otro, las medidas de salvaguardia sobre su patrimonio por los posibles daños arbitrarios que le hubiese podido inferir esa participación.

Pese a que de la lectura del texto de la Ley, dado el elevado número de artículos afectados, pudiera llevarnos a pensar que es lo suficientemente ambiciosa, sin embargo, no lo es en el fondo, como expresamente reconoce el Dictamen del Consejo de Estado<sup>10</sup> y ello a pesar de que la reforma prevista del artículo 1263 C.c. debiera haber actuado “de manera transversal a toda la regulación civil, que debe adaptarse al cambio de paradigma que impone la Convención”<sup>11</sup>, si bien los cambios en materia de contratos en el desarrollo de la autonomía de la voluntad por las personas con discapacidad, en opinión de esta institución, y también en la nuestra, se quedan en meros ajustes a la regulación sobre la discapacidad, sin entrar en el fondo del asunto: lo que hace en este punto a la reforma una oportunidad desaprovechada.

La defensa del orden económico y la responsabilidad patrimonial no deberían ser un freno, según PARRA LUCÁN, para que los poderes públicos adopten medidas que protejan a quienes presentan una situación de partida diferente, susceptible de tener en consideración, de suerte que se trate de promover la igualdad efectiva, aunque ello sea a costa de restringir otros derechos.

“No se trata tanto de limitar la voluntad por razones de un interés general como de proteger a los individuos de los abusos que derivan de la desigualdad, del ejercicio abusivo de una superioridad económica o estructural, tanto en las relaciones personales y familiares como en las relaciones contractuales y patrimoniales”<sup>12</sup>.

---

10 De acuerdo con el Dictamen del Consejo de Estado, es cierto que este Proyecto supone “la mayor reforma en el CC en lo que al número de artículos afectados se refiere (cerca de doscientos). Sin embargo, la modificación, en cuanto al fondo, no implica la magnitud que su extensión sugiere. Puede indicarse, a modo de ejemplo, que el régimen de la mayoría de edad y la emancipación sobre el que apenas se introduce un mínimo cambio (la sustitución del curador por el defensor judicial), se mantiene idéntico, pero pasa de estar regulado en el título XI (artículos 314 a 324) a estarlo en el nuevo título X (artículos 238 a 247). Son también muchos los artículos que mantienen en lo esencial su contenido y que simplemente cambian de numeración o se adaptan a la regulación específica de la tutela y se refieren solo a menores; o a la de la curatela y se ciñen a las personas con discapacidad (v. gr. modificados artículos 201 a 207, 209 a 215, 218 a 222, 236 y 237, 278 y 279). Otras modificaciones consisten en la agrupación del contenido de varias disposiciones en una única: así ocurre en relación con el régimen de extinción de tutela y curatela -proyectados artículos 231 y 232 y 290 y 291- o en materia de excusas y remoción - revisados artículos 276 y 277-. Por otro lado, muchas otras modificaciones en disposiciones del Código Civil son meros ajustes a la nueva regulación (así los previstos, entre otros, en los artículos 9.6, 10.8, 21.3, 22.2, 81, 82.2, 112, 124, 125, 137, 443, 742, 756, 822, 996, 1041, 1057, 1060, 1163, 1387, 1393, 1459, 1548 y 1765).” <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

11 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

12 PARRA LUCÁN, M. A.: *La autonomía privada en el Derecho civil*, cit., p. 61.

La Convención proclama un sistema de participación en igualdad de condiciones provisto de un sistema de garantías para las personas con discapacidad, relacionadas, unas, con las medidas de apoyo ante posibles actuaciones indebida de quienes prestan auxilio, y, otras, ante injustificados empobrecimientos por daños arbitrarios al patrimonio. Solo así, entendemos factible la plena integración, pues solo así resulta protegido el interés de un colectivo vulnerables, en este ocasión, el de las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial<sup>13</sup>.

Esta protección ante daños arbitrarios no significa que se anule su derecho a equivocarse. Esto es, no es posible que el desarrollo normativo conduzca a anular la posibilidad de cometer errores al tiempo de contratar. Qué duda cabe que las personas con discapacidad tienen derecho, también, a equivocarse, como cualquier otro sujeto cuando contrata<sup>14</sup> pero no es a ese tipo de daños al que nos estamos refiriendo cuando ponemos de manifiesto que la actual regulación no protege debidamente el patrimonio de las personas con discapacidad ante daños injustos sobrevenidos de su actuación en el mercado.

Aun reconociendo el esfuerzo de adaptación realizado por el legislador, desde nuestro punto de vista, una de las materias que ha quedado pendiente de una revisión más completa, a la luz de los mandatos de la Convención, y en cuanto al deber de protección impuesto por el artículo 12.5 *in fine*, son las normas relativas a la ineficacia de los contratos, pues si todos los mayores de edad pueden desarrollar de forma libre e igual su capacidad jurídica, esto significa, *a priori*, la validez de lo actuado por todos, esto es, la prestación del consentimiento por la persona con discapacidad sin la intervención del prestador de medidas de apoyo no hace al contrato nulo. Cuestión diferente, es si lo actuado pudiera resultar posteriormente ineficaz, por la vía de la anulabilidad, opción por la que definitivamente apuesta el legislador, o si, por el contrario, debió explorar, y no lo hizo, otros caminos.

El legislador español de 2021, en línea con el espíritu de la Convención, descarta conferir un nuevo papel a la vía de la nulidad, al tiempo que ha decidido

13 GARCÍA ALGUACIL, M. J.: "El mayor interés del discapacitado como límite a la autonomía de la voluntad", en AA.VV.: *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinaria* (dir. por M. Á. PARRA LUCAN), Comares Granada, 2017, pp. 95-110, esp. pp. 95 y 96.

14 MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A.: "La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. por M. PEREÑA VICENTE), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 495-510, esp. p. 497 "Claro está, la adopción de una solución como la propuesta comporta la asunción, a su vez, de una serie de riesgos derivados de posibles decisiones erróneas. Error del que, por otra parte, tampoco están exentas las personas sin discapacidad: el error forma parte de la vida y la concepción del ser humano como libre conlleva la toma de decisiones, muchas de ellas equivocadas. Con ello, pretendemos señalar que, si bien es obvio que el reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad puede generar una serie de decisiones que les causen, a ellas mismas, perjuicios de diversa consideración, sin embargo, esta posibilidad es consustancial al reconocimiento de su dignidad como persona". No obstante, en nuestra opinión hay que considerar esta cuestión desde el mandato previsto en la Convención, de un lado las medidas de salvaguardia por posibles actuaciones de los que prestan el apoyo (art. 12.4), y las medidas de protección previstas ante daños arbitrarios en el patrimonio (art. 12.5).



no ampliar los actuales supuestos de impugnación de los contratos: error, dolo, violencia o intimidación, por lo que opta por no incluir ningún supuesto específico relativo a la intervención de una persona con discapacidad. La redacción de los artículos 1265 y siguientes del Código civil no ha sufrido cambios, todo lo cual nos parece acertado. Por ello es importante poner el énfasis en esta decisión del legislador con la intención de que no sea después, vía interpretación del texto de la Ley, cuando se desarrolle un especial modo de interpretación de los vicios del consentimiento, art. 1265 CC, sobre la base de que el consentimiento fuera prestado por una persona con discapacidad.

## II. “NUEVAS” SOLUCIONES PREVISTAS EN EL CÓDIGO CIVIL.

### I. La anulabilidad.

Qué es, entonces, lo que ha previsto el legislador en la Ley 8/2021. Sin duda alguna ha apostado por la vía de la anulabilidad como mecanismo de defensa de las personas con discapacidad tras su actuación en primera persona en el mercado, artículos 1300 y siguientes del Código civil.

Hasta la reforma del año 2021 la anulabilidad de los contratos podía producirse por tres motivos:

El primero se debía a la prestación del consentimiento incurriendo en algún vicio de los descritos en el artículo 1265 CC. Este supuesto, como ya hemos visto, no es objeto de reforma en el año 2021.

El segundo de los motivos se debía a que el consentimiento hubiera sido prestado por una persona carente de la capacidad para contratar de acuerdo con la redacción dada, antes de la última reforma al artículo 1263 CC: los menores no emancipados y las personas con la capacidad modificada judicialmente. Esta es la clave sobre al que gravita la reforma del año 2021.

El tercero de los motivos, se trata de los supuestos en los que debiendo prestarse el consentimiento por ambos cónyuges, el consentimiento lo prestara uno solo de los esposos omitiendo el del otro. Tampoco aquí se producen cambios tras la reforma de 2021.

Descartados los motivos primero y tercero, debemos centrarnos en el segundo, fundamentalmente como resultado del cambio legislativo acontecido en el artículo 1263 CC y en los artículos relativos a la anulabilidad: 1301, 1302 y 1304 CC.

El resultado de la valoración conjunta de los cambios propiciados, de una parte, en el artículo 1263, y de otra, en los artículos sobre anulabilidad, podemos decir que nos resulta desconcertante. La causa fundamental de esta apreciación es nuestra convicción de que una vez desaparecida cualquier alusión a las personas con discapacidad en el artículo 1263 CC, relativo a la capacidad para contratar, no se justifica, a nuestro entender, el mantenimiento de la consideración a este colectivo, de forma singularizada, en los artículos ya enumerados relativos a la anulabilidad.

Pese a que el legislador hace desaparecer de la redacción del artículo 1263 CC<sup>15</sup> cualquier referencia a la persona con discapacidad, a la que hasta ahora se había dirigido como demente, loca, sordomuda, más tarde como incapacitada, y, por último, como persona con la capacidad modificada judicialmente, sin embargo, las personas con discapacidad permanecen en la redacción de los artículos relativos a la anulabilidad.

Nos sorprende que la eliminación de la referencia a las personas con discapacidad del artículo 1263 CC no haya tenido sobre las normas relativas a la anulabilidad el mismo efecto que en el año 1975 tuviera la desaparición del supuesto de la mujer casada<sup>16</sup>. La presencia de la mujer casada en la inicial redacción del artículo 1263 en el año 1889 como un supuesto de falta de capacidad para contratar, suponía que en caso de una actuación sin la correspondiente intervención de su esposo el contrato celebrado fuera susceptible de anulabilidad. Cuando en el año 1975 la referencia a la mujer casada desaparece del artículo 1263 CC, dado que su capacidad para contratar no cambia por el hecho del matrimonio, en paralelo, se produce la expulsión de este supuesto de las normas relacionadas con la anulabilidad de los contratos desarrolladas sobre la base de la falta de capacidad.

Pero, como ya hemos señalado, en la actual regulación del Código en la que se reformula el artículo 1263 y donde ya no queda huella de falta alguna de capacidad

---

15 En la actual redacción del artículo 1263 CC, en sintonía con lo previsto en la Convención, no ha lugar a la apreciación de la discapacidad como causa de falta de capacidad para contratar. Así queda expresamente manifestado en los debates suscitados para la aprobación del texto definitivo de la norma que permite, vía enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados, que desaparezca el párrafo segundo del citado artículo del Proyecto de Ley que preveía que "Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas".

16 A este mismo paralelismo recurre el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su periodo de sesiones de 31 de marzo a 11 de abril de 2014:

"El artículo 12, párrafo 5, obliga a los Estados parte a adoptar medidas, con inclusión de medidas legislativas, administrativas y judiciales y otras medidas prácticas, para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a las cuestiones financieras y económicas, en igualdad de condiciones con las demás.

Tradicionalmente se ha negado a las personas con discapacidad el acceso a las finanzas y la propiedad sobre la base del modelo médico de la discapacidad. Este criterio de negar a las personas con discapacidad la capacidad jurídica para las cuestiones financieras debe sustituirse por el apoyo para ejercer la capacidad jurídica, de acuerdo con el artículo 12, párrafo 3. De la misma manera que no se puede utilizar el género como base para discriminar en las esferas de las finanzas y la propiedad, tampoco se puede usar la discapacidad."

para contratar de las personas como consecuencia de la discapacidad que padezca, sin embargo, se siguen considerando supuestos de anulabilidad de los contratos, eso sí, bajo nuevas, o no tan novedosas premisas<sup>17</sup>.

## 2. La ventaja injusta.

La ventaja injusta aparece incorporada en el Código civil después de la reforma de la Ley 8/2021.

En los últimos años tomó protagonismo la defensa de la figura de la ventaja injusta como uno de los mecanismos de impugnación que debiera incorporar el legislador en el Código civil. Este es el sentir manifestado, por ejemplo, por la Comisión General de Codificación en el año 2009. Coincidimos en que la incorporación de esta figura resulta una medida positiva y deseable<sup>18</sup>, es importante decir, que como en el caso de los supuestos previstos en el vigente artículo 1265 C.c., no supone, o no debería suponer un mecanismo especial de protección de las personas con discapacidad, sino una vía más de protección que afecta a todos los sujetos mayores de edad que libremente intervienen en el mercado<sup>19</sup>.

La duda estaría en decidir si incorporarla al Código, bien, como una nueva causa de anulabilidad de los contratos, que se unirían a las ya previstas (error, dolo, violencia e intimidación), pero con una particularidad, la exigencia de la prueba de un daño objetivo. Bien, conjuntamente con la rescisión por lesión, en el que además del elemento objetivo, la lesión patrimonial, habría que probar un doble elemento subjetivo, la prueba de la debilidad al tiempo de contratar de una de las partes, unida a la prueba del aprovechamiento por la otra parte, como sucede en el Código civil de Cataluña<sup>20</sup>.

Realmente es una tarea compleja, por cuanto la ventaja injusta parece compartir caracteres de ambas figuras, si nos centramos en el papel que ocupa la labor desempeñada por quien se beneficia, nos situaría en posiciones cercanas a

---

17 Para un más amplio conocimiento de todo lo relacionado con la anulabilidad de los contratos por motivo de la discapacidad de uno de los contratantes nos remitimos al estudio realizado en LÓPEZ BARBA, E.: "La protección del patrimonio de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas*, (dir. por G. BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO -actualmente en prensa-.

18 Para un detallado estudio de los detractores y partidarios de esta medida puede consultarse el estudio efectuado por GÓMEZ CALLE, E.: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

19 La propuesta de la Comisión General de Codificación la sitúa dentro del Capítulo destinado a regular la nulidad y anulación de los contratos, en un precepto propio, el artículo 1301, que se ubica después de los destinados al error (art. 1298), violencia o intimidación (art. 1299), dolo (art. 1300). También es objeto de trato diferenciado, entre las causas de anulación de los contratos, en la Propuesta efectuada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, artículo 527-9, bajo la nomenclatura de *ventajismo*. Sin embargo, el Código civil catalán lo ubica conjuntamente, en una misma subsección, con la figura de la rescisión por daño superior a la mitad, artículo 621-45.

20 Artículo 621-45 Libro sexto del Código civil catalán.

los vicios del consentimiento, mientras que si nos centramos en la valoración del daño que padece la parte más débil, nos situaría más próximos a la rescisión.

Cabrían otras vías, cual sería que se configuraran como una causa de ineficacia independiente, no adscrita ni a las causas de anulabilidad (pues ha de probarse un daño), ni a las de rescisión (pues ha de probarse el doble elemento subjetivo), sino como en el BGB, que se situara en el ámbito de las actuaciones contrarias a las buenas costumbres.

Pero tratado de cualquiera de las formas expuestas<sup>21</sup> se trataría de una fórmula de defensa general, de protección para todos los contratantes, sean o no personas con discapacidad.

Qué ha sucedido tras la nueva redacción del Código civil en 2021. Ni se ha incluido como vicio del consentimiento, ni se ha conectado a la regulación de las causas de rescisión por lesión, ni siquiera se prevé como una fórmula autónoma de ineficacia. La solución adoptada pasa por incorporarla como un elemento más, de los que describen el supuesto de hecho que completa situaciones tan diversas como las descritas en los artículos 1163, 1302, 1314 o el 1765, en todos los casos relacionado con la participación de una persona con discapacidad. En todos ellos ha de producirse un cúmulo de situaciones: que la persona con discapacidad cuente con medidas de apoyo previstas y actúe desprovista de las mismas (art. 1163 CC), que las medidas de apoyo omitidas, además de previstas sean precisas (art. 1301 CC), que la otra parte contratante, la que no padece la discapacidad, sea conocedora de la existencia de las medidas de apoyo cuando contrata con la persona con discapacidad, o, alternativamente, que de algún modo se aproveche “de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta” (art. 1302, 1304, 1314 o 1765).

### 3. La influencia indebida

La literalidad del artículo 12.4 de la Convención obliga a los Estados a proteger de manera expresa a las personas con discapacidad de la influencia indebida, en este sentido ordena que “Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida...”, debiendo establecerse los instrumentos que propicien la ineficacia de lo actuado.

21 *Apud thema vid.* LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. GINÉS CASTELLET, N.: “La ventaja o explotación injusta en el futuro? Derecho contractual”, *InDret*, Núm. 4-2016, pp. 1-58, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5740617>  
GÓMEZ CALLE, E.: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, cit., pp. 154 y ss.

La figura de la influencia indebida pudo estar contemplada en nuestro ordenamiento, bien de manera específica, como norma propia de control al que se somete la labor de quienes ejercen medidas de apoyo, o como una disposición general en el ámbito de los supuestos de anulabilidad, pero con especial mención a la intervención de quienes prestan medidas de apoyo.

La fórmula a la que finalmente recurre el legislador es la de regularla conjuntamente con la labor desarrollada por los prestadores de medidas de apoyo, así artículo 250, 255, 258 y 270 CC.

La solución final pasa por vincular los supuestos de ventaja injusta con la sanción de anulabilidad, y los de influencia indebida con los de responsabilidad de la persona que presta apoyo. Conviene advertir que, si bien, la influencia indebida y la ventaja injusta pueden guardar una estrecha relación, no todos los casos de influencia indebida conforman un supuesto de ventaja injusta<sup>22</sup>. La influencia indebida puede producirse sin necesidad de que exista un desequilibrio de prestaciones que aporte a una de las partes un beneficio excesivo, basta con el mero hecho de contratar. La influencia indebida es una figura que participa de la naturaleza de los vicios de la voluntad<sup>23</sup> y que permitiría la anulabilidad de lo acordado sin necesidad de probar el daño, lo que nos aleja del terreno de la rescisión. Por otro lado, la ventaja injusta no precisa de una relación previa entre las partes, como sí necesita la influencia indebida<sup>24</sup>.

Puede suceder que la voluntad haya sido manifestada con aparente libertad y conocimiento, sin embargo, no se deba a un ejercicio real de formación del consentimiento, sino a la captación de la voluntad por quienes se encuentran más próximos a la persona con discapacidad, o porque la persona con discapacidad ha puesto su confianza en las personas más próximas a las que corresponde su cuidado, de manera que se limita a seguir sus indicaciones, entendiéndolo, que si ella se lo indica será lo mejor, sin valorar nada más. Sirva de ejemplo la regulación que el Derecho Foral Navarro<sup>25</sup> realiza en su Ley 21, sobre la que la Exposición de Motivos de la norma justifica

22 Sobre esta cuestión puede consultarse la obra de GÓMEZ CALLE, E.: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, cit., pp. 69 y ss. donde analiza la diferencia en el Derecho inglés entre la influencia indebida y los convenios desproporcionados.

23 GÓMEZ CALLE, E.: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, cit., p. 169 "Efectivamente, en estas relaciones la parte que deposita su confianza en la otra se fía de esta y de sus indicaciones o consejos a la hora de consentir el contrato y su contenido, de modo que se abandona en buena medida al criterio ajeno y no ejercita su propio juicio independiente (...). La confianza afecta, por tanto, no a la libertad de decidir, sino a la toma de una decisión consciente."

24 GÓMEZ CALLE, E.: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, cit., p. 87.

25 Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57, de 07 de marzo de 1973), actualizada en diferentes ocasiones. Los textos transcritos se deben a la reforma introducida la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (BOE núm. 137, de 08 de junio de 2019) que entró en vigor el 16 de octubre de 2019.

### III. OTRAS VÍAS POSIBLES.

La solución que de *lege ferenda* proponemos, es la inclusión de un nuevo supuesto de rescisión por lesión que proteja la integridad patrimonial de las personas con discapacidad frente a daños arbitrarios.

Como justificación a esta propuesta, debemos señalar que hemos hecho uso de la premisa que nos acompaña a lo largo de todo el trabajo: partiendo de que la persona con discapacidad es titular de la capacidad jurídica, a partir de ese momento va a intervenir en el mercado “en primera persona” sin instrumentos de sustitución o representación. La misma norma que garantiza el ejercicio de la autonomía de la voluntad en igualdad de condiciones (12.2 Convención) ordena la regulación de medidas de apoyo (12.3) y de salvaguardia frente a las posibles actuaciones inadecuadas de quienes prestan las medidas de apoyo (12.4), y frente a posibles exclusiones de derechos, abusos, o daños arbitrarios sobre el patrimonio de la persona con discapacidad (12.5). Si nos centramos en el último de los mandatos, resulta compelido nuestro ordenamiento a ofrecer un mecanismo que propicie la debida defensa en el mercado de la persona con discapacidad y de su patrimonio, y la mejor forma de defensa posible nos ha parecido que sea la rescisión por lesión.

En la búsqueda de la solución que resultara más adecuada, aconsejamos la lectura detenida del capítulo de libro de MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS<sup>26</sup> que resulta muy esclarecedora. Por ese motivo, sin perjuicio de la remisión a su completa lectura, haremos uso de algunos de sus argumentos.

Lo primero que cabría destacar es como la fórmula de la rescisión<sup>27</sup> por lesión, adoptada como mecanismo de defensa del patrimonio de las personas con discapacidad arbitrariamente dañado, solo es acorde con los planteamientos

26 MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A.: “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, cit., pp. 505-506 “Aunque podría argumentarse que la prueba de la rescisión se antoja un objetivo más complejo –la acreditación de la cuantía del perjuicio–, que dificultaría la protección efectiva de las personas con discapacidad en tales casos, no cabe duda que se trata de una solución más adecuada al reconocimiento efectivo de la autonomía de estas personas. Si la tendencia es a la equiparación con los capaces y a la no discriminación, entonces no se justifica, como solución general, la aplicación de la anulabilidad, la cual comporta el reconocimiento explícito de una voluntad defectuosa o incompleta. Puede resultar un tanto contradictorio aplicar generalmente la anulabilidad y, a su vez, proclamar la autonomía, igualdad y no discriminación. Es obvio que se puede producir distorsiones en algunos casos, pero se trata de un precio que, quizás, haya que pagar para alcanzar los objetivos mencionados. Por lo demás, tampoco debemos pensar que estas disposiciones van a ser muy comunes. En muchos casos, se habrá establecido un régimen de apoyo que minimizará este efecto no deseado.”

27 Rescisión entendida como “una modalidad de ineficacia funcional que afecta a un negocio válidamente formado que produce un perjuicio económico injusto”. LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La venta injusta*, cit., p. 31.

de la Convención si lo valoramos como una medida privilegiada<sup>28</sup> que se sustenta sobre dos elementos estrictamente objetivos: la prueba del daño y la prueba de la discapacidad<sup>29</sup>.

Entiende MESSÍA<sup>30</sup>, y nosotros con él, que si el modo de configurar el supuesto de hecho de la rescisión por lesión en el caso de las personas con discapacidad incorpora la discapacidad como un elemento subjetivo, nuevamente estaríamos incurriendo en el trato no igualitario del que rehúye la Convención. De este modo, en repuesta a quienes así lo proponen sustenta que:

“parece existir una contradicción en el hecho de que, por una parte se elimine la anulabilidad para lograr la igualdad y no discriminación, y por otra, se adopte la solución de la rescisión basada en la discapacidad para establecer una protección, en este caso privilegiada (...) Se puede sostener que esta discriminación, por ser positiva, es admisible. Pero no parece aceptable decir que ello se hace en aras de su igualdad, cuando de la exigencia de que el perjuicio resulte de la discapacidad se deduce claramente la diferencia. En ese sentido, la solución propuesta presenta la contradicción resultante de que no se conoce con precisión si la ineficacia procede de un factor estructural del acto celebrado, cual es el defecto de capacidad, o de otro de naturaleza funcional o finalista, como la posterior producción de un perjuicio, o de los dos, como parece que se exige.”<sup>31</sup>

Frente a esta fórmula, coincidimos con quienes proponen la necesidad de idear un supuesto de rescisión, como solución privilegiada, para remediar los casos de daños en el patrimonio de la persona con discapacidad, pero sobre la base de elementos exclusivamente objetivos, no sobre la prueba de la posible incidencia de la discapacidad al tiempo de la formación y prestación del consentimiento, además del conocimiento y aprovechamiento por la otra parte. No parece que sea esta

28 MARÍN CALERO, C.: “Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad”, cit., [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765EIE/\\$FILE/I09\\_I\\_apoyos\\_5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765EIE/$FILE/I09_I_apoyos_5.pdf) “proponemos sustituir el tradicional mecanismo de protección de la anulabilidad de los contratos perjudiciales a la persona con discapacidad por el de la rescisión por lesión (...) Anular el contrato por falta de consentimiento de la persona con discapacidad me parece lo contrario de reconocerle capacidad de obrar; la rescisión, por el contrario, es un beneficio, una discriminación positiva, un privilegio que la sociedad le otorga”.

29 MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A.: “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, cit., p. 507, “Pensemos, por ejemplo, en el artículo 1291.1º: la posibilidad de rescindir el contrato viene dada por el hecho de que el mismo se haya celebrado por el tutor y que se produzca el perjuicio en la cuantía señalada. Así, se trata de requerimientos de naturaleza objetiva, que en modo alguno conllevan la prueba de requisito subjetivo alguno. En este sentido, la exigencia de la concurrencia de discapacidad debe simplificarse al máximo, configurándose como una exigencia, a poder ser, objetivada”.

30 MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A.: “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, cit., p. 506.

31 En la misma línea, y manera muy interesante, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A.: “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, cit., pp. 506 y 507.

la mejor manera de dar cumplimiento al mandato impuesto a los Estados por la Convención, quienes deben velar por la protección de la persona con discapacidad, por su integridad física y patrimonial sin adoptar medidas discriminatorias.

De acuerdo con MESSÍA<sup>32</sup>, si la defensa de los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad se protege por la vía de la rescisión por lesión:

“entendemos que no es necesario reforzar el régimen de la ineficacia de los actos. En el supuesto de que se aprecie un perjuicio o lesión para la persona con discapacidad, se puede abogar por la creación de un nuevo supuesto de rescisión, pero sin necesidad de mayores exigencias para su aplicación. De esta forma, no se confunden figuras, no se establecen mayores exigencias ni se adoptan soluciones discriminatorias. Es decir, en consonancia con lo que se ha defendido desde hace algún tiempo, se puede generar un nuevo supuesto de rescisión, en el que la determinación del perjuicio se realice mediante la exigencia de que traiga causa de la discapacidad. Ahora bien, ello no puede suponer, en modo alguno, una nueva y mayor exigencia, mediante la acreditación de un componente subjetivo que no se plantea en otros supuestos de rescisión

En este sentido, consideramos que la solución pasa por la consideración del concepto legal de discapacidad, de tal manera que la sola determinación de los requerimientos establecidos por la legislación vigente al respecto sirva, por sí, para determinar la concurrencia de esta situación y, a partir de ahí, comprobar ya la existencia de perjuicio habilitante de la rescisión. Es decir, no es admisible el empleo de un concepto genérico o metalegal de discapacidad, pues ello comportaría la concurrencia de un elemento subjetivo y la consiguiente prueba del mismo, lo que conlleva una mayor exigencia y dificultad en la aplicación de esta clase de ineficacia”.

Pese a todo lo dicho, el legislador de 2021 opta por reforzar los mecanismos de defensa de la anulabilidad de los contratos, antes que por explorar la senda de la rescisión por lesión.

De acuerdo con esta propuesta de *lege ferenda*, y con las premisas aportadas por la Convención, la titularidad y el ejercicio de la capacidad jurídica corresponde siempre a la persona con discapacidad (art. 12.2 Convención). La situación privilegiada proviene de que, probado el daño, y la discapacidad (como hecho objetivo), pueda solicitar la rescisión por lesión.

32 MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A.: “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, cit., p. 507.



Volvemos a coincidir con MESSÍA cuando defiende que la adopción de esta medida privilegiada no tiene por qué generar un desequilibrio excesivo en el mercado, entre otros motivos por su carácter subsidiario, tal y como en la actualidad se desprende del artículo 1294 CC<sup>33</sup>.

A lo que añadimos, siguiendo lo ordenado en el Código civil catalán, la solución dada por el artículo 621-47, número 2, que, en aras al mantenimiento de los contratos, se prevé que pueda evitarse la rescisión, si la parte demandada está dispuesta al pago, en dinero, del valor total de la prestación, con los intereses legales, a partir de la conclusión del contrato. De suerte que se mantiene el contrato una vez reequilibrado<sup>34</sup>. De manera parcial, es también la solución que ofrece el Código civil en el artículo 1077.

La apuesta por la adaptación del contrato, y su mantenimiento, resulta interesante, por lo que tiene de favorable para la seguridad del tráfico jurídico, propuesta que defendemos no solo cuando lo solicita el demandado (solución catalana), también cuando la persona con discapacidad que padece el daño lo pide, pudiendo ser una imposición, en particular, si se demuestra que la otra parte no actuó conforme a la buena fe. El contenido del contrato quedaría alterado, pero al menos permanecería vivo.

Es cierto que la propuesta de rescisión por lesión planteada extiende su campo de actuación entre todos los hipotéticos terceros con los que pueda contratar la persona con discapacidad. Pero si lo que perseguimos es un cambio de paradigma que llegue, también, al ámbito de lo económico y lo social, habría que romper muchas de las estructuras a las que estamos familiarizados. La obligación de tutelar, en el sentido de proteger los intereses de la persona con discapacidad hasta la Ley 8/2021 ha recaído casi en exclusiva en su tutor, curador, guardador de hecho..., pero en la nueva proyección dada a las personas con discapacidad por la Convención y su apertura a la participación en primera persona en el mercado, extiende esta obligación a todos los operadores, más allá de las personas que le

33 Coincidimos con MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A.: "La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad", cit., p. 507, en que no podemos entender que este privilegio desequilibre, en exceso, el mercado "De cualquier forma, la opción de la rescisión del contrato no supondría una alteración sustancial en el régimen existente, sobre la base de su subsidiariedad. En efecto, en virtud del artículo 1294 del CC, la acción rescisoria solamente podrá ejercitarse cuando el perjudicado carezca de otro recurso procesal para obtener su reparación. Solución esta lógica, puesto que se está haciendo referencia a un contrato válido, que solamente de forma sobrevenida y por la causación de un perjuicio, deviene en una posición de ineficacia, lo que incide en la necesidad de su conservación, cuando no concurra tal circunstancia, en aras de la seguridad del tráfico. En tal caso, si la propuesta de reforma exige que el perjuicio tenga como causa la discapacidad, en muchos casos el perjudicado debería ejercitar, en primer lugar, la acción de nulidad del contrato. De esta forma, la rescisión se configura como un nuevo recurso que aumenta, exclusivamente, las posibilidades de protección de las personas con discapacidad y de reparación de los perjuicios que puedan sufrir."

34 En la misma línea de mantenimiento del contrato en caso de reequilibrio por parte del demandado se expresan la Propuesta de la Comisión General de Codificación, año 2009, artículo 1311 y la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil, año 2018, artículo 527-22, número 2.

prestan apoyo, todos los participantes resultan obligados a compartir el deber de protección, son responsables de hacer comprensible el acto o negocio y las consecuencias del mismo. Los Notarios tienen una larga experiencia en esta tarea, pero no están solos, también el resto de funcionarios públicos asumen este deber en los distintos órdenes en los que desarrollen su labor. Pero en los sucesivos, este deber ha de extenderse a todos los ámbitos, porque en adelante en todos los ámbitos ha de actuar la persona con discapacidad sin ser sustituida (tutores) así que, por sorprendente que nos parezca, todos resultan obligados, también el tendero, que debería estar atento a colaborar con la persona que desea comprar, para asegurarse de que sabe lo que quiere y precisa, de acuerdo a sus necesidades. También el dentista, cuando celebra un contrato para la prestación de un servicio odontológico, ha de colaborar en la mejor comprensión del paciente del contenido de las prestaciones a recibir, si se trata de un tratamiento de carácter médico o estético, de su duración..., pero, sobre todo, de que conozca y entienda las consecuencias patrimoniales exactas. En este cambio de paradigma quedamos todos implicados, por lo que una desatención de ese deber de actuar conforme a la buena fe, a la honestidad y a los buenos usos y costumbres del tráfico jurídico, deber que por otro lado ya existe como principio general, bien puede ser sancionado por el ordenamiento jurídico, pese al impacto que esto pueda tener en la tan traída defensa de la seguridad del tráfico jurídico.

Como refuerzo a la propuesta de inclusión de la rescisión por lesión en caso de personas con discapacidad, planteamos, aunque simplemente quede esbozado, la idoneidad de incluir en el Código civil la tradicional figura de la rescisión por lesión *ultra dimidium*<sup>35</sup> donde, únicamente, sería necesario probar un elemento objetivo, el daño, exento de consideraciones de otra índole<sup>36</sup> en un esfuerzo de adaptación de nuestro ordenamiento a soluciones más modernas contrarias a posiciones de abuso o desequilibrio. Con la inclusión de esta medida se conseguiría

35 Cabe señalar que ni la Propuesta de la Comisión General de Codificación (año 2009), ni la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil (2018) lo incluyen en sus textos. Sin embargo, nuestra tradición jurídica no parece estar tan alejada de este tipo de preceptos. Resulta interesante recordar el artículo de DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "La rescisión por lesión en el Derecho Navarro", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 3, 1987, pp. 13-26, para comprender, al hilo del análisis histórico que realiza, que cerca se encuentre esta figura, también, del Derecho común. GARCIA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, p. 178.

36 Parece que esta posibilidad se convierte cada vez en algo más complejo, si atendemos a la tendencia a subjetivizar el fenómeno de la rescisión, en esa línea la última reforma del Código Civil catalán (Libro Sexto, artículo 621-45), que incluye en el ámbito de la rescisión la ventaja injusta, donde además de la prueba del daño, como elemento objetivo, habría que probar un doble elemento subjetivo, la debilidad de una parte y el aprovechamiento de esta debilidad por la otra. En el caso del Derecho Navarro, la rescisión por lesión enorme ya obligaba a la prueba del daño (50 %), elemento objetivo, además de la prueba de un único elemento subjetivo, la situación de apremiante necesidad o inexperiencia. La duda es si en el caso de la rescisión por lesión enormísima (dos tercios) también es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo, o basta simplemente con la prueba del elemento objetivo, el daño; estableciendo la diferencia entre ambas acciones por rescisión más allá de los plazos de prescripción de las mismas (artículos 30, 31, 500 y ss.). Esta última posición la defiende DIEZ ARGAL, W.: *La rescisión por lesión en el Fuero de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, I. P. de Viana, 1984.

una protección general para todos los contratantes, sin distinción, solo en atención al daño padecido superior al 50 %.

Como solución privilegiada, la cuantía del daño se reduciría al 25 %, en los casos de persona con discapacidad, entendido la prueba de la discapacidad como requisito de carácter objetivo que, sumado a la prueba del daño, forma parte de la configuración del supuesto de hecho de la norma.

## BIBLIOGRAFÍA

CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Cívitas, Madrid, 1985.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «*In dubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda*: “viejos” principios para interpretar “nuevas” reglas sobre capacidad y prohibiciones», AA.VV.: *Capacidad y protección de las personas menores de edad en el Derecho* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y L. PÉREZ GALLARDO), Ediciones Olejnik, 2021, págs. 75 a 115.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “La rescisión por lesión en el Derecho Navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 3, 1987, pp. 13-26.

DÍEZ ARGAL, W.: *La rescisión por lesión en el Fuero de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, I. P. de Viana, 1984.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Vol. II, 4ª Edición, Cívitas, Madrid, 1993.

GARCÍA ALGUACIL, M. J.: “El mayor interés del discapacitado como límite a la autonomía de la voluntad”, en AA.VV.: *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar* (dir. por M. A. PARRA LUCÁN), Comares, Granada, 2017, pp. 95-110.

GARCIA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

GINÉS CASTELLET, N.: “La ventaja o explotación injusta en el futuro? Derecho contractual”, *InDret*, Núm. 4-2016, pp. 1-58.

GÓMEZ CALLE, E.: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

LÓPEZ AZCONA, A.: “Capacidad jurídica y discapacidad intelectual y psicosocial: a vueltas sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su interpretación por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en AA.VV.: *Capacidad y protección de las personas menores de edad en el Derecho* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y L. PÉREZ GALLARDO), Ediciones Olejnik, 2021, págs. 113 a 142.

LÓPEZ BARBA, E.: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Dykinson, Madrid, 2020.

LÓPEZ BARBA, E.: "La protección del patrimonio de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas*, (dir. por G. BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO) -actualmente en prensa-.

MARÍN CALERO, C.: "Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad" [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/\\$FILE/I09\\_I\\_apoyos\\_5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/I09_I_apoyos_5.pdf)

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A.: "La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. por M. PEREÑA VICENTE), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 495-510.

PARRA LUCÁN, M. A.: *La autonomía privada en el Derecho civil*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018.

