

**REVISTA JURÍDICA
DE LA
COMUNIDAD DE MADRID**

MARZO DE 2024



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid



**Comunidad
de Madrid**

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL
ABOGACÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional,
Asuntos Constitucionales y Estudios



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid

Las opiniones expresadas por cada uno de los autores constituyen una manifestación de su derecho de libertad de expresión, sin pretender representar la posición institucional de la Comunidad de Madrid.

@ Comunidad de Madrid

Edita: Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7, 3ª planta – 28013 Madrid
Tel.: 91 580 42 86 – Fax: 91 580 42 69
E-mail: revjuridica@madrid.org

Marzo de 2024

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

- MARZO DE 2024 -

Contenido

1. DISPOSICIONES COMUNITARIAS	4
2. DISPOSICIONES ESTATALES.....	5
3. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS.....	6
4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	6
5. RESOLUCIONES JUDICIALES	9
5.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea	9
5.2. Jurisdicción contencioso-administrativa	9
6. OTRAS RESOLUCIONES.....	11
7. COMENTARIOS DOCTRINALES	13
7.1. Nuevo régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad – Luis Enrique Castro Fernández (Abogado)	13
7.2. La adjudicación directa de una concesión cuando existen varios interesados – Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid)	45
7.3. Los condicionantes para la personación de la Administración pública sanitaria, a través de la intervención voluntaria, en la acción directa ante la jurisdicción civil contra la compañía aseguradora en los casos de posible negligencia profesional médica – Diego García Paz (Letrado de la Comunidad de Madrid)	53

1. DISPOSICIONES COMUNITARIAS

- ***Reglamento (UE) 2024/791 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2024, por el que se modifica el Reglamento (UE) 600/2014 en lo que se refiere a la mejora de la transparencia de los datos, la eliminación de obstáculos al establecimiento de sistemas de información consolidada, la optimización de las obligaciones de negociación y la prohibición de recibir pagos por el flujo de órdenes:*** el Reglamento (UE) 600/2014 estableció un marco legislativo para los proveedores de información consolidada (PIC), responsables de recopilar comunicaciones de operaciones sobre instrumentos financieros de los centros de negociación y de los agentes de publicación autorizados (APA) y de consolidarlos en un flujo electrónico continuo de datos en tiempo real que proporcione datos sobre precios y volúmenes para cada instrumento financiero. La idea subyacente a la introducción de los PIC era que los datos de los centros de negociación y los APA se pusieran a disposición del público de forma consolidada, incluyendo todos los mercados de negociación de la Unión, utilizando etiquetas de datos, formatos e interfaces de usuario idénticos. La reforma viene motivada por el hecho de que, hasta la fecha, ninguna entidad supervisada ha solicitado autorización para actuar como PIC, debido a tres obstáculos principales: la falta de claridad en cuanto a la forma en que el PIC debe obtener datos de los distintos centros de ejecución o de los proveedores de servicios de suministro de datos de que se trate; la calidad insuficiente en términos de armonización de los datos comunicados por esos centros de ejecución para permitir una consolidación eficiente; y la falta de incentivos comerciales para solicitar la autorización como PIC; obstáculos cuya remoción se pretende mediante esta modificación de la norma **(DOUE de 8 de marzo de 2024)**.

- ***Reglamento (UE) 2024/900 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, sobre transparencia y segmentación en la publicidad política:*** de aplicación a la publicidad política cuando el anuncio político se difunda en la Unión, pase a ser de dominio público en uno o varios Estados miembros o se dirija a ciudadanos de la Unión, con independencia del lugar de establecimiento del prestador de servicios de publicidad política o del lugar de residencia o de establecimiento del patrocinador, así como de los medios utilizados. Las opiniones políticas y otros contenidos editoriales que estén sujetos a responsabilidad editorial no se considerarán publicidad política a menos que se proporcione un pago específico u otra remuneración por, o en conexión con su preparación, inserción, promoción, publicación, entrega o difusión por terceros. Las opiniones políticas expresadas a título personal tampoco se considerarán publicidad política **(DOUE de 20 de marzo de 2024)**.

- ***Reglamento (UE) 2024/903 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, por el que se establecen medidas a fin de garantizar un alto nivel de interoperabilidad del sector público en toda la Unión (Reglamento sobre la Europa Interoperable):*** establece medidas que fomentan la interoperabilidad transfronteriza de los servicios públicos digitales transeuropeos, contribuyendo así a la interoperabilidad de los sistemas de redes y de información subyacentes mediante el establecimiento de normas comunes y un marco de gobernanza. Resulta de aplicación a las entidades de la Unión y a los organismos del sector público que regulan, prestan, gestionan o implementan servicios públicos digitales transeuropeos, sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros

para definir qué constituye un servicio público, su capacidad para establecer normas de procedimiento para dichos servicios y de prestación, gestión o implementación de tales servicios (**DOUE de 22 de marzo de 2024**).

- ***Recomendación (UE) 2024/915 de la Comisión, de 19 de marzo de 2024, sobre medidas destinadas a luchar contra la falsificación y a reforzar la observancia de los derechos de propiedad intelectual e industrial:*** anima a los Estados miembros, incluidas las autoridades nacionales competentes, los titulares de derechos y otros operadores económicos, como los prestadores de servicios intermediarios, a adoptar medidas eficaces, adecuadas y proporcionadas para luchar contra las actividades que vulneran la propiedad intelectual e industrial tanto en los entornos en línea como fuera de línea (**DOUE de 26 de marzo de 2024**).

2. DISPOSICIONES ESTATALES

- ***Real Decreto 250/2024, de 12 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 905/2022, de 25 de octubre, por el que se regula la Intervención Sectorial Vitivinícola en el marco del Plan Estratégico de la Política Agrícola Común, en materia de inversiones y cosecha en verde:*** se realizan algunos ajustes técnicos para mejorar la gestión de la intervención de cosecha en verde, que afecta a los arts. 35.2, 38.4.c), 39.6, 41.3 y 42.2. Asimismo, se clarifica, dentro de los procedimientos para el pago, el concepto de pago intermedio (art. 29.6), como aquel que se corresponde con el pago de las actuaciones ejecutadas en el primer ejercicio financiero de las operaciones bienales (**BOE nº 64, de 13 de marzo de 2024**).

- ***Real Decreto 249/2024, de 12 de marzo, por el que se desarrolla la transposición de la Directiva (UE) 2021/1187 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2021 sobre la racionalización de las medidas para avanzar en la realización de la red transeuropea de transporte (RTE-T):*** traspone la citada Directiva (UE) 2021/1187, con el objeto de establecer medidas para la agilización de los procedimientos de concesión de autorizaciones y de contratación pública transfronteriza para los proyectos de la Red Transeuropea de Transporte. A tales efectos, art. 3 consagra el principio de tramitación prioritaria de los procedimientos objeto de tales proyectos por parte de todos los órganos que intervengan en los mismos, con exclusión de los órganos jurisdiccionales. Por su parte, los arts. 5 y 6 regulan la duración y organización de los procedimientos de concesión de autorizaciones, no pudiendo exceder aquella, con carácter general, de cuatro años, mientras que los arts. 7 y 8 contemplan reglas especiales para proyectos transfronterizos. De conformidad con su DT 1ª, el presente real decreto no se aplicará a proyectos cuyos procedimientos de concesión de autorizaciones se hayan iniciado antes del 10 de agosto de 2023 (**BOE nº 64, de 13 de marzo de 2024**).

- ***Real Decreto 322/2024, de 26 de marzo, por el que se modifican el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, y el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre:*** la modificación del RD 1415/2004 afecta a los arts. 80.4,

para dotar de un carácter más automático y reglado a la concesión del fraccionamiento del pago solicitado por los interesados en el procedimiento de reclamación de prestaciones indebidamente percibidas; 90, para completar la información sobre las cuentas corrientes objeto de embargo; y 120, para permitir la celebración de una segunda subasta de los bienes embargados a un tipo inferior al de la primera; así como la DA 8ª, a fin de ampliar los supuestos en que el pago de las cuotas ha de realizarse mediante el sistema de domiciliación en cuenta abierta en una entidad financiera autorizada, incorporando a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, durante los periodos de inactividad, así como a los sujetos responsables del pago de la cuota correspondiente al convenio especial con la Seguridad Social, con determinadas excepciones, estableciéndose por la DT 1ª un amplio plazo para la comunicación de la cuenta bancaria para los sujetos a los que resulte de aplicación la nueva obligación que ya se encontrasen en situación de alta en la Seguridad Social. Por su parte, la modificación del RD 2064/1995 se centra en incorporar la regulación necesaria para hacer posible la aplicación de la cotización adicional de solidaridad a que se refiere el artículo 19 bis del TRLGSS, introducido por el RDL 2/2023, de 16 de marzo. También se modifican los plazos previstos en sus DT 1ª y 2ª (**BOE nº 76, de 27 de marzo de 2024**).

3. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

- ***Orden de 13 de marzo de 2024, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se modifica la Orden de 23 de febrero de 2023, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se establece el procedimiento para la elaboración, presentación y pago electrónico de autoliquidaciones, se aprueba la diligencia acreditativa de la presentación y pago electrónico, se establecen los supuestos de obligatoriedad de presentación electrónica y se aprueban los modelos de autoliquidación correspondientes a los impuestos gestionados por la Comunidad de Madrid:*** la modificación afecta únicamente a la letra e) del art. 7 y al anexo III, para incluir, entre las modalidades admitidas de pago de autoliquidaciones, el pago electrónico por Bizum (**BOCM nº 69, de 21 de marzo de 2024**).

4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ***Urbanismo y ordenación del territorio:*** la **sentencia nº 25/2024, de 13 de febrero, del Pleno del Tribunal Constitucional**, ha resuelto el **recurso de inconstitucionalidad 1413-2022**, interpuesto por más de cincuenta diputados pertenecientes a los grupos parlamentarios Confederal Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, Republicano, Plural y Grupo Mixto del Congreso de los Diputados en relación con los arts. 19.1 a); 21.1 y 2 b); 22.1 y 2; 50; 53; 137.2 f); 151.1; 153.2 f); DA 4ª y DD 2ª.2.f) de la Ley del Parlamento de Andalucía 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, en el sentido de (i) declarar que el inciso “*Asimismo, vinculadas a estas actuaciones, podrán autorizarse conjuntamente edificaciones destinadas a uso residencial, debiendo garantizarse la proporcionalidad y vinculación entre ambas*” del art. 22.2; la palabra “*mineros*” del art. 137.2 f) y los apartados 1 y 2 de la DA 4ª son inconstitucionales y nulos; (ii) declarar que el art. 19.1 a)

y los incisos “*mineros*”, “*a las energías renovables*” y “*actividades mineras*” del art. 21.1 no son inconstitucionales si se interpretan conforme a lo señalado en los FJ 5 d) y 6 a), respectivamente, y (iii) desestimar el recurso en todo lo demás. En particular, el inciso declarado inconstitucional se insertaba en el art. 22, precepto que permite la realización de determinadas actuaciones extraordinarias en suelo rústico, por contradecir el art. 13.1 del TRLSRU que, si bien no regula los usos posibles del suelo rústico -cuestión que corresponde determinar al legislador autonómico competente por razón de la materia-, sí que impone límites para su preservación mediante directrices y normas básicas que estas han de respetar, dentro de las cuales corresponde a las comunidades autónomas optar por el modelo concreto de ordenación territorial y urbanística que estimen más pertinente (SSTC 141/2014, FJ 6, y 75/2018, FJ 4). De este modo, si bien la facultad de edificar no es ajena a la propiedad del suelo en situación básica rural (STC 143/2017, FJ 21), el inciso anulado no permitía la protección de los valores del terreno y podría dar cabida a su transformación mediante la implantación de nuevos asentamientos (**BOE nº 72, de 22 de marzo de 2024**).

- *Derecho a la percepción de salarios de tramitación en caso de extinción de la relación laboral por imposibilidad de readmisión*: la **sentencia nº 22/2024, de 12 de febrero, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional**, ha estimado el **recurso de amparo 5319-2022**, en un supuesto en el que los órganos judiciales declararon la ilicitud del despido de todas las trabajadoras por falta de acreditación por parte de la empresa de la causa alegada y, siendo imposible la readmisión en sus puestos de trabajo, a solicitud de las interesadas, fue declarada la extinción indemnizada de todos los contratos de trabajo con reconocimiento del derecho a percibir los correspondientes salarios de tramitación. Tal pronunciamiento judicial firme fue desconocido ulteriormente por el mismo juzgado que lo dictó respecto de una trabajadora embarazada, al considerar que no se cumplían en su caso las exigencias del art. 116.2 LJS, precepto que se refería solo a la improcedencia del despido, ya que en su caso mereció la calificación de «nulo» por encontrarse en estado de embarazo. El fallo considera inasumible desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el art. 14 CE que su derecho al cobro de salarios de tramitación, reconocido por sentencia firme, quedase cercenado como consecuencia de la previa atribución de una garantía legal (calificación de su despido como «nulo» por hallarse embarazada), que tenía como finalidad la de otorgarle un plus de protección por su condición de trabajadora gestante, imponiendo a la empresa su obligada readmisión en su puesto de trabajo. En suma, la negación a la recurrente de su derecho a percibir los salarios de tramitación sobre la base de que su despido mereció la calificación de «nulo» no es sino fruto de una interpretación rigorista, literal y formalista de la legalidad ordinaria, que resulta contraria al derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), al no haber optado las resoluciones impugnadas por una interpretación del art. 116.2 LJS en conexión con el art. 53.4 b) LET que resultase respetuosa con el contenido de ese derecho fundamental (**BOE nº 72, de 22 de marzo de 2024**)..

- *Libertad religiosa y decisión de escolarización en centros educativos*: la **sentencia nº 26/2024, de 14 de febrero, del Pleno del Tribunal Constitucional**, dictada en el **recurso de amparo 4958-2021**, recuerda que el derecho fundamental del art. 27.3 CE comprende el derecho a elegir un centro religioso para los hijos cuando se profesa una determinada religión, y también el derecho a optar por un centro educativo no confesional

en lugar de un centro religioso cuando no se profesa religión alguna. A este respecto, no puede olvidarse que los menores también son titulares del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa que enuncia el art. 16.1 CE. No obstante, mientras carezcan de madurez para ejercer dicha libertad, si los padres no se ponen de acuerdo en la elección de un centro educativo, el respeto al derecho fundamental obliga a protegerla para que pueda en su momento autodeterminarse en materia de creencias religiosas. En este caso, el centro escolar elegido por el padre es un centro concertado religioso con un ideario propio, mientras que el centro escolar elegido por la madre es de carácter público y, por tanto, aconfesional. En el caso examinado, el juez atribuyó al padre la facultad de elección del colegio y a la madre la facultad de decidir sobre la matriculación o no de la hija menor en la asignatura de religión. El resultado fue que la niña se encontraba matriculada en un colegio religioso, pero no participaba en la asignatura de religión, desarrollando en este tiempo una actividad alternativa. La edad de la menor al iniciarse el procedimiento (cuatro años) impedía, atendido su grado de madurez, entender que sus propias creencias religiosas pudieran actuar como límite al derecho fundamental de los padres y que el interés superior de la menor se hubiera concretado en el respeto a su propia libertad de creencias. En un contexto de divergencia sustancial e irreconciliable entre los progenitores en cuanto a sus creencias religiosas, del que deriva el desacuerdo en cuanto al tipo de formación escolar que debe proporcionarse a la menor, lo más acorde al interés superior de esta es que la decisión que se adopte procure que esa formación escolar se desarrolle en un entorno de neutralidad, con el fin de que pueda formar sus propias convicciones de manera libre. Frente a la opción de un colegio religioso, cuyo proyecto pedagógico global está explícitamente dirigido a la formación en una concreta fe, el colegio público no confesional resulta más acorde para favorecer el libre desarrollo de las convicciones de la menor desde una posición de neutralidad con respecto a las divergentes posiciones de sus progenitores. Cuenta con el voto particular de cuatro magistrados (**BOE nº 72, de 22 de marzo de 2024**).

Adicionalmente, durante este periodo se han admitido a trámite, entre otros, los siguientes procedimientos de inconstitucionalidad y/o conflictos de competencia:

- Recurso de inconstitucionalidad 798-2024, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra los arts. 1, 2 y 3, DT 1ª, apartado 1.a), DT 2ª, DF 1ª y anexo del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 3/2023, de 7 de noviembre, de medidas urgentes sobre el régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico.
- Recurso de inconstitucionalidad 1301-2024, promovido por el Gobierno Vasco, contra los arts. 3, 10.2, 15.1.d), 15.1.e), 16, 17 y 18; DA 3ª; DT 2ª.1; DF 1ª, apartados 1, 3 y 6, y DF 4ª de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.
- Cuestión de inconstitucionalidad 6694-2023, planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con el art. 48, apartados 4, 5 y 6, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en relación con el art. 177 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

5. RESOLUCIONES JUDICIALES

5.1. *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

- Protección de datos personales: la **sentencia de 7 de marzo de 2024, de la Sala Sexta del TJUE**, dictada en el **asunto C-740/22**, ha determinado que la comunicación oral, a una sociedad mercantil en el marco de un concurso organizado por esta, de información sobre posibles condenas penales pendientes o ya cumplidas relativa a una persona física constituye un tratamiento de datos personales, en el sentido del artículo 4.2 del RGPD, que está comprendido en el ámbito de aplicación material de este cuando dicha información está contenida o destinada a ser incluida en un fichero. El RGPD se opone a que los datos relativos a condenas penales de una persona física incluidos en un registro de un órgano jurisdiccional puedan comunicarse oralmente a cualquier persona con el fin de garantizar el acceso del público a documentos oficiales, sin que la persona que solicita la comunicación tenga que acreditar un interés específico en obtener dichos datos, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que esa persona sea una sociedad mercantil o un particular.

- Protección de datos personales: la **sentencia de 14 de marzo de 2024, de la Sala Quinta del TJUE**, dictada en el **asunto C-46/23**, considera que la autoridad de control de un Estado miembro está facultada, en ejercicio de sus poderes correctivos, para ordenar al responsable o al encargado del tratamiento que suprima datos personales que hayan sido tratados ilícitamente, aun cuando el interesado no haya presentado ninguna solicitud a tal efecto para ejercer sus derechos en virtud del artículo 17.1 del RGPD. El poder de la autoridad de control de un Estado miembro para ordenar la supresión de datos personales que han sido tratados ilícitamente puede tener por objeto tanto datos obtenidos del interesado como datos procedentes de otra fuente.

5.2. *Jurisdicción contencioso-administrativa*

- Notificación del inicio del procedimiento de comprobación de valores: la **sentencia nº 363/2024, de 1 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 7146/2022**, considera que desde que solicita un dictamen de peritos para verificar el valor del bien, la Administración ha iniciado un procedimiento de comprobación de valores, y en ese momento se deberá notificar la incoación al interesado.

- Prestación de servicios de comunicación audiovisual por entidades sin ánimo de lucro: la **sentencia nº 375/2024, de 4 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 3821/2022**, ha declarado que ni la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, ni la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, excluyen que las asociaciones sin ánimo de lucro puedan prestar servicios audiovisuales de carácter comercial y, en consecuencia, presentarse a los concursos para adjudicación de licencias de estas características. Y ello con independencia de exista la posibilidad de que puedan también prestar servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro

para atender las necesidades sociales, culturales y de comunicación específicas de comunidades y grupos sociales en los términos previstos en el art. 32 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual.

- *Derecho al olvido en caso de personas fallecidas*: la **sentencia nº 374/2024, de 4 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 7418/2022**, ha abordado la cuestión de interés casacional consistente en si la legitimación de las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho y de sus herederos para solicitar al responsable o encargado del tratamiento la supresión de los datos personales del fallecido, altera o no la ponderación de los intereses concernidos -derecho al olvido y derecho a la información-, a la luz de los artículos 18 y 24 CE, la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Partiendo del hecho de que el derecho de supresión (derecho al olvido) de los datos de una persona fallecida se encuentra legalmente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, la sentencia considera que la singularidad que implica que el derecho de supresión se ejercite respecto de datos personales correspondientes a una persona fallecida no suprime la necesidad de ponderar la protección de datos del difunto con otros derechos y libertades en conflicto a la luz de nuestras normas y de la jurisprudencia existente. Alegada la inexactitud parcial de una información que afecta a una persona fallecida, y que aparece incorporada a una investigación histórica y científica, la exigencia de exactitud de lo afirmado se aminora y debe ponderarse también la trascendencia de la inexactitud en el conjunto de la información aparecida.

- *Definición del mercado geográfico en la tipificación de las conductas colusorias (defensa de la competencia)*: la **sentencia nº 372/2024, de 4 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 5674/2022** a propósito del cartel de transporte en Baleares, precisa la jurisprudencia existente en relación con los arts. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y 101 del TFUE, a fin de aclarar, en las conductas calificadas como cárteles, si la delimitación exacta del mercado relevante, y, más concretamente, del mercado geográfico, es o no un elemento del tipo de la infracción tipificada en los citados artículos determinante para valorar la antijuricidad de la conducta infractora, tomando en consideración la actividad de que se trata y la insularidad de los territorios en los que se desarrolla la misma, y todo ello en relación con la condición de competidor. Pues bien, entiende la Sala que la coincidencia de la zona o territorio donde las empresas prestan sus servicios no es un elemento objetivo autónomo del tipo de la infracción. No hay posibilidad de competencia ni de colusión si la prestación de servicios se realiza en mercados geográficos diferentes, por lo cual la coincidencia geográfica es un presupuesto de la existencia misma de competencia igual que la coincidencia del producto o servicio ofrecido por las empresas concurrentes. La calificación de la conducta de los arts. 1 de la LDC y 101 del TFUE y su autoría vienen determinadas principalmente por el contenido del acuerdo y la voluntad que persigue el mismo, que es lo que va a tener repercusión en el mercado. La definición del mercado geográfico es un elemento que ayuda a definir el ámbito en el que la conducta se lleva a cabo, pero no resulta determinante para la definición del tipo sancionador. Por otra parte, la definición del ámbito territorial del mercado es relevante a efectos sancionadores tanto para determinar la competencia del órgano sancionador (art. 13 de la LDC y Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las

Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia), como para cuantificar las sanciones (criterio del art. 64.1.a) LDC).

- Cómputo del tiempo de servicios de los trabajadores fijos discontinuos: la **sentencia nº 400/2024, de 6 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 723/2023**, ha establecido que, a efectos del cómputo de los servicios previos en la Administración de los trabajadores fijos discontinuos, debe tenerse en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral, incluidos los intervalos sin llamadas.

- Notificación del acto de ejecución a un obligado por subrogación: la **sentencia nº 391/2024, de 6 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 5535/2022**, ha entendido que cuando la Administración deba proceder a la ejecución forzosa de un acto que comporte la obligación de pago satisfacer una cantidad líquida, caso de que se dirija el procedimiento de ejecución contra un obligado por subrogación, deberá ser requerido de cumplimiento voluntario y notificarse el acto que inicia la ejecución forzosa para poder seguir los trámites de ejecución por las normas del procedimiento de apremio.

- Iniciación de modificaciones puntuales de planeamiento a instancia de parte: la **sentencia nº 442/2024, de 12 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 5723/2022**, atendiendo a lo previsto en el artículo 20.1 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, ha declarado que los particulares interesados tienen el derecho a promover una modificación puntual de un plan especial de protección de un área afectada por la declaración de conjunto histórico, sin perjuicio de que sea a la Administración municipal a quien corresponde la aprobación inicial y definitiva de dicha modificación.

- Fondo de Liquidez Autonómico: de conformidad con la **sentencia nº 439/2024, de 12 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 7873/2020**, el pago de certificaciones de obra con cargo al Fondo de Liquidez Autonómico tanto antes como después de su inclusión como un compartimento del Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas, no implica la renuncia ex lege al cobro de intereses o de otras cantidades accesorias.

6. OTRAS RESOLUCIONES

- Acuerdo de 28 de febrero de 2024, del Consejo de Gobierno, por el que se aplica el acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de febrero de 2024, por el que se aprueba el incremento del 0,5 por ciento en las retribuciones del personal al servicio del sector público en aplicación de lo previsto en el artículo 19.Dos.2.b) de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023: el incremento se calculará sobre las retribuciones vigentes a 31 de diciembre de 2022 y tendrá efectos de 1 de enero de 2023, haciéndose efectivo en la primera nómina que sea posible, abonándose como atrasos el incremento correspondiente a los meses previos a su percepción en cada caso (**BOCM nº 52, de 1 de marzo de 2024**).



Comunidad
de Madrid

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL
ABOGACÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional,
Asuntos Constitucionales y Estudios



- *Acuerdo 21/2024, de 29 de febrero, de la Comisión de Urbanismo de Madrid, relativo a la aprobación definitiva del Plan Especial de Equipamientos “Ciudad de la Justicia”, en el municipio de Madrid, promovido por la Dirección General de Infraestructuras Judiciales de la Consejería de Presidencia, Justicia y Administración Local (BOCM nº 64, de 15 de marzo de 2024).*

- *Acuerdo de 13 de marzo de 2024, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba definitivamente la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997, para el ámbito del Palacio de Deportes de la Comunidad de Madrid, situado en la calle Goya, número 90, distrito de Salamanca (BOCM nº 69, de 21 de marzo de 2024).*

7. COMENTARIOS DOCTRINALES

7.1. Nuevo régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad – *Luis Enrique Castro Fernández (Abogado)*¹

I. Introducción.

Con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se da respuesta por parte del ordenamiento jurídico español a las obligaciones contraídas en virtud de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, del 13 de diciembre de 2006. Esta reforma supone el inicio de un sistema que viene a romper con el paradigma que caracterizaba el sistema tradicional sobre discapacidad, que se basaba fundamentalmente en la representación de la persona discapacitada para la toma de decisiones que afectaran, principalmente, a su vida jurídica, económica y social.

De igual forma, este sistema trae consigo una nueva concepción de figuras jurídicas tradicionales, siendo la más destacable el concepto de capacidad jurídica. Con este cambio se reformarían, así mismo, las normas que rigen el Derecho de los Contratos.

Este trabajo tiene por objeto analizar algunos aspectos de esta importante reforma dentro del Derecho de los Contratos, y más específicamente, en lo que respecta al régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad, el cual se encuentra previsto actualmente en los artículos 1301, 1302, 1304 y 1314 CC.

Así, a modo de pregunta, se plantea una hipótesis que servirá de base en este análisis, y que se buscará resolver al final de la investigación: si durante la celebración de un contrato una persona con discapacidad provista de medidas de apoyo judiciales rechazara la utilización de dichos apoyos mediante una manifestación expresa en el contrato, es decir, prescindiera “voluntariamente” de dichas medidas, ¿será posible ejercitar la acción de nulidad prevista en el artículo 1302.3 CC, ya sea por la propia persona con discapacidad o por la persona a la que le hubiera correspondido prestar el apoyo?

II. La capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

II.1. Concepto de discapacitado a efectos de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Resulta adecuado destinar las primeras líneas del trabajo a concretar uno de los conceptos básicos y primordiales que influyen en el nuevo sistema, y que nos permitirá

¹ Abogado por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (Puebla, México). Máster en Derecho de la Contratación y Responsabilidad Civil por la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España). Correo electrónico: lecf96@gmail.com.

entender el alcance del mismo. Nos referimos al concepto de “discapacidad” y, consecuentemente, al concepto de “persona con discapacidad”.

Históricamente, y tal y como indica CARRASCO PERERA, la discapacidad no ha sido un término homogéneamente definido en el sistema legal². Por el contrario, la legislación no contemplaba expresamente lo que deberíamos entender por este concepto, y utilizaba diferentes términos para referirse a una persona con discapacidad³.

No obstante, el Código Civil sí regulaba expresamente los límites que una persona con discapacidad tendría en el tráfico jurídico, así como las instituciones por medio de las cuales se le impondrían estas limitantes, siendo la protagonista la declaración de incapacidad, normalmente derivada de un juicio de interdicción; todo esto bajo el amparo del principio de “interés superior” de la persona con discapacidad. Así, anteriormente y tal y como señala GARCÍA RUBIO, el Código consideró la incapacitación como un instrumento de protección de los intereses personales y patrimoniales de la persona incapacitada declarando su irresponsabilidad contractual⁴.

Bajo este panorama, ha sido la doctrina la que definido lo que se debería entender por “persona con discapacidad”, valiéndose para ello de conceptos médicos. De igual forma, se encargó de definir conceptos como “incapacidad” o “incapacitación”⁵.

Con el paso del tiempo, y con la creación de normas jurídicas que regularon diferentes aspectos de la vida de las personas con discapacidad, hubo aproximaciones sobre lo que se debería entender por este término; sin embargo, estas definiciones respondían a los efectos de leyes muy concretas, sin que existiera una unificación, e incluso valiéndose de definiciones circulares⁶.

² CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados con y sin apoyos”. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, N.º 42, p. 215.

³ Podemos mencionar a modo de ejemplo la redacción del artículo 1263 CC, que con la Ley 14/1975, de 2 de mayo, mencionaba que no podían prestar consentimiento, entre otros, los “*locos o dementes*”. Posteriormente, y antes de la reforma que nos ocupa, el Código Civil mencionaba como sujeto limitado para prestar consentimiento, entre otros, a los que tuvieran “*su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial*”.

⁴ GARCÍA RUBIO, M. P. (2022), “Capacidad para contratar y capacidad para responder por los daños causados de las personas con discapacidad en la nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español”, en BACH M. y ESPEJO N. (editores), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, México, p. 495.

⁵ Cfr. SÁNCHEZ CALERO F. J. (Coordinador) (2010), *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, Tirant lo Blanch, Cuarta Edición, Valencia, pp. 75-107.

⁶ Podemos mencionar, por ejemplo, el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, el cual es del tenor literal siguiente: “*A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento; b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento; 3. El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme*”.

Con la Convención de los derechos de las personas con discapacidad (en adelante CDPD) y, posteriormente con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante LAPD), se cambió la óptica del concepto de “capacidad jurídica”⁷, y se abandonó el modelo médico-funcional de la discapacidad para sustituirlo por el modelo social⁸, ofreciéndonos así una nueva concepción de lo que se debe entender por “discapacidad”.

Así, con motivo de la LAPD, el Código Civil en su disposición adicional cuarta estableció que la discapacidad habrá de ser entendida como aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate. Lamentablemente esto no resolvió el problema de definir qué se debía entender por una persona con discapacidad, pues en palabras de CARRASCO PERERA: “*el discapacitado necesita apoyos, esta es la primera regla del sistema. ¿Pero quién es discapacitado? El sujeto que necesita apoyos (DA 4ª CC par. II). Con esto está todo dicho, el sujeto se define por el predicado y el predicado por el sujeto. El sujeto que necesita apoyos es la persona que necesita apoyos*”⁹.

Este mismo autor de cierta forma nos ofrece su propia definición de persona con discapacidad, considerando que la discapacidad del Código Civil es una carencia (“*deficiencia permanente*”) que está determinada por la menor o mayor capacidad para desempeñar “*actividades de la vida diaria*”¹⁰. De igual forma, y atendiendo específicamente al régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad, este autor nos dice que la discapacidad a los efectos de los artículos 1301 y 1302 CC no es cualquier clase de deficiencia permanente que afecte negativamente a la realización de actividades de la vida diaria. Para CARRASCO PERERA a efectos negociales sólo son significativas aquellas discapacidades cognitivas o conductuales no

⁷ Al respecto, GARCÍA RUBIO nos dice que el nuevo sistema contradice el concepto generalmente aceptado de autonomía, basado en la racionalidad y la inteligencia supuestamente normal [GARCÍA RUBIO, M.P. (2023), “Los desafíos del nuevo modelo de discapacidad y las reticencias para aceptar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad cognitiva, intelectual o psicosocial”, en ESPEJO LERDO DE TEJADA M. Y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA G. (directores), *La persona con discapacidad en el derecho de sucesiones*, Navarra, p. 33].

⁸ Nota de Derecho comparado: la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) en el Amparo en Revisión 1368/2015 nos dice que, de acuerdo con el modelo social, “*la discapacidad debe ser considerada como una desventaja causada por las barreras que la organización social genera al no atender de manera adecuada las necesidades de las personas con discapacidad. De acuerdo con dicho modelo, las discapacidades no deben ser entendidas como una enfermedad, pues esta afirmación comporta grandes implicaciones en el modo de concebir y regular temas atinentes a la discapacidad y, a su vez, tiene consecuencias profundas en el ámbito jurídico*”.

⁹ CARRASCO PERERA, A. F. (2021), *Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores*. Centro de Estudios de Consumo, p. 3. Este mismo autor también nos dice, con respecto de las medidas de apoyo, que la necesidad de apoyos es algo que puede revelarse sólo retrospectivamente, una vez que la actuación de tráfico ha tenido lugar, y no antes, porque antes no tuvo el individuo una oportunidad de ponerse a prueba (“*Contratación por discapacitados...*”, op. cit., p. 216).

¹⁰ CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “*Contratación por discapacitados...*”, op. cit., p. 215.

transitorias que afecten negativamente a la posibilidad de emitir un sentimiento contractual de nivel estándar.

Para finalizar este apartado hemos de comentar lo que nos dice la profesora GARCÍA RUBIO¹¹, quien, a nuestro parecer, nos ofrece una auténtica explicación de quienes son los destinatarios de la norma. Para esta autora resulta evidente que quienes están en el foco del artículo 12 CDPD son, principalmente, las personas que han visto históricamente negada su capacidad para actuar en el ámbito de lo jurídico, esto es, las personas que por diferentes razones¹² tienen dificultades para comprender, decidir o explicarse.

Nos dice que en esta situación están, cuando menos, cuatro colectivos de personas especialmente vulnerables, siendo estas las siguientes:

1. Personas con discapacidad intelectual desde el nacimiento (p. ej., síndrome de Down, autismo, parálisis cerebral, etc.)
2. Personas con problemas mentales de diversa naturaleza, en cuya vida se suceden periodos de “normalidad” con otros episodios de crisis (p. ej., personas con esquizofrenia, depresión profunda o trastorno bipolar, etc.)
3. Personas de edad avanzada que se ven afectados de progresivas dificultades cognitivas (p. ej., demencia, Alzheimer u otras enfermedades degenerativas).
4. Personas con traumas cerebrales derivados de accidentes de distinta naturaleza.

Es de mencionar que en los últimos dos grupos existe una historia de vida que será, para determinados efectos, un elemento fundamental al momento de concretar las acciones que mejor respeten la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

II. 2. ¿Una capacidad jurídica condicionada?

El nuevo sistema dejó atrás la antigua diferenciación entre ser titular de derechos y obligaciones (para el cual se utilizaba el término genérico “capacidad jurídica”) y ser actuantes o ejercientes de tales derechos y obligaciones y, por tanto, poder operar sobre los mismos (denominado antiguamente “capacidad de obrar”)¹³; y se reemplaza por un único postulado normativo por medio del cual todas las personas gozan de capacidad jurídica¹⁴.

¹¹ GARCÍA RUBIO. M.P. (2023), “Los desafíos del nuevo modelo...”, op. cit. p. 30.

¹² Es de notarse que la profesora GARCÍA RUBIO atiende a la consecuencia jurídica y no al origen propiamente dicho de la discapacidad, con lo cual, pone la lupa sobre el elemento jurídicamente relevante.

¹³ Cfr. SÁNCHEZ CALERO F. J. (Coordinador) (2010), *Curso de Derecho Civil I*, op. cit., p. 75

¹⁴ “El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que, cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, lo haga aplicando los mismos motivos a todas las personas”. [GARCÍA RUBIO M. P; TORRES COSTAS M. E. (2022), “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 75, N.º 1, p. 314].

Así, las restricciones establecidas por ley respecto de los menores ya no se entienden de aplicación a los discapacitados¹⁵, sin embargo, ¿existen aún elementos condicionantes en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad?

Como apunta CARRASCO PERERA, en principio, en virtud del nuevo sistema toda persona física es capaz y está capacitada para cualquier acto de la vida civil y mercantil, y ninguna persona física, sea cual fuere su edad y condición, puede ser incapacitada ni civilmente discapacitada¹⁶. Así, dejamos atrás la idea de que una enfermedad mental será el elemento por medio del cual se le puede negar a una persona el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁷, sujetándolo a un juicio de valor que resulta un atentado directo contra el derecho humano a la no discriminación¹⁸.

En palabras de la profesora García Rubio, “*las personas con discapacidad dejan de ser meros objetos de protección y cuidado para pasar a ser considerados sujetos de derechos humanos que pueden tomar sus propias decisiones en las mismas condiciones que los demás*”¹⁹.

Con todo lo anterior, podemos concluir que la esencia del nuevo sistema consiste en que todas las personas físicas mayores de edad tienen igual capacidad jurídica y, por tanto, iguales responsabilidades.

Ahora bien, hemos de considerar dos elementos dentro del ejercicio de esta capacidad jurídica “universal”: por un lado, la voluntad como requisito y modo de expresión de la capacidad jurídica y, por el otro, las medidas de apoyo como elementos configuradores de la voluntad. Todo esto en el contexto del derecho de los contratos.

Primero hemos de partir de la premisa de que la voluntad no es un elemento constitutivo de la capacidad jurídica, sin embargo, este sí es el canal por medio del cual se ejerce. En otras palabras, todas las personas físicas tienen capacidad jurídica; pero no necesariamente todas las personas expresan su auténtica voluntad al momento de ejercer su capacidad jurídica.

Históricamente, la voluntad entendida como motor que permite crear, modificar y extinguir las relaciones jurídicas y da cauce al ejercicio de los propios derechos²⁰ fue configurada bajo unos parámetros ideales de igualdad formal, en virtud de los cuales, si

¹⁵ CARRASCO PERERA, A. F. (2021), *Brújula para navegar...*, op. cit., p. 5.

¹⁶ CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 203. Para este autor, esta es la “piedra de bóveda de todo el sistema”.

¹⁷ “*La existencia de una enfermedad mental no puede servir de argumento para negar la voluntad ni la capacidad jurídica a las personas que la padecen...*” [GARCÍA RUBIO M.P; TORRES COSTAS M.E (2022), “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo...”, op. cit., p. 313].

¹⁸ “*El juicio de valor, insistimos, encierra un gravísimo prejuicio contra las personas con enfermedad mental que, además, resulta absolutamente discriminatorio porque la presunción que sustenta tal valoración se fundamenta exclusivamente en el padecimiento de la enfermedad mental*”. Ídem, p. 314.

¹⁹ GARCÍA RUBIO, M. P. (2022), “Capacidad para contratar...”, op. cit., p. 493.

²⁰ GARCÍA RUBIO, M.P. (2023), “Los desafíos del nuevo modelo...”, op. cit., p. 38.

una persona con determinadas circunstancias no respondía al parámetro planteado, no se le consideraba como portador de auténtica voluntad y, por tanto, se le limitaba la posibilidad de tomar decisiones que lo hicieran quedar vinculado jurídicamente. Es en este entendimiento de la voluntad donde tuvo lugar la concepción clásica del consentimiento contractual, que es el prototipo de todos los demás actos negociales y, en general, de los actos jurídicos de autonomía²¹.

Con el nuevo sistema, el concepto de voluntad se reformula, y se plantea la idea de poder expresar la voluntad a partir de medidas de apoyo, sin que estas pueden significar de ningún modo una sustitución en la facultad de tomar decisiones, además de que desaparece la posibilidad de incapacitar judicialmente a una persona²². Así, si bien es cierto que todavía existe en el sistema jurídico el principio por medio del cual la falta de voluntad y, por tanto, de consentimiento contractual, nos lleva necesariamente a la nulidad plena del acto jurídico; ya no existe la idea de anulabilidad del contrato derivada de la falta de capacidad jurídica de una persona (contrato celebrado en el marco de la incapacitación)²³.

No finalizaremos el apartado sin recordar la importancia de distinguir que el igual reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas (que es lo que propiamente consagra la CDPD) no entorpece la facultad que tiene el Estado de limitar dicha capacidad jurídica en determinadas circunstancias. No se trata de reconocer una capacidad jurídica que bajo ninguna circunstancia se podrá limitar o negar, sino que se trata de cuidar que cuando se lleve a cabo una negación de la capacidad jurídica, esta no se haga con base en una discapacidad (que sería el elemento discriminatorio). Esto se consagra expresamente en el punto 32 de la Observación General N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁴.

II.3. Capacidad jurídica distinta a capacidad natural.

Retomemos una idea expresada en el apartado anterior: el artículo 12 CDPD nos deja claro que el desequilibrio mental y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la

²¹ Ibidem.

²² “Nadie es incapaz de obrar, y toda medida que prive a una persona física de la capacidad de ejercitar sus derechos y de operar en el tráfico como agente autónomo es una lesión de derechos fundamentales” (CARRASCO PERERA, A. F. (2021), *Brújula para navegar...*, op. cit., p. 2).

²³ Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P. (2022), “Capacidad para contratar...”, op. cit., p. 496. La autora cita la afirmación del punto 13 de la Observación General N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

²⁴ “Los Estados pueden limitar la capacidad jurídica de una persona en determinadas circunstancias, como la quiebra o una condena penal. Sin embargo, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, lo haga aplicando los mismos motivos a todas las personas. La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente”.

legitimación para actuar)²⁵. Así, comenzamos con el hecho de que a ninguna persona se le puede negar la capacidad jurídica por razones relacionadas a una discapacidad, haciendo que la capacidad jurídica plena se convierta en un postulado normativo (y no pueda ser considerado ya un juicio de hecho) y, por tanto, no admita prueba en contrario²⁶.

Ahora bien, es muy importante que hagamos una distinción que nos permitirá visualizar los matices del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Esto es, la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad natural o mental.

Para ello atenderemos al contenido de la Observación General N.º 1 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual, en su punto 13 nos dice textualmente que “*la capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)*”. Aquí, la Observación hace énfasis en que este tipo de capacidad es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. Por otra parte, nos dice que la capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales.

Con esta diferencia nos topamos con un elemento fijo y un elemento variable. Por una parte, como ya se dijo en repetidas ocasiones, la capacidad jurídica es un derecho de todas las personas y, por consiguiente, significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano²⁷. Este es el elemento fijo. Por el contrario, la capacidad natural o mental, como ya vimos varía en función de cada persona, haciendo de este un elemento variable.

Partiendo de lo expuesto, y tal y como nos dice TENA ARREGUI, podemos entender por voluntad la mera manifestación de una preferencia (tras el correspondiente proceso de información) o podemos exigir algo más: un cierto control de la preferencia, lo que en el caso de algunas situaciones patológicas puede plantear dudas²⁸.

Tradicionalmente, se ha condicionado a la voluntad a determinados juicios de valor, los cuales tienen como propósito revelar si realmente una persona está prestando su consentimiento, es decir, su voluntad formada y expresada, para un acto jurídico concreto. Así, históricamente no bastaba con que una persona manifestase una preferencia tras estar debidamente informada, sino que esta preferencia se veía sujeta a ciertos controles. Algunos de estos controles iban desde un criterio basado en los resultados, cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas; hasta

²⁵ GARCÍA RUBIO M.P.; TORRES COSTAS M.E (2022), “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo...”, op. cit., p. 313.

²⁶ CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 205.

²⁷ Punto 14 de la Observación General N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

²⁸ TENA ARREGUI, R. (2022), “El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad”, *El notario del siglo XXI*, N.º 101, julio-agosto, Madrid.

un criterio funcional, cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente. Estos controles son atacados directamente por la CDPD, pues el Comité nos dice que estos criterios son incorrectos principalmente por dos motivos: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. Así, en todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley²⁹.

Con el nuevo sistema, este paradigma también se modifica, pues el consentimiento deja de ser algo binario -se tiene o no se tiene- para pasar a ser un término contextual que puede tener muchos matices y que, entre otras variables, depende de la persona, de las circunstancias o del tipo de relación o de acto al que se refiere³⁰. Así, al dejar de lado estos controles tradicionales de la voluntad, tenemos que una discapacidad o dificultad (no imposibilidad) para entender, querer o expresarse ya no puede ser considerados como antónimos de voluntad o de voluntad suficiente, y que, por el contrario, estos conceptos ahora son compatibles con el nuevo ordenamiento jurídico³¹. Así, el hecho de que un acto de voluntad sea emitido por una persona con discapacidad, sea del tipo que sea, no produce una ineficacia *ipso facto*.

II.4. Medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

En términos de la Observación General N.º 1 del Comité, “apoyo” es un término amplio que engloba todo tipo de arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades, por lo que no tiene por qué estar constreñido a las medidas tipificadas en un texto legal³². Asimismo, la Observación General nos dice que en el artículo 12, párrafo 3 de la CDPD, no se especifica cómo debe ser el apoyo³³. Permitir a este término tener distintas extensiones nos da como resultado que el apoyo a las personas con discapacidad

²⁹ De igual forma, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad denuncia que uno de los principales problemas que existen es que en los informes de los Estados parte “*se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta*”.

³⁰ GARCÍA RUBIO, M.P. (2023), “Los desafíos del nuevo modelo...”, op. cit., p. 40.

³¹ Cfr. *Ibidem*.

³² Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P. (2022), “Capacidad para contratar...”, op. cit., p. 502.

³³ Punto 17 de la Observación General N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir desde medidas relacionadas con el diseño universal³⁴ hasta medidas relacionadas con la accesibilidad³⁵.

Es importante subrayar que el sistema de medidas de apoyo es un sistema gradual y diverso, por lo que el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad³⁶.

Otro aspecto de suma importancia es lo que nos dice el punto 19 de la Observación General N.º 1 (2014) del Comité, pues aquí de manera expresa se habla de la posibilidad de que la persona con discapacidad pueda no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo tercero de la CDPD. Aunado a lo anterior, en el punto 24 de la Observación está contenida la obligación que se le ha impuesto a los Estados parte de la Convención por medio de la cual deberán impartir capacitación a las personas que reciben apoyo (es decir, primordialmente a las personas con discapacidad) para que puedan decidir cuándo necesitan menos apoyo o cuándo ya no lo necesitan en el ejercicio de su capacidad jurídica. Aunque parecería un detalle menor, el contenido de este punto revela una directriz esencial en la utilización de las medidas de apoyo por parte de las personas con discapacidad, pues expresamente se está reconociendo el derecho a las personas con discapacidad de decidir cuando no necesiten el apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, o, dicho de otra forma, a rechazar el apoyo cuando lo consideren pertinente. Este punto se abordará más adelante en el trabajo.

Siguiendo con las obligaciones que la Convención impone a los Estados parte, hay que recordar la contenida en el artículo 12.3 CDPD. Al respecto, podemos decir que esta obligación no gira en torno a que el Estado sea necesariamente el proveedor del apoyo, sino en que el Estado debe velar para que el apoyo esté disponible, independientemente de si en la práctica lo suministran las propias autoridades, la sociedad civil, la familia y amigos, o una mezcla de sujetos públicos y privados³⁷.

Por último, conviene aclarar que la necesidad de apoyo y de ajustes razonables para adoptar decisiones no se utilizará para poner en duda la capacidad jurídica de la persona³⁸.

³⁴ De acuerdo con el artículo 2 CDPD, por “diseño universal” se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El “diseño universal” no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

³⁵ Por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas.

³⁶ Punto 18 de la Observación General N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

³⁷ GARCÍA RUBIO (2022), “Capacidad para contratar...”, op. cit., p. 502 parafraseando a NILSSON, A. (2012), *¿Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*, Commissioner for Human Rights, Strasbourg, p. 14.

³⁸ Punto 33 de la Observación General N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esto es tan solo un reforzamiento a la idea de la capacidad jurídica como postulado normativo y derecho humano de todas las personas.

II.4.1 La curatela.

Si bien es cierto que, actualmente, en el ordenamiento jurídico español nos encontramos con una gama de medidas de apoyo como lo son las de naturaleza voluntaria (medida privilegiada³⁹), la guarda de hecho⁴⁰ y el defensor judicial⁴¹, sin duda alguna de entre todas, la que ha cobrado una especial relevancia es la figura de la curatela.

La curatela, en palabras de CARRASCO PERERA⁴², es la clase y nombre de todas las medidas judiciales imaginables de carácter duradero. La LAPD, en su preámbulo, la nombra como la “*principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad*”. Su definición, sin embargo, la encontramos en el artículo 250 CC, párrafo 5º, que nos dice que “*la curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado*”. Así, la que antes era una figura “discreta” se ha convertido ahora en la protagonista de las medidas judiciales de apoyo.

Es muy importante recordar que el cambio no radica en que la curatela haya tomado el lugar y las funciones de la tutela, pues esta medida, a diferencia de la segunda referida, será, primordialmente, de naturaleza asistencial. Solamente en los casos sumamente extraordinarios y excepcionales, podrá atribuirse al curador funciones representativas y, a pesar de lo que se podría creer en un primer momento, estas no serán sustitutivas de la voluntad de la persona con discapacidad, sino que se tratará de una asistencia-representación basada en la voluntad de la persona con discapacidad, en términos del artículo 249 CC, 3º párrafo.

La curatela es una medida subsidiaria del resto de medidas de apoyo y no tiene efectos “universales”, ya que la autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo. Hemos de tener siempre presente que el apoyo no es un fin en sí mismo, sino simplemente un medio para el fin que supone el ejercicio de la capacidad jurídica⁴³.

II.5. ¿Protección al interés superior de la persona con discapacidad?

³⁹ GARCÍA RUBIO M.P; TORRES COSTAS M.E (2022), “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo...”, op. cit., p. 304.

⁴⁰ Excepcionalmente, existe la posibilidad de “judicializar” una guarda de hecho cuando se cae en el supuesto del artículo 264 CC, convirtiéndola en una “guarda de derecho”. Esto, a efecto de nuestro trabajo, supone considerar la “guarda de derecho” como una medida de apoyo provista a efectos del régimen de anulabilidad de los contratos.

⁴¹ Aquí incluso podríamos agregar el apoyo provisional prestado por la entidad pública en situación de urgencia, contemplado en el artículo 253 CC.

⁴² CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados...”, op. cit., p.219.

⁴³ GARCÍA RUBIO, M.P. (2023), “Los desafíos del nuevo modelo...”, op. cit., p. 40.

Uno de los aspectos más discutidos respecto al nuevo sistema versa sobre la protección al interés superior de la persona con discapacidad, un principio que, en el anterior sistema, sentaba las directrices y justificaciones de actuación de las figuras de representación (sustitutivas de voluntad) de la persona con discapacidad. Así, una de las principales preguntas que ha surgido con el nuevo sistema es si este principio todavía está vigente en el ordenamiento jurídico español tras la reforma.

La respuesta la encontramos en la multicitada Observación General N.º 1 (2014) del Comité, la cual, en su punto 21, nos dice que la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". Este punto advierte que el principio del "interés superior" no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos, y por tanto el paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás. Aunque para muchos juristas que aprendimos sobre la base del sistema anterior (en donde la persona con discapacidad era un sujeto vulnerable al que se debía de proteger, como si de un niño se tratase) nos pueda parecer un tanto "brusco" el cambio de paradigma, hemos de asimilar que las personas con discapacidad, con el derecho a ejercer su capacidad jurídica, también tienen derecho a asumir riesgos y a cometer errores. Por tanto, la respuesta a nuestra interrogante es que la CDPD y la LAPD prescinden del parámetro del mejor interés de la persona con discapacidad como criterio que ha de guiar la actuación de los sujetos públicos y privados en relación con estas personas⁴⁴, dejando este principio fuera del ordenamiento jurídico español.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de la eliminación del parámetro del mejor interés de la persona con discapacidad en el ordenamiento jurídico español? En primer lugar, con la eliminación del principio, también se elimina la principal (más no la única) justificación que se podía invocar al momento de explicar la implementación de una determinada medida o acto que fuera en contra de la voluntad de la persona con discapacidad.

Aunque después de todo lo mencionado, la imposición de una determinada medida o acto en contra de la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad justificándola bajo el principio de protección al interés superior de esta nos puede parecer claramente improcedente en el nuevo sistema, lo cierto es que la asimilación de este cambio no ha resultado para nada sencillo, pues incluso el Tribunal Supremo, con la STS 3276/2021, de 8 de septiembre⁴⁵, dictó una resolución que, bajo la lupa, resultó contradictoria a la esencia la LAPD⁴⁶. A pesar de que, formalmente, la decisión se basó en el argumento de un juicio o valoración de la provisión del apoyo, por medio de la cual si la persona con discapacidad (en este caso, síndrome de Diógenes) no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar la degradación personal (o, en otras palabras, estaría de acuerdo con la adopción de la medida), autoras como

⁴⁴ GARCÍA RUBIO, M.P. (2023), "Los desafíos del nuevo modelo...", op. cit., p. 38.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, N.º 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 (ROJ: STS 3276/2021).

⁴⁶ Véase el análisis en: GARCÍA RUBIO M.P; TORRES COSTAS M.E (2022), "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo...", op. cit.

MORENO FLÓREZ⁴⁷ opinan que el Tribunal Supremo, en esta sentencia, señaló una nueva vía de interpretación de la exigencia de tomar en consideración la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, entendiendo que la tutela del interés de la persona con discapacidad está por encima de una interpretación literal de la norma y que, aunque la Ley 8/2021 guarde silencio sobre la tutela del interés de la persona con discapacidad, el juzgador ha de tutelar y tomar en consideración ese interés para la determinación de la provisión de las medidas de apoyo. Nosotros no compartimos esta idea, pues a nuestro parecer, una manifestación expresa de rechazo de la medida por parte de la persona con discapacidad es motivo suficiente para que la autoridad judicial no pueda imponer la medida⁴⁸.

No es menos cierto que la carga social que revisten las sentencias del Tribunal Supremo pudo haber sido el motivo por el cual se optó por esta decisión, aun cuando, a todas luces, es contradictoria al sistema actual. De hecho, en la sentencia de referencia, el TS afirma que *“no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre”*. Este es sin dudar un punto sumamente polémico, pues ¿realmente se debe desvirtuar al nuevo sistema por tratar de evitar situaciones que, en el paradigma actual, se pueden considerar “crueldad social”? ¿No es justamente el cambio de esta consideración uno de los puntos del nuevo sistema?

Un segundo alcance, o más bien, una consecuencia lógica que en principio se podría suponer de la eliminación del parámetro del mejor interés de la persona con discapacidad, sería la eliminación de toda norma jurídica que beneficie de manera “especial” a las personas con discapacidad (es decir, normas aplicables solo por el hecho de tratarse de un discapacitado). En palabras de CARRASCO PERERA *“la no discriminación reclama la simple inexistencia de normas particularmente protectoras de los discapacitados en el tráfico jurídico, de la misma forma que la antipsiquiatría y la antifarmacopea anatémizan la existencia de manicomios”*⁴⁹. Sin embargo, a pesar de la apariencia de este alcance, hemos de recordar que el nuevo sistema no tiene por objetivo solamente permitir a las personas con discapacidad participar en el tráfico jurídico de manera ordinaria, es decir, sin las limitaciones que históricamente se les han impuesto; sino que también tiene por objetivo dotar a las personas con discapacidad de las herramientas suficientes (ajustes

⁴⁷ MORENO FLÓREZ, R. M. (2021), “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021 (589/2021). Curatela asistencial para una persona con discapacidad psíquica”, en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Boletín Oficial del Estado, N.º 13, pp. 145-158.

⁴⁸ Al respecto, GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS (2022), afirman que *“el reconocimiento de la plena capacidad jurídica y el nuevo sistema de provisión de apoyos incluye el derecho a recibir los que la persona precise, pero también a rechazarlos aunque los necesite, pues, como indica el Comité, muchas personas con discapacidad solo pretenden que su derecho les sea reconocido expresamente, pero igualmente quieren ejercerlo por sí mismas, esto es, sin contar con las medidas de apoyo a que tuvieron derecho, si esta es su voluntad...tanto la CDPD como la LAPCD priorizan, por encima de todo, la autonomía de persona y la dotación de apoyos de carácter voluntario, en el sentido de que la persona deberá contar con estos no solo cuando los precise, sino cuando lo quiera...”*. (“Primeros pronunciamientos del Tribunal...”, op. cit., pp. 283, 311)

⁴⁹ CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 198.

razonables) para poder ejercer su capacidad jurídica en las mismas condiciones que cualquier otra persona. Con base en esta última idea, no es descabellado pensar que dentro del ordenamiento jurídico puedan aún existir ciertas normas “especiales” (más no protectoras) que permitirán a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones. La línea que divide a una norma “protectora” de un “ajuste razonable” es muy delgada por lo que el trabajo del legislador debe ser especialmente cuidadoso al momento de articular la normatividad, pues una mala interpretación de lo anterior puede llevarnos a caer nuevamente en la trampa de considerar a las personas con discapacidad como objetos de protección.

III. Régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por las personas con discapacidad.

Entre otros de los grandes cambios que trajo consigo la LAPD se encuentra el que es objeto principal de nuestro estudio: el régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por las personas con discapacidad, contenido principalmente en el actual artículo 1302.3 CC. Anteriormente, este artículo no contenía este régimen especial, limitándose únicamente a mencionar que las personas capaces no podrían alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron. La razón de esto ya la conocemos: no se les reconocía a las personas con discapacidad la posibilidad de prestar consentimiento⁵⁰ y, por tanto, los contratos celebrados por estas personas, en términos de los artículos 1261 y 1278 CC, eran nulos de pleno derecho.

Esta norma ha sido considerada por algunos autores como una especie de “residuo” del principio del mejor interés de la persona con discapacidad⁵¹, pues abre una enorme puerta a la posibilidad de anular los contratos celebrados por las personas con discapacidad cuando, estando estas provistas de medidas de apoyo y estas sean precisas, no fueran utilizadas.

Ahora bien, con la redacción actual del artículo 1302.3 CC, nacen una serie de interrogantes, tales como: 1.- ¿Qué tipo de contratos están sujetos al régimen de anulabilidad?; 2.- ¿Las medidas de apoyo provistas a las que se refiere el artículo 1302.3 CC son únicamente las derivadas de una resolución judicial, o cabe encuadrar en el régimen también las medidas de apoyo “fácticas”?; 3.- Para efectos de la posibilidad de anular un contrato, ¿es indistinto el origen o la causa por la cual la persona con discapacidad prescinde de las medidas de apoyo?; 4.- ¿La determinación de que las medidas de apoyo eran precisas para la celebración del contrato es la que deriva de la provisión judicial? o, por el contrario, ¿se debe realizar un examen *sui generis* del caso concreto para determinar si las medidas eran precisas?; 5.- ¿La posibilidad de que la

⁵⁰ El anterior artículo 1263 CC nos decía que “No pueden prestar consentimiento: ... 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial”.

⁵¹ “Las normas que históricamente han protegido a los sujetos infirmes o desprotegidos que se arriesgan en el proceso de celebrar, consumir o anular contratos, ya no se aplican a los discapacitados, salvo que el juez haya determinado alguna específica medida de apoyo y la medida no haya sido aplicada en el proceso contractual” [CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 199].

persona con discapacidad ejercite el régimen de anulabilidad está condicionado a la utilización de medidas de apoyo?

Sin duda, aunque todas estas cuestiones se encuentran relacionadas entre sí, y resultan sumamente interesantes, darle respuesta a cada una de ellas involucraría un trabajo que, lamentablemente excedería de la extensión del presente, por lo que nos limitaremos a analizar el tema en general procurando asentar las bases que nos permitan resolver gran parte de las preguntas planteadas.

III.1. Medidas de apoyo sobre las que recae el régimen de la anulabilidad de los contratos.

¿Qué debemos entender por una medida de apoyo “prevista” (1301.4º) o “provista” (1302.3)⁵², y que a su vez resulte precisa al momento de la celebración del contrato? La interrogante se vuelve mucho más compleja si consideramos que la certeza jurídica del otro contratante es también un principio que se debe tener presente en todo momento, por lo que no se puede abrir una puerta legislativa a un recurso universal de nulidad⁵³.

Para empezar, en el nuevo sistema no es posible decretar la nulidad radical de un contrato por falta de consentimiento basándose en la discapacidad de una persona. Tampoco será posible alegar error contractual por el solo hecho de su discapacidad o por patología que deriva de la misma⁵⁴, pues esto rompería con el postulado normativo de la capacidad jurídica (facultad para prestar consentimiento). Así, el régimen de nulidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad debe de entenderse únicamente como una “especialización” del régimen general de nulidad de los contratos, derivado de la particular situación de las personas con discapacidad (necesidad de realizar ajustes razonables para la prestación del consentimiento); y no como una oportunidad para invalidar indistintamente los contratos celebrados por ellas⁵⁵. Por lo anterior, la existencia

⁵² Analizar si existe alguna razón en específico para que el legislador utilice dos conceptos distintos al referirse a las medidas de apoyo del régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad puede resultar sin duda muy interesante, sin embargo, en esta ocasión no profundizaremos en ello.

⁵³ En palabras de CARRASCO PERERA A. F. (2022), (“Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 204): “Permitir un recurso alternativo universal a la nulidad por falta de consentimiento arruina el nuevo entramado legal construido en los arts.1302 y 1304 CC y, contra la justicia social, acaba comprando la “emancipación” de los discapacitados con un precio de inseguridad jurídica que pagan las contrapartes contractuales”.

⁵⁴ Lógicamente aquí se tiene que velar porque exista un consentimiento válido de la persona con discapacidad, es decir, que la persona con discapacidad, sola o con apoyo, entiende la información que se le proporciona, la puede integrar en su proceso de razonamiento y es capaz de expresar su preferencia de manera coherente [op. cit. TENA ARREGUI, R. (2022), “El régimen de ineficacia...”]. En caso de no ser así, el consentimiento simplemente no existe y, por tanto, en términos del artículo 1261, el contrato es nulo de pleno derecho. De igual forma, si bien es cierto el discapacitado no puede pretender que ha existido falta de consentimiento a causa de su discapacidad, sí puede hacerlo valer si esta procede de razón exógena a su discapacidad efectiva, por ejemplo: trastorno mental transitorio, violencia física de tercero, intimidación [CARRASCO PERERA, A. F. (2021), *Brújula para navegar...*, p. 13].

⁵⁵ “Si el discapacitado a secas, o el discapacitado con apoyos fácticos, pudiera solicitar la nulidad radical del contrato por falta de consentimiento qua discapacidad, la nueva ley no habría cambiado nada, y todo

de las medidas de apoyo al momento de la celebración del contrato es indispensable para que se pueda invocar el régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad⁵⁶, dejando fuera de esta posibilidad a todos aquellos contratos en donde la persona con discapacidad no estuviera dotada de medidas de apoyo.

Ahora bien, por lo que se refiere a la palabra “precisa” que enuncian los artículos ya citados, algunos autores⁵⁷ coinciden en dos posibles interpretaciones: 1.- Un sentido formal cuando el contrato de que se trate esté incluido dentro del ámbito previsto de la medida de apoyo. Se considera la “precisión” en abstracto, y se analiza solo si se da el supuesto de hecho de la medida, que, ya por serlo, será “precisa”, lo que acaba redundando con el propio concepto de haber sido “establecida” (se establecen por ser precisas y son precisas porque se establecen); y, 2.- Un sentido material cuando no basta con que la medida de apoyo se encuentre formalmente constituida, sino que se practica adicionalmente un test circunstanciado, en consideración a cada caso, de forma que una medida de apoyo establecida como “precisa” en abstracto puede no revelarse precisa en ese momento si la persona con discapacidad puede, en esas circunstancias, prestar por sí misma su consentimiento.

Sobre el sentido material, CARRASCO PERERA⁵⁸ afirma que una medida de apoyo no es precisa cuando la actuación del apoyo no hubiera conducido a resultados distintos a los alcanzados sin el apoyo. Desde una óptica personal, considero es necesario ampliar esa respuesta, Así, una medida de apoyo puede no ser precisa, aun cuando el resultado fuese distinto al que se hubiera alcanzado con el apoyo, es decir, aunque el contrato se celebre con términos diferentes a los que presumiblemente se hubieran adoptado de haberse ejercitado la medida de apoyo; siempre y cuando, al momento de la celebración del contrato, la persona con discapacidad tuviera facultades suficientes para prestar por sí misma su consentimiento.

Dependiendo de la interpretación por la que se opte, serán distintos los efectos que podría generar una renuncia de la persona con discapacidad respecto de utilizar la medida de apoyo constituida a su favor en la celebración de un contrato. Por un lado, en el sentido formal, no cabría la posibilidad de celebrar un contrato completamente válido (no anulable) cuando una persona con discapacidad prescindiera de utilizar las medidas de apoyo constituidas a su favor, aun cuando, al momento de la celebración del contrato, la persona con discapacidad pudiera prestar su consentimiento sin apoyo⁵⁹, pues, de acuerdo con este sentido, las medidas de apoyo aludidas siempre se considerarán “precisas”. Por otro lado,

resultaría un final de farsa y fraude...” [CARRASCO PERERA, A. F. (2021), *Brújula para navegar...*, op. cit., p. 13].

⁵⁶ Esto, por supuesto, sin menoscabo de poder invocar el régimen general de nulidad de contratos en caso de algún vicio en el consentimiento (dolo, error, violencia).

⁵⁷ TENA ARREGUI, R. (2022), “El régimen de ineficacia...” op. cit., y CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 222.

⁵⁸ CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 222.

⁵⁹ Cabe mencionar que, de acuerdo con esta tesis, eso no sería posible, pues justamente la constitución de las medidas de apoyo se debe a que la persona con discapacidad no puede prestar su consentimiento sin apoyo.

en el sentido material, sí existe la posibilidad de la renuncia, pues como se comentó, aquí se atiende a un test circunstanciado y se abre la posibilidad de considerar a una medida como “no precisa” en el caso concreto aun cuando estuviera formalmente constituida.

Personalmente, la segunda interpretación (en sentido material) me resulta la opción procedente, aunque considero que es necesario realizar algunos matices: por un lado, las medidas de apoyo formalmente constituidas deben otorgar una presunción *iuris tantum* de necesidad (ser precisas)⁶⁰ por lo que, en una hipotética controversia, y solamente aquí, corresponderá a la parte interesada (el otro contratante o incluso a la propia persona con discapacidad⁶¹, si es que la acción la inicia la persona a la que le hubiera correspondido prestar el apoyo) probar que la persona con discapacidad fue capaz de prestar un consentimiento válido sin la intervención de las medidas de apoyo (o incluso con el apoyo de una persona que no fuese el titular de la medida establecida). Por otra parte, la existencia de medidas de apoyo formalmente constituidas no debe ser un límite *prima facie* para que la persona con discapacidad no pueda celebrar un contrato por sí misma. Así, en este caso, mientras no exista controversia, debe de mantenerse la presunción de que la persona con discapacidad prestó un consentimiento válido por sí misma a pesar de no utilizar los apoyos establecidos para tal efecto.

Otro matiz por señalar es que, además de considerar precisas todas las medidas de apoyo que, antes de la celebración del contrato, fueran de vital trascendencia para la prestación del consentimiento de la persona con discapacidad⁶², es necesario considerar también todas aquellas medidas de apoyo que, habiendo sido queridas por la persona con discapacidad, no estuvieran disponibles para acceder a ellas, suponiendo esto un defecto en el proceso de conformación de la voluntad contractual y que, por tanto, debería encauzarse a través de la posibilidad de anular el acuerdo⁶³. Lo último mencionado quizás pueda generar opiniones diversas⁶⁴, pues nos lleva a preguntarnos lo siguiente: ¿si una persona con discapacidad dispusiera que para la celebración de un contrato es necesario la utilización de cierta medida de apoyo (es decir, constituyera una medida de apoyo voluntaria específica en instrumento público), esto la convierte por sí en una medida de

⁶⁰ Como bien apunta TENA ARREGUI [op. cit. (2022), “El régimen de ineficacia...”]: “*Cuando se han previsto determinadas medidas de apoyo en sede judicial, hay que entender que ha existido un control suficiente sobre la necesidad o conveniencia de que, por su concreta situación personal, determinada persona cuente con apoyo para ejercer su capacidad jurídica en un ámbito determinado. Todo ello con las debidas garantías y sujeto a la verificación de la autoridad judicial. Esto origina una presunción sobre esa necesidad o conveniencia...*”.

⁶¹ En este caso, en términos de la CDPD, bastaría con la simple ratificación del contrato.

⁶² En palabras de CARRASCO PERERA A.F. (2022), (“Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 216) los únicos apoyos a efectos de determinar la causa de anulación del art. 1301.4º CC son los apoyos que tienen por objeto el complemento o la sustitución de la emisión de un consentimiento contractual.

⁶³ GARCÍA RUBIO, M. P. (2022), “Capacidad para contratar...”, op. cit., p. 502.

⁶⁴ Autores como CARRASCO PERERA A. F. (2022) niegan esta posibilidad, al asegurar que la falta de actuación de las correspondientes instituciones de apoyo constituidas voluntariamente por el afectado no produce tampoco la consecuencia de ineficacia establecida en el art. 1301. 4º (“Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 216).

apoyo precisa⁶⁵? Con aplicación en nuestro supuesto la pregunta sería: si al momento de la celebración del contrato la medida de apoyo mencionada no estuviera disponible por circunstancias ajenas a la voluntad de la persona con discapacidad, ¿esto llevaría a la posibilidad de invocar el régimen de anulabilidad? A nuestro parecer, la respuesta es sí, aunque claramente se tendría que atender al caso concreto, haciendo el ya mencionado test circunstanciado.

Independientemente de lo anterior, también existen algunas complicaciones prácticas, pues puede resultar particularmente difícil probar tanto que la medida de apoyo no se encontraba “disponible” al momento de la celebración del contrato, es decir, que realmente existió una causa que impidiera el acceso a la misma, así como probar que no fue decisión de la persona con discapacidad el prescindir de la medida de apoyo voluntaria⁶⁶.

Así, en vista de lo citado, podemos decir que la primera conclusión de este apartado es que las medidas de apoyo que no sirvan para la correcta prestación del consentimiento de la persona con discapacidad en la celebración de un contrato, no serán consideradas “precisas” para efectos del régimen de anulabilidad⁶⁷.

Ahora bien, analicemos qué debemos de entender por medidas de apoyo “provistas”. Si atendiéramos a la semántica del concepto, podríamos decir que nos referimos a todas aquellas medidas que, siendo necesarias, se hayan constituido a fin de servir a la correcta prestación del consentimiento de la persona con discapacidad. En un primer momento podríamos pensar que todas las medidas de apoyo contempladas en el ordenamiento jurídico involucran un factor de necesidad (y justamente por eso se constituyen), si bien lo cierto es que, para efectos del régimen de nulidad de contratos, y tomando en consideración el principio de certeza jurídica para las partes en un contrato, este elemento tiene que estar investido de una formalidad en su constitución.

Con esto presente, para algunos autores las medidas de apoyo “provistas” solo pueden ser las judiciales, es decir, el curador (de simple asistencia o representativo)⁶⁸, el defensor judicial e incluso el guardador de hecho representativo, en la medida en que esta última figura implique la intervención de la autoridad judicial para autorizar la realización

⁶⁵ Incluso si optáramos por una interpretación semántica podríamos llegar a considerar que se tratara también de una medida “prevista” (1301.4º).

⁶⁶ Se hace especial énfasis en que la medida de apoyo sea voluntaria, pues, como se tratará de explicar más adelante, el rechazo a la utilización de las medidas de apoyo derivadas de resoluciones judiciales genera otros efectos respecto al régimen de anulabilidad tal y como se contempla en el ordenamiento jurídico español.

⁶⁷ El análisis realizado nos ayuda a responder a la pregunta anteriormente planteada: ¿La determinación de que las medidas de apoyo eran precisas para la celebración del contrato es la que deriva de la provisión judicial o, por el contrario, se debe realizar un examen *sui generis* del caso concreto para determinar si las medidas eran precisas?

⁶⁸ “Nuestra propuesta es que estas normas sólo contemplan como relevantes las medidas judiciales de apoyo que instauraran (i) una curatela de simple asentimiento, (ii) una curatela representativa o (iii) un defensor judicial con funciones representativas no duraderas... El resto de las medidas de apoyo son irrelevantes a efectos de eficacia contractual” [CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 218].

de ciertos actos⁶⁹. No perdamos de vista que, a estas consideraciones, hay que sumar la relevancia que la medida en cuestión tenga en la prestación del consentimiento al momento de la celebración del contrato, con lo cual, no todos los actos realizados al margen de la celebración de un contrato y que deriven de una medida de apoyo judicial serán susceptibles de anulación.

Pero entonces ¿qué sucede con las medidas de apoyo voluntarias y con el guardador de hecho “simple” (no judicializado)? Pues bien, parte de la doctrina opina que estas medidas no pueden ser susceptibles de considerarse “provisas” para efectos del contenido de los artículos 1301.4º y 1302.3, ya que, por su naturaleza, siendo predominantemente informales, no ofrecen una certeza jurídica al otro contratante, pues cuestiones como saber quién es guardador de hecho de quién, cuántos guardadores de hecho tiene una persona, si se ejerce la guarda de hecho con una u otra intensidad⁷⁰, entre otras, no resultan de fácil conocimiento (incluso con presencia de un notario) por lo cual, no se pueden tener en cuenta a efecto de invocar el régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad. Particularmente, estoy de acuerdo de manera parcial con esta última idea. En mi opinión, si bien es cierto la guarda de hecho no puede ser una medida de apoyo susceptible para invocar el régimen de anulabilidad de contratos (por su naturaleza eminentemente informal), considero que, en el caso de las medidas de apoyo voluntarias, y tal y como se aludió anteriormente, estas sí podrían ser consideradas “provisas” para efectos del citado régimen, sin embargo, para ello, tendrían que cumplir determinadas circunstancias, siendo estas las siguientes:

- Que la medida de apoyo se haya constituido con la formalidad requerida, es decir, en escritura pública y debidamente inscrita en el Registro Civil.
- Que al momento de la celebración del contrato la medida de apoyo citada no estuviera disponible (no se pudiese acceder a ella) por circunstancias ajenas a la voluntad de la persona con discapacidad (esto incluiría, por supuesto, que la persona con discapacidad no ocultara la existencia de la medida de apoyo).

Partiendo de lo anterior, cabe decir que, si el otro contratante era conocedor de la existencia de medidas de apoyo “provisas” al momento de la celebración del contrato y aun así celebró con la persona con discapacidad el mencionado acuerdo sin que esta se allegara de dichas medidas, entonces el otro contratante actuó con dolo, por lo que no sería necesario invocar régimen de anulabilidad distinto al general para todos los contratos. Para este caso, la especialización de la norma no afecta a la pretensión del régimen, por lo que no consideramos necesario profundizar más en dicha discusión.

III.2. El ejercicio de la anulabilidad.

III.2.1. Nulidad solicitada por la persona con discapacidad.

⁶⁹ TENA ARREGUI, R. (2022) “El régimen de ineficacia...”, op. cit.

⁷⁰ CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 221.

Como cabe advertir, el primer legitimado para ejercer la acción de nulidad de los contratos objeto de nuestro estudio es la propia persona con discapacidad que lo celebra. Esto no es ninguna novedad si consideramos que esta legitimación es consecuencia lógica del acto jurídico en concreto, además de que desde hace ya mucho tiempo el artículo 1302 CC reconocía expresamente la posibilidad de ejercitar la acción de nulidad de los contratos a *“los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos”*.

Lo que sí resulta novedoso es la redacción que el artículo 1302.3 CC pues literalmente nos dice que *“podrán ser anulados [los contratos] por ellas [personas con discapacidad], con el apoyo que precisen”*. Esto nos lleva a preguntarnos si la posibilidad de que la persona con discapacidad ejercite el régimen de anulabilidad está condicionado a la utilización de medidas de apoyo o, por el contrario, es posible que la persona con discapacidad ejercite la acción de nulidad sin utilizar las medidas.

Antes de dar una respuesta es prudente analizar brevemente las razones que pudo haber tenido el legislador para optar por esta redacción. En primer lugar, tenemos que situarnos en el contexto de que el régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad se basa, precisamente, en el supuesto de que esta persona prescindió de las medidas de apoyo previstas para la celebración de un cierto acto jurídico, por lo cual, insinuar que la persona con discapacidad puede ejercitar la acción de nulidad en las mismas condiciones que permiten a una persona sin discapacidad ejercitar precisamente esa acción, podría visualizarse como una clara contradicción. Así, la mención expresa de que la persona con discapacidad deberá ejercitar la acción de nulidad con los apoyos que precise parece lógica.

Ahora bien, independientemente de lo anterior dicho, es necesario recordar una vez más los principios y derechos de la CDPD, en este caso, específicamente el artículo 13, que consagra el derecho y obligación de los Estados parte de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. Así, este artículo no solamente se refiere a la necesidad de realizar ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos; sino que también hace referencia a la eliminación de cualquier clase de límite jurídico que impida a las personas con discapacidad acceder a la justicia en igualdad de condiciones. Por tanto, la existencia del apoyo no puede, en ningún caso, significar un requisito adicional que le impida a la persona con discapacidad acudir a los tribunales en idénticas condiciones que los demás⁷¹, es decir, en este caso, ejercitar por sí mismo la acción de nulidad. Es importante aclarar que lo mencionado no imposibilita a la autoridad proponer el uso de un defensor judicial, como se deduce del artículo 295.5º CC.

III.2.2. Nulidad solicitada por quien le hubiera correspondido prestar las medidas de apoyo.

Es momento de referirnos a la legitimación que el segundo párrafo del artículo 1302.3 CC otorga a la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo, es decir, el

⁷¹ Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P. (2022), “Capacidad para contratar...”, op. cit., p. 500-501.

titular de la medida de apoyo. Para 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. Al respecto, cabe apuntar lo siguiente:

1.- Si bien ya explicamos las razones por las cuales la legitimación de la persona con discapacidad para ejercitar la acción de nulidad es una consecuencia lógica del acto jurídico concreto, estas razones no resultan ser así cuando hablamos de la legitimación de los titulares de las medidas de apoyo. Analicemos esto un poco más a profundidad: el postulado normativo del nuevo sistema, en virtud del cual, las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, y por tanto pueden celebrar actos jurídicos por sí mismos⁷², también repercute directamente en el régimen de las obligaciones derivadas del contrato y en la responsabilidad contractual⁷³. Así, cuando antes el grado de responsabilidad que tenía un tutor respecto de un incapacitado era más significativo⁷⁴, ahora el nuevo sistema prevé que la persona con discapacidad responderá directamente por los daños causados a otros.

Siendo esto así, y en virtud de lo preceptuado por el artículo 1302.1 CC⁷⁵, hay que preguntarse por qué legitimar (por separado de la legitimación de la persona con discapacidad y con unas circunstancias distintas a esta) a la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo si este no se obliga en virtud del contrato. Ante esta cuestión caben dos posibles respuestas: por un lado la naturaleza “sancionadora” de la norma, ya que esta hipótesis de legitimación solo se acciona si el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta; es decir, se trata de conceder una legitimación especial derivada de la mala fe y del abuso, que es lo único que debería probar el titular de la medida de apoyo⁷⁶; y, por el otro, el supuesto de que la persona con discapacidad no pueda o no desee ejercitar dicha acción, quedando a salvo la posibilidad de que el titular de la medida de apoyo pueda hacerlo, con base en la irregularidad contractual que derivó de la mala fe del otro contratante. Esta hipótesis además incidiría el carácter subsidiario de la posibilidad de que la acción de nulidad sea ejercitada por el titular de la medida de apoyo. A este respecto, hablando específicamente en el supuesto en donde la persona con discapacidad no desea ejercitar la

⁷² Entendido esta expresión desde un punto de vista jurídico, aunque materialmente requieran de medidas de apoyo para expresar sus deseos y preferencias (prestar su consentimiento).

⁷³ “No se puede ser capaz para la acción positiva, pero discapaz frente a la responsabilidad de la actuación negocial ya desinhibida por ley” [CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 205].

⁷⁴ El anterior artículo 1903 mencionaba que los tutores debían responder de los perjuicios causados por los incapacitados que estuvieran bajo su autoridad y habitaran en su compañía. Actualmente, la regla general es la prevista en el artículo 299 CC, con la excepción de la figura del curador representativo, que en el reformado artículo 1903 CC aún establece un grado de responsabilidad: “los curadores con facultades de representación plena lo son [responsables] de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella”.

⁷⁵ Que antes era regla general pero ahora ha pasado a ser la más amplia de las hipótesis del régimen de nulidad de los contratos.

⁷⁶ TENA ARREGUI, R. (2022), “El régimen de ineficacia...”, op. cit.

acción de nulidad⁷⁷, puede sorprendernos pensar en la posibilidad de que, aún en contra de los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, una tercera persona, en este caso el/la titular de la medida de apoyo, pueda ejercitar una acción de nulidad en contra de un acto jurídico que, en realidad, él/ella no celebró, y por tanto se ponga en tela de juicio la validez de un contrato celebrado en los términos que la persona con discapacidad acordó, aun cuando existiera mala fe del otro contratante (por ser conocedor de las medidas de apoyo existentes y que no se utilizaron, por ejemplo).

2.- El segundo punto de reflexión lo situamos en la procedencia de la acción de nulidad de la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo, la cual está condicionada a que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo⁷⁸ de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta. La redacción de esta hipótesis resulta particular, pues tal y como apunta GÓMEZ CALLE⁷⁹, el hecho de que la expresión “de otro modo” vaya referida a “aprovecharse” permite entender que, para el legislador, quien contrata con una persona con discapacidad prescindiendo a sabiendas de las medidas de apoyo⁸⁰, “se aprovecha” ya de la situación, lo que justificaría que el prestador de apoyo pueda anular el contrato, aun cuando quien contrató con la persona con discapacidad no hubiera obtenido una ventaja injusta. Sobre este último punto, considero prudente hacer una consideración. En mi opinión, el legislador da a entender que el primer supuesto que nos presenta el artículo ya lleva intrínsecamente la idea de que el otro contratante está obteniendo una ventaja injusta o, dicho de otro modo, que la persona con discapacidad se encuentra en una situación de desigualdad (desventaja) respecto al otro contratante, derivado de no tener las medidas “necesarias” para prestar su consentimiento de la misma forma que el otro contratante lo haría. Justo por esta cuestión, se revela necesario expresar en la segunda hipótesis (que realmente es una ventana abierta a cualquier otra acción del cocontratante que nos lleve a los mismos resultados de la primera hipótesis) que con el aprovechamiento de la situación se deberá obtener una ventaja injusta.

Así, sintetizando todo lo anterior, podemos decir que el artículo nos presenta dos posibles hipótesis que, subsidiariamente⁸¹, pueden activar la posibilidad de que la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo ejercite la acción de nulidad del contrato celebrado por la persona con discapacidad:

⁷⁷ Ya sea porque expresamente no desea ejercitar la acción o porque, durante la celebración del contrato, manifestó no desear utilizar las medidas de apoyo, que al final es el supuesto que acciona la nulidad, y, por tanto, no tendría sentido anular un contrato del que derivan condiciones que él mismo expresó desear.

⁷⁸ Entenderemos que el aprovechamiento al que se refiere es, en principio, el que nace de la mala fe.

⁷⁹ GÓMEZ CALLE E. (2021) “En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad”, *Almacén de Derecho*.

⁸⁰ La autora hace el hincapié en que las medidas mencionadas son aquellas a las que la persona con discapacidad no ha renunciado expresamente. Con esto se revela el hecho de que, como la mayoría de autores, es defensora de la idea de que sería imposible invocar el régimen de anulabilidad de contratos en el supuesto de que la persona con discapacidad haya renunciado expresamente a utilizar las medidas de apoyo que tuviera provistas.

⁸¹ Bastaría caer en el primer supuesto del artículo para activar la posibilidad de ejercitar la acción de nulidad, pero, en caso de que no sea así, queda la posibilidad de encuadrar otros actos en el segundo supuesto.

A) Que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo que tuviera previstas la persona con discapacidad en el momento de la contratación y, aún a sabiendas de esto, celebrara el contrato con el discapacitado prescindiendo de dichas medidas.

B) En defecto de lo anterior, se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.

Ahora bien, otro punto interesante respecto a la procedencia de esta legitimación lo encontramos en la expresión “*En este caso...*” con la que inicia el segundo párrafo del artículo 1302.3 CC. Esta expresión nos da la pauta de la separación de legitimaciones, entre la que tiene la persona con discapacidad y la que tendría la persona a la que le hubiera correspondido prestar el apoyo, además de que nos da a entender que la actuación de mala fe de la contraparte y la obtención de ventaja injusta está reservado únicamente como elemento de “activación” de la legitimación del titular de la medida de apoyo, y no como requisito indispensable para que se pueda anular el contrato celebrado por una persona con discapacidad (aunque en este caso, solo podría solicitarlo dicha persona).

Esta idea se ve reforzada si tomamos en consideración que en los artículos 1163, 1304, 1314⁸², 1765 CC sí se hace una mención expresa del requisito de actuación de mala fe de la contraparte, y no así al inicio del artículo 1302.3 CC, en donde, en principio, únicamente contempla como requisito “*prescindir de las medidas de apoyo cuando fueran precisas*”.

Claramente esta no es para nada una interpretación que vaya acorde con los principios contemplados en la CDPD, ni con el espíritu que pretende tener la LAPD. Si esto es así, ¿por qué el legislador omitió como requisito para activar la anulabilidad especial del artículo 1302.3 CC la mala fe del contratante no discapacitado, dejando así abierta la posibilidad, en un supuesto de mala fe, de que se pudiera dar un abuso de derecho por parte de la persona con discapacidad (invocando el régimen de anulabilidad, aún a sabiendas de que la contraparte no actuó de mala fe, desconociendo la necesidad de utilización de medidas de apoyo, o no haciendo ninguna acción que pudiese derivar en un aprovechamiento injusto)? Planteando la pregunta de otra forma: ¿por qué el legislador no protege expresamente la buena fe del otro contratante evitando que se pueda invocar el régimen de anulabilidad especial bajo este supuesto?

III.3. Ventaja injusta y necesaria lesión.

⁸² Por ejemplo, de una lectura crítica del artículo 1314 CC podríamos deducir que, el hecho de que el beneficio de que la acción de nulidad no se extinga con la pérdida del objeto del contrato celebrado por una persona con discapacidad esté reservado, exclusivamente, para 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; corresponde a que existe la posibilidad de nulidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad sin que concurran las circunstancias que dan origen al beneficio, es decir, que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.

Desde hace algún tiempo, algunos civilistas han recalcado que el régimen de anulabilidad de los contratos en general debe prever expresamente como supuesto para su activación, además de los existentes, a la ventaja injusta y a la necesaria lesión, respectivamente para cada uno de los contratantes⁸³. Sin embargo, como ya se ha dicho, aún en la actualidad la legislación civil reconoce la posibilidad de invocar la nulidad del contrato, aunque no haya lesión para los contratantes, teniendo en principio, como único requisito, que el contrato adolezca de alguno de los vicios que lo invalidan con arreglo a la ley (artículo 1300 CC), siendo estos tradicionalmente el error, la violencia, la intimidación y el dolo⁸⁴. Así, la ventaja injusta y la lesión, por sí solas, no pueden activar el ejercicio de la acción de nulidad⁸⁵.

Con lo que respecta al régimen de anulabilidad especial objeto de nuestro estudio, este no difiere en este punto de la norma general pues, en principio, no exige la existencia de una ventaja injusta o una necesaria lesión para poder ser invocado (no así para activar la legitimación del titular de la medida de apoyo, como ya se explicó).

La mayoría de los autores no coinciden con lo anterior pues para ellos la existencia de mala fe⁸⁶, una ventaja injusta⁸⁷, y una necesaria lesión por parte del cocontratante se requieren para poder accionar la anulabilidad. Al respecto, CARRASCO PERERA⁸⁸ nos dice que, si no hay lesión, la acción se paraliza por *exceptio doli*⁸⁹. Este autor además explica que una contratación patológica (de la clase de las listadas en el art. 1301 CC) que no ha producido lesión es una contratación en que la patología que sirve de base no ha

⁸³ La profesora GARCÍA RUBIO M.P. [(2023) “Los desafíos del nuevo modelo...”, op. cit., p. 41 y en (2022), “Capacidad para contratar...”, op. cit., pp. 503-504] considera que, con el nuevo sistema, es necesario rehacer el concepto de vicios de la voluntad, argumentando que con la nueva perspectiva que trae consigo el sistema, este concepto se ve necesitado de una ampliación. Entre ellos, la consideración en el Código Civil español de la ventaja injusta derivada del aprovechamiento por parte de un contratante de la situación de vulnerabilidad de otro, como vicio invalidante y, tal vez, de la influencia indebida, como algo distinto del dolo o la intimidación. Al respecto de esto último, véase a GINÉS CASTELLET N. (2016) “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº.4, pp. 1-57.

⁸⁴ Nótese que estos tres (violencia, intimidación y dolo) involucran necesariamente la mala fe de alguno de los contratantes.

⁸⁵ Por regla general tampoco cabría la rescisión del contrato (art. 1293 CC), aunque existen algunas excepciones a considerar (art. 1291 CC).

⁸⁶ “... la buena fe de la contraparte sana el contrato del discapacitado” (CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 225).

⁸⁷ “Solo cuando quien contrata con la persona con discapacidad obtiene una ventaja injusta mediante el contrato, este sería anulable” (GÓMEZ CALLE E. (2021) “En torno a la anulabilidad...”, op. cit.).

“la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona con discapacidad solo adquiere relevancia anulatoria cuando el contrato resulta desequilibrado, de suerte que es este desequilibrio y no la discapacidad la razón que hace quebrar la plena eficacia del negocio jurídico”. (GARCÍA RUBIO, M. P. (2022), “Capacidad para contratar...”, op. cit., p. 508).

⁸⁸ CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 223.

⁸⁹ Cfr. Ídem, p. 228. El contratante de buena fe podrá fundar su acción de nulidad en alguna consideración de cargo, por ejemplo, el dolo del discapacitado, haciendo valer el principio del Derecho Romano: *malitia supplet infirmitatem* (la malicia reemplaza a la debilidad).

llegado a actuar y, por tanto, para él, no existe variación entre el resultado producido por medio de la contratación patológica y el que se hubiera obtenido de no ser así. Esto revelaría que la medida prevista no resultaba “precisa” al momento de la celebración del contrato y, por tanto, no se podría invocar el régimen de anulabilidad.

Al margen de lo comentado hasta ahora, creo oportuno realizar algunas reflexiones:

1.- Una interpretación que se puede derivar del estudio de la norma es que, a pesar de que la existencia de una ventaja injusta no es una exigencia expresa para ejercitar la acción de nulidad, curiosamente en el régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad el supuesto que activa la posibilidad de su ejercicio (que la persona con discapacidad haya prescindido de las medidas de apoyo que tuviera provistas) nos conduce, aparentemente, a que el otro contratante obtenga una ventaja injusta, pues existe la presunción de que al no utilizar la medida de apoyo que tuviera provista, la persona con discapacidad se encontraba en una situación de desigualdad respecto a su contraparte al momento de la contratación. No olvidemos que esta es una presunción *iuris tantum* y, por tanto, cabe prueba en contrario, aunque, hasta que no se presente dicha prueba, la presunción se tiene por cierta.

2.- En segundo lugar, nos cuestionamos si son realmente la ventaja injusta y la necesaria lesión las situaciones que justifican la existencia de la norma. ¿La hipótesis que presenta el régimen de anulabilidad especial de los contratos celebrados por personas con discapacidad atiende también al hecho de que la voluntad estuvo viciada al momento de la celebración del contrato?; o, por el contrario, tomando en consideración los comentarios hechos hasta ahora, ¿realmente la posibilidad de ejercitar la acción de anulabilidad deriva de que la persona con discapacidad se encontraba en una situación de desigualdad respecto a la contraparte?

Atendiendo a una lógica sistemática del ordenamiento jurídico, la aparente respuesta se inclina más a la planteada en la primera interrogante, en donde prescindir de la medida de apoyo provista equivale a un vicio en el consentimiento de la persona con discapacidad al momento de la contratación. Ahora bien, tal y como está redactada la norma hoy en día, este resulta ser más un postulado que una presunción, lo cual puede presentar ciertos problemas, pues actualmente *“el discapacitado que contrata sin que hayan sido observadas las medidas de apoyo establecidas es, como regla, merecedor de tutela anulatoria, aunque estas medidas, o su elusión, no hayan afectado mucho ni poco a la aptitud para prestar consentimiento contractual”*⁹⁰.

Esta redacción es un problema que se venía arrastrando desde que se presentó el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁹¹. En su momento,

⁹⁰ CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 199. Aquí el autor opina que esto no debiera ser así, pero añade que *“en la norma está claro que el sujeto que contrata sin los apoyos puede acudir a la anulabilidad sin necesidad de que además se trate de un sujeto que no haya podido fácticamente prestar consentimiento estándar”*.

⁹¹ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 17 de julio de 2020.

GARCÍA RUBIO advirtió sobre los alcances que podría tener la norma tal cual estaba escrita⁹², sin embargo, finalmente en la LAPD el artículo quedó redactado de esa manera, dando lugar a los riesgos que ya se han comentado.

IV: Rechazo de las medidas de apoyo provistas para una persona con discapacidad en la celebración de un contrato.

IV.1. Planteamiento del supuesto.

Realizado el análisis de los diferentes elementos que integran el régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por las personas con discapacidad, esta parte del trabajo comienza retomando el supuesto inicial que, al contrastarlo con los elementos antes citados, nos ayudará a visualizar las repercusiones a los que puede llegar la redacción que actualmente tiene la legislación en materia de anulabilidad de contratos. A modo de recordatorio, la hipótesis en forma de pregunta es la siguiente: si durante la celebración de un contrato, una persona con discapacidad provista de medidas de apoyo judiciales rechazara la utilización de dichos apoyos mediante una manifestación expresa en el contrato (es decir, prescindiera “voluntariamente” de dichas medidas), ¿sería posible ejercitar la acción de nulidad prevista en el artículo 1302.3 CC, ya sea por la propia persona con discapacidad o por la persona a la que le hubiera correspondido prestar el apoyo?

IV. 2. Doctrina de los actos propios.

¿Es aplicable la doctrina de los actos propios al supuesto planteado?

Recordemos que dicha doctrina se resume en una máxima simple: “*Nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro*”⁹³.

Muchas han sido las obras⁹⁴ y la jurisprudencia⁹⁵ que al respecto se han pronunciado, y a pesar de que, por sí mismo, el tema exige una amplia explicación, nos limitaremos a centrarnos en la primicia de que la prestación válida e inequívoca del consentimiento es un requisito indispensable para poder considerar la procedencia de la

⁹² “... no me parece una regla acertada, ya que de su tenor parece deducirse la posibilidad *tout court* de anular los contratos celebrados por una persona con discapacidad cuando no haya actuado con el apoyo que tenía y podía utilizar (...) en la práctica supone que a las personas con discapacidad que tengan medidas de apoyo de cualquier clase relativas a la prestación del consentimiento contractual se les exige un requisito más que a las demás personas para dar plena validez y eficacia a los contratos que acuerden cual sería el de actuar con el correspondiente apoyo” (GARCÍA RUBIO, M. P. (2022), “Capacidad para contratar...”, op. cit., pp. 503-504).

⁹³ LÓPEZ MESA, MARCELO J. (2009) “La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación”, *Vniversitas*, N.º 119, julio-diciembre, p. 191.

⁹⁴ Es de destacar: DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2014), *La doctrina de los actos propios: Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Estudios y Comentarios de Legislación)*, Editorial Civitas, Madrid.

⁹⁵ En la obra de DÍEZ-PICAZO, se habla de un repertorio de 238 sentencias del Tribunal Supremo que se han referido al tema de los actos propios (Notas críticas de Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans).

doctrina de los actos propios, por lo que, un vicio del consentimiento en los actos produciría la improcedencia de la doctrina.

Con nuestro supuesto de estudio presente, nos encontramos con dos posibles interpretaciones:

1.- Considerar el rechazo de las medidas de apoyo como una auténtica manifestación de voluntad⁹⁶, con lo cual la persona con discapacidad estaría impedida de invocar el régimen de anulabilidad de los contratos en virtud de la doctrina de los actos propios; además de que, ante una visión integral, ni siquiera procedería la anulación del contrato pues, si es posible que la persona con discapacidad manifieste válidamente su voluntad para rechazar la medida de apoyo provista judicialmente, también lo es para que pueda manifestar su voluntad con respecto a cualquier otra cosa referente al contrato; con lo cual, el apoyo ni siquiera resultaría “preciso”.

2.- Considerar que el rechazo de las medidas de apoyo hecho por una persona con discapacidad que estuviera provisto judicialmente de ellas, no es una manifestación válida de voluntad (al igual que tampoco lo sería en sí el contrato celebrado) bajo el razonamiento de que prescindir de los apoyos, en este caso, es análogo a padecer de un vicio en el consentimiento y, por tanto, no se cumplimentaría los requisitos de admisibilidad de la doctrina de los actos propios (expresión inequívoca del consentimiento) y, por el contrario, sería posible invocar el régimen de anulabilidad.

Además, con respecto a la necesaria existencia y protección de la buena fe en el negocio jurídico en cuestión, y nuevamente planteada en nuestro supuesto de estudio, cabe preguntarnos lo siguiente: con base en la redacción actual del artículo 1302.3 CC ¿será acaso que el legislador español considera que la buena fe del otro contratante, que no es persona con discapacidad, deba consistir en que al ser conocedor de la existencia de medidas de apoyo provistas, se abstuviera de celebrar el contrato aun cuando la persona con discapacidad renuncie expresamente a utilizar los apoyos? De ser esto cierto, se reiteraría la idea de que la redacción actual de los preceptos del régimen de anulabilidad impide a la persona con discapacidad prescindir válidamente de las medidas de apoyo provistas judicialmente.

Una vez más nos encontramos con el problema de descubrir la verdadera naturaleza jurídica del régimen implementado por el legislador en el actual artículo 1302.3 CC, y sortear las complejidades que pueden surgir a raíz de no reconocer expresamente a las personas con discapacidad el derecho de rechazar las medidas de apoyo (y, por tanto, la imposibilidad de imponérselas en contra de su voluntad).

⁹⁶ “Si admitimos esta posibilidad de rechazo [renunciar a las medidas de apoyo], como creo que debe hacerse en el nuevo modelo, no parece sensato que el contrato pueda ser impugnado ex post con fundamento en la situación de discapacidad. Ni mucho menos, que sea precisamente quien rechazó el apoyo quien pretenda después anularlo o que lo pretenda el titular del apoyo, de quien legítimamente se prescindió, pues estaría yendo contra sus propios actos” (GARCÍA RUBIO, M. P. (2022), “Capacidad para contratar...”, op. cit., pp. 505-506).

Al respecto de todo esto hemos de concluir que, si bien es cierto que la primera interpretación aludida es la más adecuada y armónica con lo preceptuado en la CDPD, lo cierto es que la segunda interpretación es posible aunque sea menos acorde con la Convención, porque la naturaleza jurídica del régimen no está claramente definida y, por tanto, nos encontramos con partes de la norma que permiten considerar la procedencia de esta interpretación, aun cuando la misma no sigue la filosofía del pacto internacional que le dio origen. Además, concluimos que la segunda interpretación solo admite una posible solución para validar la manifestación de voluntad de una persona con discapacidad provista de medidas de apoyo judiciales, y es, precisamente, la utilización de estas medidas.

Así, ante la pregunta ¿es aplicable la doctrina de los actos propios en nuestro supuesto de estudio? La respuesta posible es: depende de la interpretación que se le dé a la norma.

IV. 3. El derecho a rechazar las medidas de apoyo.

Un punto clave en nuestra investigación versa acerca de si existe o no un derecho por parte de la persona con discapacidad de rechazar la medida de apoyo que tuviera provista, ya que nos lleva a su vez a dar respuesta a la cuestión base de nuestra investigación.

Al respecto existen dos posturas diversas: por un lado, hay quienes afirman que se debe seguir el criterio expresado en la Observación General N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁹⁷, el cual afirma que la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento; y por el otro, hay quienes afirman que las observaciones y dictámenes del Comité no resultan vinculantes para los Estados y, por tanto, no es obligatorio que se siga el contenido de estos⁹⁸. Además, esta segunda postura ha negado la existencia de un derecho a no recibir apoyos en ejercicio de la capacidad jurídica, basándose en diferentes razones, como lo sería la existencia de una heterorregulación, es decir, la posibilidad de que se pueda proveer a una persona con discapacidad de medidas de apoyo a través de sede judicial; o, al hilo de esto último, la naturaleza de la figura del curador, que, de acuerdo con esta postura, si bien no puede ser un complemento a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, sí debe tener algunos efectos vinculantes⁹⁹.

Sin perjuicio de esta disyuntiva, el legislador español en la LAPD se inclinó hacia la segunda postura comentada, pues a pesar del contenido de la Observación General y de las advertencias hechas en su momento por los autores¹⁰⁰, decidió no reconocer de forma

⁹⁷ Punto 29 g). de la Observación General N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁹⁸ DE SALAS MURILLO S. (2020) *¿Existe un derecho...*, op.cit?

⁹⁹ Ídem, p. 2247.

¹⁰⁰ Resultan particularmente interesantes las intervenciones de la profesora GARCÍA RUBIO en la Comisión de Justicia, disponibles en: <https://www.youtube.com/watch?v=cfVIdmtMfHs> (minutos 8:28-8:35) y <https://www.youtube.com/watch?v=vLDggPmjko&t=17s> (minutos 12:53- 13:29) y las múltiples ocasiones

expresa a las personas con discapacidad un derecho a disponer de las medidas de apoyo asignadas judicialmente, privando así a estas personas de la oportunidad de modificar las medidas, darlas por finalizadas o rechazarlas expresa o tácitamente de así desearlo, creando con ello un enorme vacío legal. Más aún, y como ya dijimos en líneas anteriores, se dotó de una indebida legitimación para ejercer la acción de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad a la persona a la que le hubiera correspondido prestar el apoyo, y ello, no solo en la medida en que el acto perjudicara un interés de la persona con discapacidad, sino por el solo hecho de haber prescindido de la medida, sin entrar a valorar si la persona con discapacidad tuvo la capacidad natural para el acto en cuestión¹⁰¹, lo cual directamente va en contra del derecho al rechazo de la medida preceptuado por la Observación General del Comité.

Así, a la pregunta de si existe el derecho por parte de la persona con discapacidad de rechazar las medidas de apoyo que tuviera provistas, la respuesta más adecuada hasta el momento, en mi opinión, sería sí pero con matices, pues si bien es cierto este derecho está reconocido por el Comité de la CDPD, por gran parte de la doctrina y por algunos otros Estados¹⁰² parte de la Convención, sin embargo, este derecho no ha sido reconocido por el legislador español y, por tanto, no resulta claro si se podrá invocar en un determinado caso ante nuestros tribunales. Esta omisión legislativa tendrá que ser subsanada en los juzgados y tribunales que, a través de sus sentencias, interpretarán el cuerpo normativo y las consideraciones hasta ahora expuestas para delimitar una solución u otra.

Como una última anotación, es oportuno mencionar que existe una importante tendencia de los tribunales españoles a no reconocer el derecho al rechazo de las medidas de apoyo y, por tanto, evitar que pueda ser invocado en un determinado momento, pues, como bien apuntan GARCÍA RUBÍO y TORRES COSTAS, los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo dejan entrever una línea interpretativa que va claramente en contra de las directrices establecidas por el Comité en la Observación General N.º 1 (2014)¹⁰³. Como ejemplo de lo anterior tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo 3276/2021, de 8 de septiembre¹⁰⁴, de acuerdo con la cual se debe admitir que los apoyos puedan ser impuestos a las personas con discapacidad que los precisen, incluso en

en donde se pronuncia sobre este punto: “...el rechazo al apoyo es un derecho que debería incluirse de modo expreso en la nueva ley...” (GARCÍA RUBIO, M. P. (2022), “Capacidad para contratar...”, op.cit., p. 519).

¹⁰¹ Al respecto cabe mencionar que en julio de 2020 se presentó un Anteproyecto de la ley en donde destacaba la eliminación, en el artículo 1302, de la legitimación para ejercer la acción de nulidad de la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. De haber prosperado esta propuesta, y tal y como nos dice DE SALAS MURILLO si bien no hubiera existido como tal un derecho amparable por el ordenamiento jurídico a rechazar la imposición de un sistema de apoyos, sí se hubiera existido el derecho a prescindir de su contenido por la sola voluntad de la persona con discapacidad.

¹⁰² Sirva de ejemplo el recién creado Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares de México, el cual en el segundo párrafo de su artículo 445 reconoce este derecho en una interpretación *contrario sensu* al estipular que nadie puede ser obligado a ejercer su capacidad jurídica mediante apoyos.

¹⁰³ GARCÍA RUBIO M.P.; TORRES COSTAS M.E. (2022), “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo...”, op. cit., p. 288.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, N.º 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 (ROJ: STS 3276/2021).

el caso de que estas se nieguen a tenerlos. Además, las autoras citadas dicen que, para alcanzar tal conclusión, el Tribunal se apoya en argumentos jurídicos de índole esencialmente procesal extraídos de la propia LAPCD, así como en razones semánticas y sociales¹⁰⁵. Así las cosas, resulta muy difícil creer que los tribunales españoles le reconocerán a la persona con discapacidad un derecho a rechazar una medida de apoyo ya provista judicialmente, cuando ni siquiera se le está reconociendo el derecho a negarse a esta provisión.

IV.4. Posibilidad de invocar el régimen de anulabilidad de los contratos en el supuesto planteado.

Partiendo del contenido de la Observación General N.º 1 (2014), la posibilidad de rechazar la utilización de las medidas de apoyo en un acto en concreto es un derecho de la persona con discapacidad, por lo que, en este caso, un contrato celebrado en ese sentido puede ser plenamente válido y eficaz, de suerte que no podrá ser atacado ni por el titular del apoyo omitido, ni por el propio interesado que ha cambiado de opinión. En otras palabras, la renuncia al apoyo produce, pues, todos sus efectos¹⁰⁶.

Para la mayoría de los autores, que, por un lado, comprenden la esencia del nuevo sistema y, por el otro lado, defienden el principio de certeza jurídica de los contratos, esto resulta claro, concluyendo que el régimen de anulabilidad de los contratos no se aplicaría si la persona con discapacidad, pero con capacidad natural suficiente, renunciara explícitamente a la medida de apoyo y asumiera los riesgos de la contratación¹⁰⁷. Hay incluso quien afirma que se habría tenido que cerrar la posibilidad de que se anularan contratos celebrados por personas con discapacidad en condición distinta al que podría tener cualquier otra persona¹⁰⁸.

Respecto a esta última idea, a título personal, considero que la existencia de un régimen de anulabilidad que permita dejar sin efectos un contrato celebrado por una persona con discapacidad que no cuenta con las medidas de apoyo necesarias, no es por sí mismo un error; ya que, si bien es cierto que el postulado normativo nos indica que las personas con discapacidad tienen la misma capacidad jurídica que cualquier otra persona mayor de edad y, por tanto, los mismos derechos y obligaciones derivados del acto jurídico, no debemos perder de vista que la intención de la CDPD no es solamente abrir la puerta a las personas con discapacidad para participar en el tráfico jurídico con normalidad, sino que también considera necesario dotarlas de los elementos suficientes precisamente para que puedan llevar a cabo el ejercicio de su capacidad jurídica en las mismas condiciones que cualquier otra persona. Por tanto, hemos de entender el régimen de anulabilidad, no desde una visión protectora y paternalista, sino desde una visión de empoderamiento para

¹⁰⁵ Ídem, pp. 291-292.

¹⁰⁶ Ídem, p. 309.

¹⁰⁷ GÓMEZ CALLE E. (2021) “En torno a la anulabilidad...”, op. cit.

¹⁰⁸ CARRASCO PERERA, A. F. (2022), “Contratación por discapacitados...”, op. cit., p. 198. Además, este autor es un duro crítico del sistema y hace una denuncia sobre las contradicciones que considera tiene la LAPD en materia de anulabilidad de contrato.

dotar a las personas con discapacidad de los elementos suficientes para el debido ejercicio de su capacidad jurídica. Lógicamente para que esto pueda llevarse a cabo, lo ideal sería que el régimen de anulabilidad de contratos en el ordenamiento jurídico del Estado no deje vacíos legales que puedan derivar en un abuso de derecho o en una forma incorrecta de interpretación de la Convención, lo que, lamentablemente, y tal y como veremos a continuación, es una posibilidad latente.

La redacción de la LAPD y la aparente dirección que están tomando las decisiones de los tribunales parecen marcar una tendencia que no está tan clara como la que se desprende de la Observación General. En primer lugar, y tal y como ya se analizó, tenemos que el derecho a rechazar una medida de apoyo provista judicialmente no está reconocido actualmente en el ordenamiento jurídico español. Después nos encontramos con que el artículo 1302.3 CC tiene una redacción que resulta demasiado amplia y, por tanto, se podría encuadrar en ella incluso el supuesto de que se prescindiera de la medida de apoyo por “elección” de la propia persona con discapacidad, como es el caso fundamental que nos planteamos en este estudio. En último lugar, está el hecho de que en las sentencias que hasta ahora el Tribunal Supremo ha dictado con respecto al contenido de la LAPD, se ha manifestado una aparente tendencia a considerar que, en ciertos casos, puede ser decisiva en la resolución la presunción de que lo expresado por la persona con discapacidad no es su voluntad real y, por tanto, debe de buscarse cuál sería la voluntad de la persona con discapacidad si no se encontrara en esa especial situación¹⁰⁹.

Estas tres consideraciones nos llevan a pensar que incluso en el supuesto de que una persona con discapacidad hubiera renunciado expresamente a utilizar las medidas de apoyo provistas al momento de la celebración de un contrato, podría invocarse la anulabilidad del mismo precisamente por prescindir de ellas.

V. Conclusiones.

En el ordenamiento jurídico español en principio y con base en la redacción actual del artículo 1302.3 CC y con la tendencia que hasta ahora han tenido las sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia, se debe de admitir la posibilidad de invocar el régimen de anulabilidad de los contratos, ya sea por la persona con discapacidad o por la persona a la que le hubiera correspondido prestar el apoyo, aun cuando la propia persona con discapacidad, provista de medidas de apoyo judiciales, hubiera renunciado expresamente en el contrato a la utilización dichos apoyos.

No obstante, esta afirmación tiene algunos matices. En primer lugar, no podemos afirmar tajantemente la postura de que la persona con discapacidad no tenga derecho a rechazar las medidas de apoyo, pero será tarea de los operadores jurídicos en cada caso concreto darle contenido a este derecho. De igual manera, lo anterior no conlleva que necesariamente y en todos los casos se estime la acción de nulidad del contrato en cuestión,

¹⁰⁹ “Es previsible que la jurisprudencia pueda defender en el futuro la línea de aplicar en todos estos casos de discapacidad psíquica el régimen de la anulabilidad, por considerarla más protectora, pese a que la ley no lo ha previsto conscientemente y haya desaparecido en la actualidad la principal justificación para ello” [TENA ARREGUI, R. (2022), op. cit.]

pues en realidad esto dependerá de la sentencia que dicte el juzgador dentro del caso del que se trate.

Recordemos que la razón de admitir la posibilidad de ejercitar la acción de anulabilidad en el supuesto en que la persona con discapacidad haya renunciado expresamente a la utilización de las medidas de apoyo que tuviera provistas, se basa prácticamente en la presunción de que lo expresado en el contrato por la persona con discapacidad no es su voluntad real, pues al prescindir de la medida de apoyo provista judicialmente no tuvo los elementos suficientes para prestar su consentimiento en las mismas condiciones que el otro contratante; pero esto no significa que, si de las pruebas y del estudio hecho por el tribunal sobre el caso en cuestión se desprende que la voluntad real de la persona con discapacidad sí es la de rechazar las medidas de apoyo y celebrar el contrato en las condiciones que lo hizo, este no sea anulado y tenga por consiguiente plena validez y eficacia.

Bibliografía

- CARRASCO PERERA, A.F. (2021), *Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores*. Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo, junio, Toledo.
- CARRASCO PERERA, A.F. (2022), “Contratación por discapacitados con y sin apoyos”. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, N.º 42, pp. 196–233.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2014), *La doctrina de los actos propios: Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Estudios y Comentarios de Legislación)*, Editorial Civitas, Madrid.
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2022), “Capacidad para contratar y capacidad para responder por los daños causados de las personas con discapacidad en la nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español”, en BACH, M. y ESPEJO, N. (editores), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, México, pp. 489-520.
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2023), “Los desafíos del nuevo modelo de discapacidad y las reticencias para aceptar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad cognitiva, intelectual o psicosocial”, en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (directores), *La persona con discapacidad en el derecho de sucesiones*, Navarra, pp. 27-41.
- GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M.E. (2022), “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 75, N.º 1, pp. 279-334.

- GINÉS CASTELLET, N. (2016), “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 4, pp. 1-57.
- LÓPEZ MESA, M.J. (2009), “La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación”, *Vniversitas*, N.º 119, pp. 189-222, Bogotá.
- MORENO FLÓREZ, R.M. (2021), “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021 (589/2021). Curatela asistencial para una persona con discapacidad psíquica”, en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Boletín Oficial del Estado, N.º 13, pp. 145-158.
- NILSSON, A. (2012), *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*, Commissioner for Human Rights, Strasbourg.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coordinador) (2010), *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, Tirant lo Blanch, Cuarta Edición, Valencia, pp. 75-107.
- TENA ARREGUI, R. (2022), “El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad”, *El notario del siglo XXI*, N.º 101, julio-agosto, Madrid.

Otras fuentes

- Intervenciones de MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO en la Comisión de Justicia. Disponibles en: <https://www.youtube.com/watch?v=cfVIdmtMfHs> (minutos 8:28-8:35) y <https://www.youtube.com/watch?v=vLDggPmjko&t=17s> (minutos 12:53-13:29).
- GÓMEZ CALLE, E. (2021), “En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad”, *Almacén de Derecho*, diciembre. Disponible en: <https://almacendederecho.org/en-torno-a-la-anulabilidad-de-los-contratos-de-las-personas-con-discapacidad>.

7.2. La adjudicación directa de una concesión cuando existen varios interesados – Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid)¹¹⁰

Recientemente se ha planteado cuál es la forma de proceder cuando, una vez iniciado un procedimiento de adjudicación directa de una concesión demanial por haber quedado desierta la licitación previamente convocada, se tiene conocimiento de un nuevo interesado en la adjudicación, planteándose si, ante la concurrencia de varios interesados en el procedimiento de adjudicación directa, puede la Administración, al amparo del artículo 137.5 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, en adelante), adjudicarlo a aquel que estime más conveniente para el interés general o, por el contrario, debe acudir nuevamente al procedimiento de concurrencia competitiva.

Resulta preciso, en primer término, determinar el régimen jurídico de aplicación al procedimiento de adjudicación directa de una concesión demanial.

El artículo 91.1 de la Ley 33/2003 -de carácter básico, ex D.F. 2^a-, dispone:

“1. El otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia. No obstante, podrá acordarse el otorgamiento directo en los supuestos previstos en el artículo 137.4 de esta ley, cuando se den circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, o en otros supuestos establecidos en las leyes”.

El artículo 137 del mismo cuerpo legal, relativo a las formas de enajenación, señala:

“1. La enajenación de los inmuebles podrá realizarse mediante subasta, concurso o adjudicación directa.

2. La subasta podrá celebrarse al alza o a la baja, y, en su caso, con presentación de posturas en sobre cerrado; podrá acudirse igualmente a sistemas de subasta electrónica. La modalidad de la subasta se determinará atendiendo a las circunstancias de la enajenación, y la adjudicación se efectuará a favor de quien presente la oferta económica más ventajosa.

En el caso de que la adjudicación resultase fallida por no poder formalizarse el contrato por causa imputable al adjudicatario, podrá realizarse la enajenación a favor del licitador que hubiese presentado la siguiente oferta más ventajosa o procederse a la enajenación directa del bien.

3. Se seguirá el procedimiento de concurso respecto de aquéllos bienes que hayan sido expresamente calificados como adecuados para ser enajenados tomando en consideración criterios que, por su conexión con las directrices de políticas públicas específicas, puedan determinar que la venta coadyuve sustantivamente a su implementación. A estos efectos, el Consejo de Ministros, a propuesta del

¹¹⁰ En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Vivienda, Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid.

Departamento responsable de la política pública considerada, identificará los bienes que deben ser enajenados mediante este procedimiento y fijará los criterios que deben tomarse en cuenta en el concurso y su ponderación.

4. Se podrá acordar la adjudicación directa en los siguientes supuestos:

a) Cuando el adquirente sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público.

A estos efectos, se entenderá por persona jurídica de derecho privado perteneciente al sector público la sociedad mercantil en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una o varias Administraciones públicas o personas jurídicas de Derecho público.

b) Cuando el adquirente sea una entidad sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública, o una iglesia, confesión o comunidad religiosa legalmente reconocida.

c) Cuando el inmueble resulte necesario para dar cumplimiento a una función de servicio público o a la realización de un fin de interés general por persona distinta de las previstas en los párrafos a) y b).

d) Cuando fuera declarada desierta la subasta o concurso promovidos para la enajenación o éstos resultasen fallidos como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del adjudicatario, siempre que no hubiese transcurrido más de un año desde la celebración de los mismos. En este caso, las condiciones de la enajenación no podrán ser inferiores de las anunciadas previamente o de aquellas en que se hubiese producido la adjudicación.

e) Cuando se trate de solares que por su forma o pequeña extensión resulten inedificables y la venta se realice a un propietario colindante.

f) Cuando se trate de fincas rústicas que no lleguen a constituir una superficie económicamente explotable o no sean susceptibles de prestar una utilidad acorde con su naturaleza, y la venta se efectúe a un propietario colindante.

g) Cuando la titularidad del bien o derecho corresponda a dos o más propietarios y la venta se efectúe a favor de uno o más copropietarios.

h) Cuando la venta se efectúe a favor de quien ostente un derecho de adquisición preferente reconocido por disposición legal.

i) Cuando por razones excepcionales se considere conveniente efectuar la venta a favor del ocupante del inmueble.

5. Cuando varios interesados se encontraran en un mismo supuesto de adjudicación directa, se resolverá la misma atendiendo al interés general concurrente en el caso concreto.

6. La participación en procedimientos de adjudicación de inmuebles requerirá la constitución de una garantía de un 5 por 100 del valor de tasación en caso de ventas directas o del tipo de salida de los bienes en caso de procedimientos concurrenciales (...)."

Si bien este precepto no es directamente aplicable a la Comunidad de Madrid, por no ser de carácter básico, conviene precisar que, en la Comunidad de Madrid, en defecto de regulación autonómica, tiene carácter supletorio el Derecho estatal, como expresamente prevén, con carácter general, el artículo 33 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y el artículo 57 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio además de la supletoriedad del derecho estatal respecto al derecho de las comunidades autónomas que prevé el artículo 149.3 de la Constitución Española.

En todo caso, debemos traer a colación la normativa autonómica sobre la materia. Así, la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid (Ley 3/2001, en adelante), en lo que al uso de los bienes de dominio público se refiere, establece como regla general, en su artículo 28, lo siguiente:

- “1. El destino propio del dominio público es su utilización para el uso general o para la prestación de servicios públicos.*
- 2. Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, los bienes demaniales podrán ser objeto de otras utilizaciones cuando no resulten contrarias a los intereses generales a los que sirven.*
- 3. En la utilización de los bienes afectados a los servicios públicos deben observarse las reglas propias de los mismos, así como las instrucciones dictadas por las autoridades responsables de su funcionamiento”.*

A continuación, el artículo 33, apartado 1, dispone:

“1. La utilización y aprovechamiento de los bienes de dominio público prevista en el artículo anterior que requiera la realización de obras de carácter permanente o instalaciones fijas, será otorgada por el titular de la consejería a la que estén adscritos mediante concesión administrativa y por un tiempo limitado que no podrá exceder, incluidas las prórrogas, de setenta y cinco años, salvo que la legislación especial señale un plazo distinto.

Si hubiese varios solicitantes de la concesión, se observarán las reglas de publicidad y concurrencia, resolviéndose previa licitación”.

En último término, el artículo 34.5 de la citada Ley 3/2001 establece que *“el otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia. No obstante, podrá aprobarse el otorgamiento directo en los supuestos previstos en el artículo 137.4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuando se den circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, o en otros supuestos establecidos en las Leyes. Una vez otorgada la concesión deberá formalizarse en documento administrativo, que será título suficiente para su inscripción en el Registro de la Propiedad”.*

Así pues, no hay duda de la aplicabilidad del artículo 137.4 de la Ley 33/2003, no ya por su carácter supletorio, sino por remisión directa de la legislación madrileña sobre la materia.

Por tanto, intentada la adjudicación mediante publicidad y concurrencia, sin haber recibido oferta válida en el procedimiento -que es, por tanto, declarado desierto-, queda expedita la vía de la adjudicación directa, pero no como un nuevo procedimiento, sino como el siguiente trámite a seguir dentro del inicialmente convocado, si la Administración considerase que ello conviene a sus intereses.

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 13 de octubre de 2022, en la que se lee:

“...el procedimiento de enajenación por adquisición directa no es un procedimiento específico sino el mismo procedimiento de enajenación incoado -de oficio- que, por lo que a este recurso interesa, muta la forma de enajenación inicialmente seleccionada (subasta), al haber quedado desiertas las dos subastas celebradas (27 de septiembre de 2017), optándose, en lugar de proceder a una nueva subasta, transcurridos dos años desde la fecha de celebración de la primera -con nueva tasación- (art. 107 del Reglamento de la Ley 33/03), como forma de enajenación, a la adquisición directa del inmueble a solicitud de la licitadora "Promociones Riödaser, S.L", rigiéndose por el mismo Pliego de Cláusulas administrativas al que se sujetó la subasta (aceptado expresamente por el aspirante, que ingresó, como fianza, el 5% del tipo de la segunda subasta), acordándose su adjudicación directa por Resolución delegada de la Ministra de Defensa de 20 de febrero de 2018. (...) Por tanto, la adjudicación directa, a solicitud del interesado cuando las dos o tres subastas han sido declaradas desiertas, no es un procedimiento específico e independiente del expediente de enajenación por subasta, sino que forma parte del mismo (arts. 138 en relación con el 137.4.d) de la Ley y 91 de su Reglamento)”.

Expuesto lo anterior, sobre la forma de proceder cuando, una vez iniciado el procedimiento de adjudicación directa de la concesión demanial y efectuado requerimiento a los solicitantes para que presenten la documentación establecida en el pliego de condiciones particulares, se tiene conocimiento formal de un nuevo interesado en la adjudicación, podemos traer a colación la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2020, a la que precisamente se refiere el recurso de casación resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo citada ut supra, en la que se lee:

*“PRIMERO.- Se impugna mediante el presente recurso contencioso administrativo la resolución del Secretario de Estado de Defensa, dictada por delegación de la Ministra de Defensa, de 10 de enero de 2019, por la que se **acuerda la enajenación de la propiedad denominada Parques y Talleres de Artillería en Burgos, por adjudicación directa, de conformidad con el artículo 137.4.d) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, a la mercantil Promotora Edificio Plata 3, SL.***

Los antecedentes de hecho relevantes para este caso se detallan en la sentencia de 11 de marzo de 2019 (recurso 596/2018), del siguiente modo:

*«PRIMERO.- Para proceder a la enajenación de la propiedad denominada "Parque y talleres de artillería", en Burgos, el Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa procedió a efectuar **dos subastas públicas** el 27 de septiembre de 2017, la primera con un precio tipo de 14.013.100 euros y la segunda de 12.611.790 euros, **que se declararon desiertas.***

*El 4 de diciembre de 2017, la ahora demandante ingresó 630.589,55 euros, el 5% del tipo de la segunda subasta y, por escrito de 5 de diciembre siguiente, **solicitó la enajenación por adjudicación directa de la referida propiedad**, manifestando expresamente el conocimiento y la conformidad con el pliego de condiciones técnicas y con el pliego de cláusulas administrativas correspondientes a la subasta.*

Tramitado el procedimiento de venta por adjudicación directa de la referida propiedad, por resolución de 20 de febrero de 2018, del Secretario de Estado de Defensa, actuando por delegación de la Ministra de Defensa, se acordó la enajenación por adjudicación directa del inmueble, haciendo constar su descripción registral y señalando que las condiciones de venta eran las contenidas en el apartado VIII del pliego de cláusulas administrativas que rigieron la subasta, añadiendo que "El adjudicatario contrae a obligación de otorgar la escritura pública correspondiente dentro del plazo de un mes contado desde el día siguiente al que se le notifique la adjudicación definitiva".

Por resolución de 1 de marzo de 2018 se notificó la adjudicación y se requirió a la adjudicataria para que, en el plazo de un mes, se otorgara la correspondiente escritura de compraventa, con la prevención de que, de no efectuar el pago en el término previsto, decaería el derecho con pérdida de la fianza y sin perjuicio del resarcimiento de otros daños.

(...)

Por escrito de 14 de junio de 2018 la adjudicataria solicitó que, previamente al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, se procediera a la transmisión efectiva al Ayuntamiento de Burgos de determinadas fincas incluidas en un convenio suscrito entre dicho Ayuntamiento y el organismo autónomo de Defensa, lo que fue denegado por resolución del mismo 14 de junio, del Director Gerente del Instituto.

*Comparecidas las partes en el día y la hora señalados para el otorgamiento de la escritura pública, **la adjudicataria manifestó que no iba a proceder a la firma ni al abono del precio de la venta**, levantándose sendas actas de manifestaciones haciendo constar cada parte las circunstancias y los motivos pertinentes.*

Por resolución de 31 de julio de 2018, del Secretario de Estado de Defensa, se acuerda el decaimiento del derecho a la enajenación por adjudicación directa de la propiedad denominada "Parque y talleres de artillería", en Burgos, con pérdida de la fianza depositada, sin perjuicio de la reclamación de los posibles quebrantos que a la Administración hubiere producido la ineffectividad de la adjudicación.

(...)

Por resolución de 10 de enero de 2019, del Secretario de Estado de Defensa, por delegación de la Ministra de Defensa, se puso fin a un nuevo procedimiento de adjudicación directa, efectuando la misma a Promotora Edificio Plata 3, S.L., ahora comparecida como parte codemandada, si bien antes, la actora había solicitado una nueva enajenación por adjudicación directa de la propiedad dicha».

SEGUNDO.- En la demanda se alega que RIODASER XXI SL presentó una segunda solicitud de adjudicación directa, el 30 de agosto de 2018, dando lugar al acuerdo de incoación del Director Gerente de INVIED con registro de salida de 5 de septiembre de 2018, y que, al no haberse notificado ninguna resolución sobre su pretensión, el silencio debe entenderse estimatorio, habiendo solicitado certificación de acto presunto al respecto.

(...)

Finalmente, aduce la infracción del (...) artículo 8.1 c) de la misma Ley 33/2003, que obliga a que la gestión del patrimonio de las Administraciones Públicas se ajuste al principio de concurrencia.

(...)

*Iniciado en este caso el procedimiento de enajenación de un inmueble por subasta, conforme a los artículos 135 y siguientes de la Ley 33/2003, el expediente patrimonial tramitado conforme al artículo 138, finalizó por adjudicación directa a uno de los interesados, conforme al artículo 137.4.d) de la Ley, por haber quedado desierta la subasta. **Las solicitudes de los interesados no son peticiones iniciadoras de ningún procedimiento autónomo, sino que se encuadran en el mismo procedimiento de enajenación, que finaliza con el acto aprobatorio de la correspondiente operación patrimonial (artículo 112 de la Ley).***

(...)

SEXTO.- En relación al procedimiento de enajenación por adjudicación directa, se aducen en la demanda varias infracciones que pasamos a contestar seguidamente.

(...) A nueve se elevan los supuestos previstos en el artículo 137.4 de la Ley de Patrimonio en los que cabe la adjudicación directa. De entre ellos interesa el apartado d), esto es, cuando fuera declarada desierta la subasta o concurso, siempre que la enajenación se efectúe en iguales condiciones.

(...)

OCTAVO.- La siguiente denuncia es la infracción del artículo 35 de la Ley 39/2015 y artículo 91 del Real Decreto 1373/2009 por falta de motivación, al no justificar la resolución impugnada por qué INVIED opta por la adjudicación directa como modo de enajenación.

*Parte esta alegación de una inexactitud puesto que el organismo público no ha optado por la adjudicación directa, sino que incoó y justificó en el pliego de condiciones el procedimiento de subasta elegido. **Al haberse declarado desierta la segunda subasta, la recurrente solicitó la adjudicación directa, que resultó fallida, tras lo cual, dos empresas interesadas en la compra -de nuevo la recurrente y otra- solicitaron la adjudicación directa. Dispone el artículo 137.5 de la Ley de***

Patrimonio que cuando varios interesados se encontraran en un mismo supuesto de adjudicación directa, se resolverá la misma atendiendo al interés general concurrente en el caso concreto, que es lo que la resolución impugnada ha tenido en cuenta en este caso.

(...)

NOVENO.- Se aduce por último la infracción del artículo 8.1 e) de la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que obliga a que la gestión del patrimonio de las Administraciones Públicas se ajuste al principio de rentabilidad, e infracción del artículo 8.1 c) de la misma, que obliga a que la gestión del patrimonio de las Administraciones Públicas se ajuste principio de concurrencia.

Es cierto que, entre los principios a que debe ajustarse la gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales por las Administraciones públicas, el artículo 8 de la Ley señala los de «eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos» y los de «publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes».

No obstante, no es objeto de este pleito cómo el Ministerio de Defensa o sus organismos autónomos ejercen las políticas públicas de gestión o explotación de su patrimonio en términos de rentabilización de sus bienes y derechos mediante su gestión eficiente, ni está en discusión la forma de enajenación mediante subasta escogida en este concreto expediente patrimonial tal y como ha sido regulada en los pliegos de condiciones administrativas y técnicas que la rigen.

La concreta adjudicación a la empresa codemandada por un precio superior al de la segunda subasta declarada desierta, superior también a la de la primera adjudicación directa fallida y a la segunda oferta de la recurrente, no parece contrario al objetivo de obtener un precio más rentable del inmueble enajenado, sino que, al contrario, es más beneficioso al interés público.

La participación de dos interesados en la adjudicación directa del inmueble, y la adjudicación a la mayor oferta, parece también acomodarse a los principios que rigen la contratación administrativa como el de igualdad de trato entre los candidatos, y el de salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa, aplicables a los contratos patrimoniales conforme al artículo 4.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos. Además, es conforme a lo dispuesto en el artículo 137.5 de la Ley de Patrimonio en cuanto atiende al interés general concurrente en el caso concreto, no sólo porque la adjudicación al recurrente ya había resultado fallida, sino porque la oferta del otro interesado es económicamente superior” (el resaltado es nuestro).

Así pues, conforme a la doctrina anterior, podemos concluir que no es preciso acudir a un nuevo procedimiento de concurrencia ante la existencia de dos interesados en la adjudicación directa. Tal concurrencia ya tuvo lugar mediante la licitación que se declaró desierta, y a la que los interesados podrían haberse presentado. En este momento, dentro del mismo procedimiento, la Administración se encuentra legitimada para proceder a la adjudicación de la concesión demanial directamente.

Si existen varios interesados, la Administración puede proceder a la adjudicación en favor de aquél cuya oferta más convenga al interés general, justificándolo debidamente en el expediente, sin que sea preciso, en este momento, aplicar los criterios de adjudicación del pliego, lo que resultaría esencialmente contrario a un procedimiento de adjudicación directa.

Lo que exige el artículo 137.4 de la Ley 33/2003 es que *“las condiciones de la enajenación no podrán ser inferiores de las anunciadas previamente o de aquellas en que se hubiese producido la adjudicación”*; ciertamente, este precepto habla de condiciones que no sean inferiores, en referencia al precio, lo que resultaría coherente con la regulación de una enajenación.

Trasladando esta regla al ámbito de una concesión, cabría concluir que la Administración no puede resultar perjudicada por la adjudicación directa, y que las condiciones en que debe desarrollarse la concesión deben ser las previstas en el pliego, pero sin que resulte preciso que los interesados presenten ofertas y compitan por la adjudicación en base a los criterios de adjudicación que rigieron en el proceso de concurrencia.

La Administración puede proceder a la adjudicación directa en base al interés general, justificándolo en el expediente.

7.3. Los condicionantes para la personación de la Administración pública sanitaria, a través de la intervención voluntaria, en la acción directa ante la jurisdicción civil contra la compañía aseguradora en los casos de posible negligencia profesional médica – *Diego García Paz (Letrado de la Comunidad de Madrid)*¹¹¹

Con carácter general, los particulares que, como consecuencia de la prestación del servicio público sanitario, obtienen un efecto perjudicial, un daño en su salud, se dirigen frente a la compañía aseguradora del correspondiente servicio público para que ésta les indemnice los menoscabos ocasionados. Previamente, dichos particulares suelen acudir a las diligencias preliminares, previstas en los artículos 256 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), para obtener copia tanto de la póliza de seguro como de la historia clínica, con la finalidad de preparar e interponer posteriormente, en un plazo no superior a un mes, la demanda de acción directa.

Existe la posibilidad de que la Administración pública prestadora del servicio sanitario se persone y actúe en el procedimiento civil ordinario sustanciado contra la compañía aseguradora, si así lo interesa. No obstante, la referida personación no supone una posición neutral en el procedimiento, sino la asunción de una posición de parte, y en particular pasiva, como codemandada, puesto que, de ser acordada la referida personación en el procedimiento, la Administración pública asumirá un lugar procesal al lado de la compañía aseguradora.

Por ello, lejos de tener dicha personación un carácter automático, dado que la entrada en el procedimiento de la Administración lo es desde una posición que puede comprometer su patrimonio, al ser parte pasiva y el demandante, en consecuencia, estar facultado para dirigir su reclamación indemnizatoria, en caso de estimación de la demanda y condena, de forma solidaria y por el total frente a la compañía aseguradora y también frente a la propia Administración, que voluntariamente ha interesado posicionarse de forma pasiva, la viabilidad de efectuar la referida entrada mediante el instituto procesal de la intervención voluntaria está sujeta a la concurrencia de unos requisitos, tanto formales como materiales, que eviten que dicha asunción de un rol pasivo en el procedimiento derive inmediatamente o implique una condena para la Administración pública sin que ésta hubiera sido en ningún momento llamada al procedimiento, sino que sea la consecuencia de su entrada libre en el procedimiento que solo se dirigía frente a la compañía aseguradora.

La concurrencia de dichos requisitos, en el caso de la Administración autonómica madrileña, es objeto de valoración por medio de informe previo de ejercicio de acciones, de conformidad con el artículo 7.2 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, dado que desde la Administración pública autonómica se tiene una iniciativa, enteramente voluntaria, esto es, proactividad al respecto de la entrada en un proceso judicial, si bien posteriormente la posición asumida será pasiva. A través del cauce del informe, podrá valorarse previamente por el Letrado de la Comunidad de Madrid si la personación interesada no genera un perjuicio inmediato para la administración, atendiendo a las circunstancias del caso.

¹¹¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe del Departamento de Derecho Civil y Penal en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

Desde un punto de vista formal, el acceso de la representación procesal de la Administración pública prestadora del servicio sanitario al procedimiento judicial se debe efectuar a través de la fórmula legal de la intervención voluntaria en autos, ubicándose, de este modo, únicamente al lado del demandado, lo que no supone ejercicio de acción alguna, sino la asunción de una condición de parte pasiva en el proceso civil. El artículo 13 LEC dispone, en efecto, que:

“1. Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos.

2. La solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento. El tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días.

3. Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa.

También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones el Secretario judicial dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días.

El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte”.

Así pues, si el procedimiento civil se encuentra en situación de pendencia y no ha concluido, resulta ajustado a derecho y viable, desde una perspectiva estrictamente formal, que por parte de la representación procesal de la Administración pública pueda interesarse la intervención en el procedimiento. A tal fin, en el escrito por el que se solicite la intervención habrá de justificarse o motivarse el interés directo y legítimo en el objeto del procedimiento, que resulta evidente al tratarse de un hecho derivado de la directa prestación del servicio público sanitario.

Debe no obstante significarse, como se ha anticipado, que esta personación en calidad de interviniente en el proceso civil no implica el ejercicio activo de una acción procesal frente al demandante, sino la asunción de una posición pasiva en la causa, concomitante con la del demandado o al lado del mismo, por lo que toda alegación que se realice por parte de la Administración pública en el proceso lo será en aras a su defensa (como expresamente indica el artículo 13 LEC) respecto de aquellas manifestaciones realizadas

por la parte demandante que tiendan a demostrar la existencia de un incumplimiento de las reglas de la *lex artis* en la prestación del servicio que ha dado lugar a la demanda reclamando el importe indemnizatorio del seguro.

Debe tenerse en cuenta, a continuación, si se cumple el requisito de carácter material que habilite una intervención procesal de la Administración pública prestadora del servicio sanitario en la causa y que no le produzca un perjuicio directo o apriorístico, consistente en la acreditación, mediante prueba, especialmente pericial, de que no se ha producido en el caso un incumplimiento de la *lex artis* médica, advirando así la imprescindible corrección de la intervención o tratamiento médico llevado a cabo, de cuyo resultado se deriva el ejercicio de la acción directa frente a la compañía aseguradora.

Para que el referido requisito material se pueda considerar cumplido, por parte de la Administración pública interesada en intervenir en el procedimiento civil habrá de aportarse un informe médico pericial en el que se justifique que el tratamiento, intervención o actuación sanitaria ha sido la adecuada en el caso. En este sentido, los informes emitidos por la inspección médica, obrantes en los expedientes administrativos que habitualmente han sido instruidos con carácter previo a la incoación de la vía procesal de acción directa, en concepto de responsabilidad patrimonial, constituyen un elemento determinante, de carácter técnico-científico, que permite confirmar que la actuación no se ha separado de las reglas y protocolos de actuación médica. Este informe habrá de ser adjuntado con el escrito procesal en el que se interese la personación como interviniente de la Administración pública, pues abunda, sin duda, en el interés directo y legítimo que ha de justificarse en dicho momento procesal por quien pretende intervenir en el proceso, debiendo solicitar además, en unidad de acto, la citación personal del informante como perito para su ratificación en el juicio.

En definitiva: la personación de la Administración pública, de forma voluntaria, en los procesos seguidos por particulares contra su compañía aseguradora en los casos de acción directa por presuntas negligencias profesionales sanitarias resulta factible en derecho, si bien, en aras a procurar una posición que no sea directamente desfavorable para la Administración en el procedimiento, toda vez que ésta asume una posición pasiva y se expone a una condena solidaria, el automatismo en estas intervenciones se descarta, y debe venir siempre precedido –dada la iniciativa de la propia Administración– del examen de la concurrencia de los elementos -formal y material- antes explicados para considerar que la referida personación no genera, *a priori*, un riesgo objetivo de condena a la Administración, informando de este modo favorablemente la misma.