

“VIEJOS” PRINCIPIOS PARA INTERPRETAR “NUEVAS” REGLAS SOBRE CAPACIDAD, DISCAPACIDAD Y PROHIBICIONES*

(“OLD” PRINCIPLES FOR INTERPRETING “NEW” RULES ON
ABILITY, DISABILITY AND PROHIBITIONS)

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 104-133

* A continuación se reproduce “in extenso” la Conferencia titulada “«Viejos» principios para interpretar «nuevas» reglas sobre capacidad, discapacidad y prohibiciones”, impartida online en el Ciclo de conferencias sobre la tutela civil de las personas con discapacidad: balance, tras tres años de aplicación de la Leu 8/2021, de 2 junio, organizado por las Universidades de Valencia y Alicante, y celebrado online los días 28 y 29 de noviembre de 2024. Todo ello, a su vez, constituye un traslado, aunque actualizado jurisprudencialmente, de un trabajo antes ya publicado, con similar título: “«In dubio pro capacitate» y «favorabilia amplianda, odiosa restringenda»: «viejos» principios para interpretar «nuevas» reglas sobre capacidad y prohibiciones”, en el libro colectivo *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, que su autor codirige con su discípulo, el Prof. M. GARCÍA MAYO, Madrid, 2021, pp. 125-144.

Guillermo
CERDEIRA
BRAVO DE
MANSILLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Frente al «topos» de interpretar siempre de forma restrictiva cualquier limitación a la capacidad de las personas con discapacidad, así como de las prohibiciones legales impuestas a sus cargos tutelares o asistenciales, en este trabajo su autor propone su revisión desde una interpretación internacionalista y jurisprudencial de nuestras normas en combinación con “viejos” principios, actualizados a nuevas realidades, como son *el favorabilia amplianda*, *odiosa restringenda* y *el in dubio pro capacitate*, que no siempre conducen necesariamente a aquella –pretendida– interpretación restrictiva.

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad; capacidad; prohibiciones legales; interpretación; interpretación restrictiva y extensiva; analogía; *favorabilia amplianda*; *odiosa restringenda*; *In dubio pro capacitate*.

ABSTRACT: *Faced with the “moles” of always interpreting in a restrictive way any limitation to the capacity of people with disabilities, as well as the legal prohibitions imposed on their guardianship or assistance positions, in this work its author proposes its review from a Internationalist interpretation of our norms in combination with «old» principles, updated to new realities, such as the favorabilia amplianda, odiosa restringenda and the in dubio pro capacitate, which do not always necessarily lead to that –intended– restrictive interpretation.*

KEY WORDS: *People with disabilities; capacity; legal prohibitions; interpretation; restrictive and extensive interpretation; analogy; favorabilia amplianda, odiosa restringenda; in dubio pro capacitate.*

SUMARIO.- I. EL “QUID QUAESTIONIS”.- I. El tópicus de la necesaria interpretación restrictiva de las normas limitadoras de la capacidad en personas con discapacidad.- 2. Su necesaria revisión desde una visión -interpretativa- internacionalista.- II. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- I. Como punto de partida, el “favor libertatis”, o la plena igualación en capacidad de toda persona, con o sin discapacidad.- 2. Criterios de interpretación de las normas sobre capacidad de las personas con discapacidad: “favorabilia amplianda, odiosa restringenda”, y, subsidiariamente, “in dubio pro capacitate”.- III. Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS PROHIBICIONES LEGALES.- I. Las llamadas prohibiciones legales y el tópicus de su necesaria interpretación restrictiva por ser materia excepcional y odiosa.- 2. Contra el tópicus, la posible interpretación extensiva de las prohibiciones legales conforme al “favorabilia amplianda”, y, una vez más, “in dubio pro capacitate”.- IV. CONCLUSIÓN, Y EPÍLOGO (ABIERTO).

I. EL “QUID QUAESTIONIS”.

I. El tópicus de la necesaria interpretación restrictiva de las normas limitadoras de la capacidad en personas con discapacidad.

A pesar de la elefantiasis doctrinal habida en las últimas décadas sobre las personas con discapacidad¹, y de la que, a buen seguro, va a generar la reforma legislativa civil y procesal “tan profunda” y “ambiciosa”² habida recientemente en España³, hay, nos parece, un tema generalista aún por abordar, que no ha sido del todo estudiado rectamente (tan solo “tocado” de pasada y como argumento “ad abundantiam”). Me refiero al tema de cómo interpretar, en general, aquellas normas que regulan la capacidad de las personas con discapacidad, especialmente cuando aquellas normas limitan o condicionan de uno u otro modo aquella capacidad o la de quienes las asisten y apoyan.

Puede que el asunto, así enunciado, sorprenda. Consabido es que tradicionalmente en materia de capacidad rige la regla de que sus limitaciones han de ser interpretadas restrictivamente. Es una enseñanza, según creo, ya tomada desde el magisterio de D. Federico DE CASTRO, quien, en su *Derecho Civil de España*⁴, tomaba como referencia la regla “favorabilia amplianda, odiosa restringenda”, para desde ella “señalar directrices para la interpretación. Así, las disposiciones

1 Basta con una ojeada en Dialnet para darse cuenta de tal elefantiasis doctrinal habida sobre la materia.

2 Según dice ella misma en su Preámbulo.

3 Es 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, publicada en el BOE de 3 de junio de 2021, y en vigor desde el 3 de septiembre, tras un periodo de “vacatio legis” de tres meses (según su Disposición Final 3ª).

4 Cuya reedición que aquí tomo es la de 1984.

de carácter penal o sancionador se interpretarán de modo restrictivo, para excluir su «odiosa extensión»; las leyes especiales, excepcionales, concesión de privilegios, reglas ocasionales y transitorias serán de aplicación preferente, pero de interpretación restrictiva; las normas procesales se consideran de orden público y de interpretación rígidamente ajustada al texto legal; los preceptos limitativos de la capacidad -decía- son de interpretación restrictiva, y del mismo modo los que restringen el ejercicio o ámbito de la propiedad; las disposiciones de carácter social, dictadas para proteger a los económicamente más débiles, se entiende que son de carácter imperativo, irrenunciable y de interpretación extensiva”.

Como se ve, “los preceptos limitativos de la capacidad son de interpretación restrictiva”, decía, afirmación que hacía con fundamento en una jurisprudencia que así lo decía (refiriéndose a la STS 6 mayo 1944⁵; aunque bien pudieran añadirse otras, anteriores incluso⁶, como la STS 7 febrero 1927⁷, cuando, sobre incapacidades laborales, decía, apoyándose en una jurisprudencia ya formada en la cuestión, que su régimen “es de carácter limitativo y, por lo tanto, de interpretación rigurosa y restringida, sin que sea lícito, por lo tanto, aplicarlo a otros casos que a los en él previstos expresamente”).

Puede, incluso, observarse que tal regla interpretativa, de origen jurisprudencial y doctrinal, es hoy también legal (a modo de interpretación auténtica). En el caso español, por ejemplo, así lo proclama, aunque para la capacidad de los menores, el art. 2.1.II de la LO 1/1996, cuando dice: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”; así también, aunque sin ese inciso final, el art. 7.2 del Código de Derecho Civil Foral de Aragón: “Las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva”; o, en general para la capacidad de toda persona, el CC Catalán⁸ cuando en el ap. 3 de su art. 211-3 dispone que “Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la capacidad natural”.

2. Su necesaria revisión desde una visión -interpretativa- internacionalista.

Aunque tal doctrina interpretativa -ya hoy en parte legal-, antes referida, haya sido desde entonces consabida y aceptada por todos, las dudas que suscita son, al menos en mi opinión, muchas; entre otras: ¿cuál es el fundamento de tal doctrina ya autenticada: el ser toda restricción de la capacidad materia odiosa, como decía De Castro?; pero ¿acaso tales limitaciones en las personas con discapacidad no

5 ROJ: STS 94/1944, donde se afirma que “el tema de incapacidad es de interpretación restrictiva”.

6 Siendo probablemente la primera en afirmarlo la STS 22 diciembre 1863 (ROJ: STS 567/1863), aunque en “obiter dicta”, al hablar de “el principio general de que debe ampliarse lo favorable y restringirse lo odioso”.

7 ROJ: STS 52/1927.

8 También inmerso en estos momentos en su reforma en materia de personas con discapacidad.

han servido tradicionalmente para protegerlas de posibles engaños y abusos? ¿No será, entonces, porque la restricción, no necesariamente odiosa, sí resulta singular, excepcional frente a una -supuesta- regla general que sería la capacidad general de obrar?; ¿o tal vez lo sea por ambas razones? Y, siendo una u otra, ¿obliga tal razón a que en todo caso la interpretación de aquellas normas que limitan o condicionan la capacidad deba siempre ser restrictiva cuando su justificación es la protección de la propia persona cuya capacidad se limita o condiciona?; ¿estamos ante una simple regla hermenéutica, la de la necesaria interpretación restrictiva, que funciona a modo de apotegma o aforismo, que sirve de auxilio interpretativo lógico, o más bien ante un auténtico principio general del Derecho que, como tal, puede actuar como principio interpretativo rector, e incluso con una función integradora (ex art. 1.4 CC)? O dicho de otro modo, ¿funciona “a priori” tal regla en todo caso a la hora de interpretar cualquier norma que limite o condicione la capacidad de cualquier persona, con o sin discapacidad, o solo opera “a posteriori”, subsidiariamente, para los casos de duda en que no quepa interpretar claramente cada limitación, cada norma, atendida su particular razón?; en definitiva: ¿es aquella máxima interpretativa de aplicación absoluta para toda norma que limite o condicione la capacidad o es moldeable caso por caso, en conjunción con la “ratio legis” particular de cada norma y las condiciones particulares de cada persona con -o sin- discapacidad?

La respuesta a tales preguntas dependerá mucho de cuál sea el fundamento de aquella máxima interpretativa restrictiva: de ser, por ejemplo, la regla de que lo odioso debe interpretarse restrictivamente, no se olvide, como hace más de un siglo nos explicaba Joaquín ESCRICHE⁹, que “las leyes penales y todas las demás que sean odiosas, han de interpretarse en caso de duda, y no deben extenderse fuera de los casos y las personas para que se han dado... Se ha dicho en caso de duda; pues si las palabras y la intención de la ley odiosa ó penal son tan claras que no admiten interpretación, habrá de observarse la ley con toda exactitud, por mas –“sic”- dura y rigurosa que parezca”. Si, en cambio, el fundamento de aquella regla interpretativa restrictiva de toda limitación en la capacidad de las personas fuese la excepcionalidad de tal limitación, ello, a lo más, podría impedir su aplicación analógica, pero ¿necesariamente impediría también su interpretación extensiva, especialmente cuando aquella limitación viene establecida para la protección de la propia persona? Obsérvese que, según el art. 4.2 CC, las normas excepcionales quedan fuera del ámbito de la analogía, pero no necesariamente del de la interpretación extensiva¹⁰.

9 En la voz “Interpretación” de su conocido *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1858, al explicar la regla 10ª de interpretación lógica doctrinal.

10 Aun siendo consciente de la dificultad, y peligrosidad, de distinguir entre analogía e interpretación extensiva, creo que no resultará difícil su precisión para el objeto particular presente. Personalmente ya me enfrenté a ello en un trabajo mío publicado en el *Anuario de Derecho Civil* (de 2012), con el título “Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines”. En síntesis, siguiendo la opinión originaria de Federico DE CASTRO, F. (en la 3ª edición de su *Derecho civil de España*, de 1955, p. 539), y la

Piénsese, asimismo, no solo en las restricciones o condicionantes que afectan directamente a la capacidad de las personas con discapacidad, sino en las de quienes los representan, apoyan o asisten, y que la ley fija, precisamente, para evitar el abuso, el engaño a los intereses del representado o asistido en provecho propio de quien debería apoyarle y protegerle. Son las comúnmente llamadas prohibiciones legales, también de honda tradición (como las que impiden que el tutor, el curador o el guardador de hecho tomen para sí bienes del pupilo, o a la inversa, ...); y ¿acaso en tales supuestos no estaría justificada una interpretación extensiva de tales prohibiciones en coherencia con su razón de ser, a fin de proteger así mejor a las personas con discapacidad, concediéndoles a estas, así mismo, mayor autonomía de actuación?

posterior de su discípulo, DIEZ-PICAZO, L., este sin mutar de opinión en posteriores reediciones de su obra (*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3ª ed., Barcelona, 1993, pp. 280 y 281), creo que la analogía sirve como mecanismo para integrar lagunas legales institucionales, es decir, para materias o instituciones que carecen de un reconocimiento o amparo legal completo y cuyos problemas pueden ser resueltos por otras normas que resuelvan parecidos problemas para materias o instituciones que presenten una identidad de razón con aquellas otras instituciones o materias. En tal caso, mediante la analogía se extendería la *ratio* de unas normas, previstas para una determinada materia o institución, para ser aplicadas "ad extra", fuera de su ámbito institucional, a otra materia o institución diversa, pero semejante a la regulada. En cambio, en la interpretación extensiva, no hay una laguna institucional que integrar, sino solo una laguna casuística, es decir, la imprevisión de un caso concreto dentro de una materia, o institución, que sí tiene respaldo normativo. En tal hipótesis, si aquel caso puede resolverse ampliando una de las normas que ya regulan dicha materia, o institución, aunque refiriéndose a otro caso, estaríamos ante un claro supuesto de interpretación extensiva: sin salirse de su ámbito normativo, la norma se extiende en su aplicación directa, no analógica, a un caso similar, pero en ella no expresamente contemplado. Como se ve, el salto en la integración por analogía es mayor que en la interpretación extensiva, por ser de mayor entidad, o calado, la propia laguna a colmar: la norma, o el conjunto normativo, a aplicar por analogía sale de su ámbito normativo propio, o natural, para regular otra materia, otra institución, o el caso particular de una materia, o institución, no contemplada directamente por aquella norma, o por aquel conjunto normativo. Es, por tanto, un salto lógico "ad extra", frente al interno o "ad intra" que supone la interpretación puramente extensiva. Piénsese, como ejemplo emblemático para esta distinción, en el art. 752 CC (tan relacionado con el 753 que nos afecta a la presente materia), que prohíbe testar en favor del "sacerdote" que confiesa al testador en su lecho de muerte: si se pretendiera aplicar a otras instituciones o materias (en este caso, a otro tipo de negocios jurídicos, vgr., a una donación hecha en favor del sacerdote), estaríamos en el terreno de la analogía; en cambio, si se intentara aplicar a otros actos diversos de la confesión (vgr., como la extremaunción), o a cualquier otra autoridad de culto que en la última enfermedad del testador le hubiese confesado o asistido de cualquier otro modo, estaríamos en el terreno de la interpretación puramente extensiva (del mismo modo, aunque *a contrario sensu*, si se pretendiera su sola aplicación al sacerdote católico -y solo- confesor, estaríamos ante una interpretación restrictiva o, cuando menos, estricta); y, así, piénsese en otros posibles casos.

Admitida, así, la distinción entre analogía e interpretación extensiva, ¿qué importa que una norma sea excepcional o singular para ser interpretada extensivamente? Los hay que, aun a veces sin abordar si quiera la categórica distinción entre analogía e interpretación extensiva, consideran que ésta no debe operar en las normas excepcionales, al ser estas de necesaria interpretación restrictiva (o, cuando menos, estricta), conforme al viejo brocardo "quod contra rationem iuris receptum est, non est procedendum consequentias" (según el propio DE CASTRO Y BRAVO, F., 1984, p. 470, y, con cierta vehemencia, ROCA TRIAS, en su "Comentario al art. 4 del CC", en Edersa, dirigido por M. Albaladejo -tomado aquí de vlex-). A nuestro juicio, en cambio, sí parece posible, al modo en que parece preverlo el CC portugués, cuyo art. 11 dispone: "As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva". No hay, desde luego, norma equivalente en el Derecho español, pero así lo impone la lógica, que matiza aquel viejo adagio pauliano: mientras que las normas excepcionales no son aplicables por analogía, pues ésta consiste en la traslación de la "ratio legis" de una institución a otra institución o materia similar, y en aquellas normas no hay principio o razón general que trasladar (por mucho que la excepción a tal regla esté justificada en aquel tipo de normas), en cambio, por principio no debe haber inconveniente en interpretar extensivamente una norma excepcional, pues ésta, a diferencia de la analogía, sólo implica una dilatación lógica de la norma "ad intra", una expansión o traslado de la razón -aunque singular- dentro de su mismo ámbito institucional o material propio, natural, o específico.

Son, como se ve, muchas las cuestiones que se plantean, y en las que, como habrá ocasión de ver, el actual Derecho internacional juega un importante papel; una interpretación desde los Tratados internacionales, que, por cuanto integrados dentro del ordenamiento de cada país (cfr., arts. 96.I CE y art. 1.5 CC), no solo alcanza al Derecho -de rango- legal interno, nacional, sino también a nuestro propio texto constitucional, según proclama el art. 10.2 de nuestra Constitución; lo que, sin duda, afecta a las normas contenidas en la propia Constitución referidas a personas con discapacidad (cfr., su art. 49, antes de que finalmente el Parlamento lo reformara).

II. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

I. Como punto de partida, el “favor libertatis”, o la plena igualación en capacidad de toda persona, con o sin discapacidad.

La doctrina de la interpretación restrictiva de normas que restrinjan la capacidad de las personas, referida también a los menores de edad, se hace hoy aún más acuciente para las personas con discapacidad, cuya capacidad, si bien tradicionalmente podía equipararse a la de los menores de edad¹¹, por estar necesitados ambos de protección dada su común debilidad física o mental, hoy, en cambio, poco, o nada más bien, tiene que ver con la de estos.

Tal distanciamiento en el trato a la capacidad de menores y de personas con discapacidad obedece a un cambio radical, revolucionario sin duda, que se produjo -no tan recientemente ya- con la Convención de la ONU celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad (ratificado por España en 2007 y publicada en el BOE de 21 abril 2008). En ella se vendrá a imponer la plena igualación en capacidad -entendida esta “in sensu lato”¹²- de todas las personas con discapacidad, cualquiera que ésta sea (mental o física, cfr., sus arts. 1.II y 5)¹³, con el resto de las personas, fundando tal equiparación, prohibitiva de cualquier discriminación, en la propia dignidad y en el desarrollo libre, pleno e igual de la personalidad de tales personas como expresión de su autonomía. Quedan, así, proscritas cualesquiera formas discriminatorias,

11 Vid, con el maestro De Castro, entre otros, mi maestro GORDILLO CAÑAS, A.: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, así como a su discípulo, RAMOS CHAPARRO, E.: *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995; así como más recientemente, GETE-ALONSO Y CALERA, C.: “Conceptuación de la capacidad: del paternalismo a la autonomía”, en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (dir. LB. PÉREZ GALLARDO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coord. M. GARCÍA MAYO), Chile-Argentina, 2021, pp. 25-48.

12 Aunando las tradicionales capacidad jurídica y capacidad de obrar, como es consabido. Véanse, al respecto, el art. 12.2 de la Convención y su aclaración contenida luego en los apartados 12 a 14 de la Observación n° 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

13 Así mismo, de la Observación n° 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, véase el punto 9 de su Introducción.

establecidas por la sola razón de la discapacidad, entre las que se incluye cualquier medida representativa o sustitutiva en la toma de decisiones por la persona con discapacidad (como la tradicional tutela), si no se trata de simples medidas de apoyo asistencial (no sustitutivo, ni representativo), que no reemplacen la libre y plena voluntad de la persona con discapacidad, decidiendo por ella, sino que la ayuden a tomar una decisión por sí sola (que se trate, en fin, como dice VIVAS TESÓN¹⁴, de "un compañero de camino, un «ángel de la guarda», que no tome decisiones «por» la persona -con discapacidad- sino «con» ella"). Consagra, así, la Convención lo que la doctrina ha venido a denominar el principio de "mínima intervención"¹⁵, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Todo ello es reiteradamente dicho, hasta el hartazgo, en aquella Convención¹⁶, sobresaliendo a tal respecto lo dispuesto en su art. 12 (la norma que, sin duda, ha dado más de que hablar). Y si alguna duda tal cambio suscitó, como en efecto sucedió, fue tajantemente resuelta en la Observación n° 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁷, en la dirección y sentido antes expuestos en síntesis, y que nuestra reciente reforma legislativa civil y procesal acoge (según puede verse justificado a lo largo y ancho de todo su Preámbulo, y dispuesto en los nuevos arts. 249 y 250 CC, fundamentalmente, o, como la más simbólica, en la nueva redacción dada al art. 1263 CC, donde las personas con discapacidad no ven ya proscrita su capacidad para negociar).

Con todo, se finge la igualación de lo desigual, la consideración de la persona con discapacidad como persona plena e igual en su capacidad, al margen de cualquiera que sea la naturaleza y alcance de su discapacidad, sin que, por tanto, exista ya hoy justificación para una especial protección o tutela –"stricto sensu"– de su persona y bienes. Como ya se advirtiera en la propia Convención de Nueva York de 2006 y luego se "aclarara" en aquella Observación n° 1 (de 2014), no hay para la persona con discapacidad ningún interés superior que proteger, equiparable al que, en cambio, sí hay para los menores (salvo, naturalmente, que se trate de menores con discapacidad, cuyo interés superior a proteger, que reitera la Convención en sus arts. 7.2 y 23.2, les vendría exigido, sin embargo, por su minoridad, no por su discapacidad). Lo dice, en efecto, la Observación n° 1 (2014), cuando en un pasaje

14 VIVAS TESÓN, I., entre otros de sus muchos y reiterados trabajos sobre la materia, en VIVAS TESÓN, I.: "El nuevo marco constitucional de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006", en AA.VV.: *Derecho Civil Constitucional* (dir. VILLAGRASA ARMENGOL y PÉREZ GALLARDO), Méjico, 2014, p. 182.

15 Por todos, reiteradamente, VIVAS TESÓN, I.: "El nuevo marco", cit., pp. 175, 183, y también en otros de sus trabajos, como en *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, FUTUEX, Olivenza, 2012, p. 30, o en "La Convención de la ONU de 13 diciembre 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad", *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 2011, p. 126.

16 Desde su mismo Preámbulo, hasta su articulado (cfr., de su art. 3 las letras a y b, el art. 4.1, así como los apartados 1 y 4 de su art. 5).

17 De la que conviene observar el punto 7 de su misma Introducción, así como sus apartados 8, 9, 13 a 15, 17 y 18, 26 a 28, 32 y 50, a cuya lectura nos remitimos.

(contenido en su ap. 27), donde critica los tradicionales modelos de sustitución en la adopción de decisiones (como la tutela), afirma: “toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el «interés superior» objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias”; añadiendo luego (en la letra b] de su ap. 29): “Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo”.

Ningún rastro, pues, debe ya haber actualmente del tradicional paternalismo para con las personas con discapacidad¹⁸, que aquella Convención observa -con cierto anacronismo, según creo- como reflejo histórico de un trato discriminatorio. Puede decirse, así y en síntesis, que la salud -mental o física- de las personas ha dejado de ser una circunstancia que afecte a su capacidad, como desde hace no mucho dejó de serlo el sexo.

Así las cosas, en el tradicional -y difícil- equilibrio entre la protección de la persona con discapacidad como persona más débil -o más vulnerable, según suele decirse ahora - (cfr., art. 49 CE), y su dignidad y libre desarrollo de la personalidad (arts. 10 y 14 CE), debe hoy, sin duda, prevalecer este último principio, por cuanto aquel art. 49 de nuestra Constitución, dirigido a la protección e integración de las personas con discapacidad, debe ser hoy reinterpretado, actualizado, como permite -o exige, mejor dicho- el art. 10.2 CE, desde aquella Convención de Nueva York y desde su Observación n° I (2014), que la interpreta (auténticamente, además -aunque haya quien le niegue tal valor¹⁹, obviando, entre otras cosas, que

18 Con expresivo título lo afirma GETE-ALONSO Y CALERA, C.: “Conceptuación”, cit., pp. 25-48.

19 Por ejemplo, y entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “La Observación General Primera del Comité de derechos de las personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (dir. LB. PÉREZ GALLARDO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coord. M. GARCÍA MAYO), Olejnik, Chile-Argentina, 2021, pp. 85-112. Ante todo, advierte (en pp. 88-92), que en el art. 34 de la Convención, que crea el Comité de derechos de las personas con discapacidad, no se le atribuye a esta expresamente ninguna competencia interpretativa, aunque tal atribución sea práctica habitual en la ONU, lo que, según creo, hace que tal vez conforme a esta tradición, uso o costumbre (con el papel de fuente jurídica que tiene en el ámbito del Derecho Internacional), pueda integrarse aquella omisión. Añade Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE que, por tal omisión, tan solo cabría concederle a aquella Observación General I^a un valor interpretativo cualificado o -más bien- autorizado, pero en ningún caso estrictamente vinculante, mucho menos aún, añade luego (en pp. 99-105), si no respeta el contenido ni el espíritu de la Convención, que más que interpretar lo que hace aquella Observación General es corregir (como sucede, en su opinión, al prohibir el sistema de sustitución y representación, permitiendo tan solo el de apoyo a las personas con discapacidad). Como se ve, en juego está una vieja cuestión, que va más allá del presente supuesto en particular: la de la interpretación auténtica, que, en mi opinión, jamás tiene alcance vinculante (pues ello supondría casi vetar cualquier interpretación), ni ha de tener un resultado meramente declarativo de la norma interpretada (cuando ni siquiera tal veto es predicable de la interpretación forense o judicial). A tal respecto, permítaseme remitirme a mi trabajo “Situaciones excepcionales, normas singulares e interpretación auténtica”, incluido en el libro colectivo *Coronavirus y Derecho en estado de alarma* G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coord. M. GARCÍA MAYO), Reus, Madrid, 2020, pp. 63-86. En cualquier caso, sin la necesidad de entrar en tal cuestión de fondo, que excede con mucho del objeto y de la extensión del presente trabajo, hay un dato innegable entre nosotros que otorga un valor interpretativo a aquella Observación general I^a: que en la reciente reforma habida sobre la materia, y afectante a normas tan importantes (como el Código Civil, la LEC, ...), nuestro legislador la asume y acata en varias ocasiones a lo largo de su Preámbulo (incluido el nuevo sentido del sistema de apoyo, antes referido), con cuyo valor

aquella Observación ha sido expresamente acatada y atendida en nuestra reciente reforma legislativa, según dice varias veces en su propio Preámbulo-).

2. Criterios de interpretación de las normas sobre capacidad de las personas con discapacidad: "favorabilia amplianda, odiosa restringenda", y, subsidiariamente, "in dubio pro capacitate".

Equiparada así, según lo explicado, plenamente toda persona, con o sin discapacidad, en su capacidad jurídica, en el tema que aquí y ahora nos ocupa (el de la interpretación de las normas reguladoras de la capacidad de las personas con discapacidad), no habrá más remedio que valorar cualquier restricción o limitación sustitutiva de la voluntad de la persona con discapacidad como un disfavor injustificado, contrario al natural y común "favor libertatis", que como materia no solo excepcional, sino, sin duda, también odiosa (al menos en esta ocasión), debe interpretarse siempre restrictivamente, conforme al adagio "favorabilia amplianda, odiosa restringenda", que bien puede estimarse como auténtico principio general del Derecho, imbuido en aquella Convención de 2006 (cfr., sobre todo, su art. 3, precisamente, dedicado a sus "principios generales"²⁰, incluido ya en nuestro Derecho vigente, tanto por vía directa, ex arts. 96.1 CE y 1.5 CC, como por vía interpretativa, ex art. 10.2 CE).

Tal es la fuerza de tan necesaria interpretación restrictiva en dicho ámbito sustitutivo de la libre voluntad de la persona con discapacidad, que su resultado interpretativo final bien pudiera ser la estimación de la derogación por su inconstitucionalidad de la norma que establezca aquel tipo de limitación indiscriminada en su capacidad, o que prevea un sistema sustitutivo en la capacidad y autonomía de las personas con discapacidad atendida su sola discapacidad. La propia reforma legal habida en España así lo prevé en el ap. 1 de su genérica Disposición derogatoria única, cuando dice: "Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley"; piénsese entre otros muchos posibles casos en aquellos donde la capacidad de la persona con discapacidad aún hoy queda limitada o, sin más, vetada, atendida su sola discapacidad (vgr., en materia de testamento vital -no así en materia de eutanasia-, de transexualidad, ... según la normativa estatal -de momento- vigente). Mas no se piense solo en la derogación expresa de normas anteriores a la actual reforma por su incompatibilidad con ella, sino que lo sean también por su incompatibilidad con

-a su vez- interpretativo de la norma que antecede, le confiere, con tal inclusión, aquel valor interpretativo a la Observación General I^a (sobre tal valor interpretativo -tampoco vinculante- de los Preámbulos, permítaseme remitirme también a mi monografía *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, Reus, Méjico-Madrid, 2015).

20 Entre los que se reconocen "El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas" y el de "la no discriminación" (letras a y b, respectivamente).

la Convención y la Observación General n° 1° de Naciones Unidas, y que incluso podrían afectar a la reforma misma recientemente aprobada en España: ¿caso no cabría cuestionar tal compatibilidad con esa quimera incestuosa, contradictoria en sus propios términos, llamada “curatela representativa” que la reciente reforma legal española ha venido a introducir como una suerte de tutela enmascarada, o disimulada²¹? Quede, aquí, sin embargo, tan solo planteada tal cuestión (referida a estos y otros posibles ejemplos) ...

Solo cuando la medida de ayuda prevista en la norma sea, en efecto, de apoyo, no sustitutiva, esta habrá de ser expresa y clara: a falta de explicitud habrá que interpretar que no hay medida alguna asistencial, y a falta de claridad, aun siendo expresa, en principio, habrá que interpretarla “super casum” conforme

21 Planteo, tan solo, la cuestión siendo consciente de que en su día nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 29 abril 2009 (ROJ: STS 2362/2009), seguida luego por otras muchas, consideró la tutela como institución conforme a la Convención de Nueva York de 2006, formando así una jurisprudencia que en su momento fue bien recibida por el común de la doctrina española, aunque siempre proponiendo, la mayor de las veces “de lege ferenda”, como figura rectora de apoyo más apropiada para la persona con discapacidad la del curador (sin representación), frente a la tradicional figura de la tutela (siempre representativa y sustitutiva de la actuación del propio representado, se trate de personas con discapacidad o de menores). Véanse, entre otros muchos, DE PABLO CONTRERAS, P.: “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en boe.es/publicaciones; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho Privado y Constitución*, 2009, pp. 335-368; DE SALAS MURILLO, S.: “Repensar la curatela”, *Derecho Privado y Constitución*, 2013, pp. 11-48; y últimamente, GARCÍA RUBIO, M^o P.: “La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el CC español a la luz del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Propostas de modernización do dereito* (dir. GARCÍA GOLDAR y AMMERMAN YEBRA), Junta de Galicia, 2017, pp. 7-18; con escasa originalidad ya en la defensa de la curatela, BOTELLO HERMOSO, P.: “La LO 1/2015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico”, *Revista de Derecho UNED*, 2015, pp. 615-638. De entre todos, destaca, por su brevedad y contundencia, ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: “Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad”, *Ius et veritas*, núm. 53, 2016, pp. 262-266. Con todo, obsérvese que, dada la fecha de aquella primera STS (de 2009), no se pudo aún tener en consideración la Observación general n° 14 (de 2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, que, como hemos visto arriba, en su valor interpretativo auténtico de la Convención se mostró tajante sobre la negativa hacia cualquier sistema representativo o sustitutivo. Y así lo reconoce en su Preámbulo la propia reforma legislativa civil y procesal española: en general, cuando dice (dentro de su ap. I): “se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”; ya en particular (en su ap. III), cuando afirma que “la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones”; y, por último, cuando afirma que “la institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela —cuidado—, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas”; en nuestra opinión tales simples menciones a una curatela representativa con tal justificación -tan lacónica, casi inexistente (más abundante, parece, en el nuevo art. 249.III CC)- no parece suficiente como para salvar su gran divergencia con la Convención de Naciones Unidas y su interpretación “oficial”, que no parecen dar cabida a tan excepcional hipótesis y medida de representación, esto es, de sustitución.

a la particular "ratio legis", de la norma que en concreto la contemple, y -solo- en caso de duda en su resultado interpretativo, el intérprete deberá inclinarse por el menor alcance de tal medida asistencial, incluso por su falta de necesidad, y por el mayor alcance en la capacidad y autonomía propia de la persona con discapacidad²². Así lo exige el otro gran principio que, según la común opinión, se contiene en aquella Convención de Nueva York, de 2006, junto al citado de "intervención mínima": "in dubio pro capacitas", suele decirse²³ (correctamente, "in dubio pro capacitate").

III. Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS PROHIBICIONES LEGALES.

I. Las llamadas prohibiciones legales y el tópico de su necesaria interpretación restrictiva por ser materia excepcional y odiosa.

Bien conocidos son los obstáculos o impedimentos que a veces la ley impone a determinadas personas para la realización de determinados actos y negocios jurídicos a fin de evitar el abuso o el fraude, establecidos todos ellos bien por razones de moralidad bien por la contraposición de intereses²⁴. Son las comúnmente llamadas prohibiciones legales, que, a nuestro propósito, cabe entender en sentido amplio, comprendiendo tanto aquellos casos en que la ley, sin más, impide que una determinada persona realice un determinado negocio jurídico, como aquellos en los que la ley condiciona la validez del mismo a su autorización judicial, o a la de cualquier otra autoridad que haga de garante y control de la no discriminación de la persona con discapacidad (como sucede, por ejemplo, con la figura del defensor judicial), a fin de impedir que quien asiste a la persona con discapacidad abuse de su poder en perjuicio del interés de tal persona. Entre todas ellas cabría aquí incluir, a nuestro propósito también, cualquier otra restricción que pudiera fijarse judicialmente en el nombramiento del asistente de la persona con discapacidad (cfr., arts. 760 LEC y 250.VII CC, en su nueva redacción).

De entre todas las diversas prohibiciones establecidas en el propio Código Civil interesan, por ejemplo, la de los actuales arts. 251 y 287 -paralelos a los

22 Como ejemplo de interpretación restrictiva, puede verse como destacado el que sobre el art. 56 CC y el derecho a contraer matrimonio, reconocido en plena igualdad y libertad en el art. 23.1.a) de la Convención de 2006, hace recientemente GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Matrimonio y discapacidad", en AA.VV.: *Derecho privado y Constitución*, 2018, pp. 55-94.

23 Por todos, y reiteradamente, VIVAS TESÓN, I.: "El nuevo marco", cit., pp. 175, 183, y también en otros de sus trabajos, como en *Más allá*, cit., p. 30, o en "La Convención", cit., p. 126. Resulta curioso que en tiempos tan denostados como los actuales para las lenguas clásicas, estimadas como lenguas -supuestamente- "muertas", sigan empleándose latinajos en el mundo científico (y no solo en el jurídico), aunque no tengan antecedentes históricos, ni medievales, ni romanos (piénsese, por ejemplo, en el "bonum fillii"), lo que, a veces, provoca estas imprecisiones: correctamente, el prefijo latino *pro* va seguido de ablativo, y tratándose del sustantivo "capacitas capacitatis" (de la 3ª declinación), su forma ablativa singular es "capacitate".

24 Que, como decía GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, Motivos y Comentario del Código civil español, Tomo I*, Madrid, 1852, p. 236, comentando el art. 236 del Proyecto de CC-1851 (similar al vigente art. 1459.1º CC), "alejan toda posibilidad de confabulación".

anteriores 221 y 271- (sobre curatela y otras instituciones de apoyo), la del art. 753 (en materia de testamento, que prohíbe -con ciertas salvedades- testar al pupilo en favor de su tutor o de su curador, entre otros, según la redacción más extensa recibida tras su reciente reforma), o la del art. 1459.1° CC (también ligera aunque intencionadamente reformado, en materia de compraventa, para alcanzar a cualquier cargo protector²⁵).

Tan extenso y casuístico elenco de prohibiciones lo son, precisamente, por estar tasados, por contener listas exhaustivas, cerradas de actos y negocios que quienes asisten a las personas con discapacidad no pueden hacer, sin más o sin autorización previa. Conforman, pues, todos aquellos supuestos un sistema de "numerus clausus" (según nos place decir a los juristas, aunque no sepamos latín). Ello impide que por interpretación extensiva, mucho menos analógica, ni siquiera mediante pacto, se puedan incluir otros supuestos, otras prohibiciones diversas de las previstas taxativamente en la ley o en la decisión judicial que designe un asistente para la persona con discapacidad. Pero ¿acaso no cabría interpretar amplia, extensivamente cada caso ya previsto conforme a su "ratio", e incluso aplicar por analogía los casos ya previstos a otras medidas de apoyo? Piénsese, entre otros posibles ejemplos, en el alcance de "enajenar" (a que se refiere, vgr., el art. 287.2° CC, de modo similar a cuanto ocurría con el art. 323 CC -hoy art. 247 CC-, que podría ampliamente comprender cualquier transmisión "in alieno" hecha bajo cualquier título, oneroso o gratuito), o en si "adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título", a que se refiere el actual art. 251.3° CC, comprende solo y estrictamente la compraventa o también cualquier otro acto de enajenación a título oneroso (como la permuta, la dación en pago, ...).

O, más allá de la interpretación extensiva, y entrando más en el terreno de la analogía, cabría plantear si tales normas, referidas literalmente algunas de ellas al tutor (al "cargo tutelar", según decían los arts. 221 y 1459.1° CC), sean también aplicadas al curador o a cualquier otra figura o medida de apoyo (como, en cambio, sí lo hacen expresamente el art. 753 CC, limitando la capacidad de testar, o actualmente, en su nueva redacción, los arts. 251²⁶ -correlativo al anterior art. 221 CC-, el 263 CC -sobre el guardador de hecho, en su remisión al art. 287, sobre el curador²⁷- o el 1459.1° CC). Advértase, no obstante, que durante la tramitación parlamentaria de la reciente reforma, en el Senado parece haberse

25 A pesar de que termine hablando de quienes "representen" a las personas, pareciendo omitir a quienes simplemente los "asistan"; aunque tal hipótesis quede incluida en su inicio al hablar de quienes "desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo".

26 En parte, aceptando la propuesta de enmienda n° 371 del Grupo Parlamentario del Partido Popular (aunque, en mi opinión, también en parte la propuesta de enmienda n° 222 del Grupo parlamentario de VOX, especialmente por lo que concierne al inciso final del n° 1° del nuevo art. 251 CC).

27 Precisamente hecha tal remisión intencionadamente con tal fin durante la tramitación parlamentaria de la reforma.

querido resolver tal cuestión, afirmando la aplicación supletoria de las reglas de la curatela a la tutela (cfr., el nuevo art. 224 CC), o las del guardador de hecho de la persona con discapacidad al del menor (art. 238 CC)²⁸; un recurso supletorio que, salvando las distancias entre aquellas instituciones (semejantes, pero diferentes²⁹), supliría cualquier laguna legal (o, mejor dicho, la existencia misma de tal laguna), evitando así recurrir a la analogía; mas, con todo, solo quedarían salvadas las posibles omisiones habidas en materia de tutela y de guarda del hecho del menor, pues ¿acaso no se podrían aplicar por analogía las reglas de la tutela a la curatela o las reglas de la guarda de hecho del menor a la de la persona con discapacidad? Incluso dentro de las remisiones y aplicaciones supletorias expresamente previstas, cabría también plantear una posible aplicación analógica: piénsese, por ejemplo, en posibles discordancias habidas entre unas prohibiciones y otras, según a qué cargo tutelar o de apoyo se refieran sus normas, como, a vuelapluma, sucede con el tema, siempre debatido sobre el antiguo art. 221.1º CC (al prohibir la recepción de "liberalidades"), de si entender prohibidos entre tutores o curadores y sus pupilos los regalos de costumbre o cortesía de valor proporcional a las circunstancias; lo que ahora ha venido a ser expresamente admitido en el inciso final del nuevo art. 251.1º CC³⁰, referido a los sistemas de apoyo en general de las personas con discapacidad (al añadir: "salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor"), aunque no incluida en el art. 226 CC, referido al tutor, idéntico a aquel, aunque sin tal salvedad, ni tampoco tan claramente en el art. 287 CC, referido este al curador representativo (a pesar de alguna propuesta, hecha a tal precepto, por el propio Grupo Navarro, en su enmienda nº 118 ante el Senado, por razones de coherencia interna de la reforma)³¹. ¿Cabría, entonces, aplicar por analogía la salvedad de la prohibición a estos otros cargos tutelares? Y los ejemplos podrían ser otros muchos...

28 En el texto remitido por el Congreso al Senado no se hacía tal precisión sobre la aplicación "supletoria", cuya inclusión durante la tramitación senatorial, si no yerro, fue hecha a iniciativa del PSOE (en sus enmiendas 249 y 250), como mejora técnica, aunque añadiendo la siguiente justificación; respecto del art. 224 CC, diciendo que "el régimen de la curatela para las personas con medidas de apoyo contiene cuestiones que no pueden ser aplicadas a los menores". Y respecto del art. 238 CC advirtiendo que "el régimen de la guarda de hecho para las personas con medidas de apoyo no será aplicable a los menores en lo previsto en el art. 237 CC y, adicionalmente, contienen cuestiones que no pueden ser aplicadas a los menores (como la prevalencia absoluta de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad del artículo 264 o las causas de extinción del artículo 267)".

29 Según advertía yo mismo, con algunos ejemplos, en mi trabajo "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", en *Anuario de derecho Civil*, 2012, núm. 3, pp. 1026 a 1028.

30 A instancia de las enmiendas nº 222 de VOX y 371 del PP, frente al Grupo del Pueblo Navarro que en su enmienda nº 115 ante el Senado proponía no hacer tal añadido

31 Esa fue también, en un principio, la intención de GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias*, cit. p. 243, quien, no obstante, comentando el art. 245 del Proyecto de CC de 1851 (equivalente al actual art. 251.1º CC), reconocerá: "En el artículo 126 de mi borrador se le permite -al tutor- hacer los regalos ó expresiones de costumbre con autorización del consejo: la Sección no lo aprobó".

La respuesta tradicional a tales cuestiones por parte de nuestra jurisprudencia³², y de un importante sector de nuestra doctrina³³, vertida sobre sus precedentes en el CC antes de su actual reforma (los arts. 221, 271 y 1459.1º), ha sido siempre negativa: siempre se ha entendido que tales prohibiciones no se presumen y que han de establecerse expresa y claramente; de lo contrario, ha de imperar una interpretación restrictiva de las mismas, proclive a su menor alcance o, incluso, a su misma inexistencia, por tratarse de normas prohibitivas, de limitaciones excepcionales “contra naturam”, contrarias a la natural capacidad de la que goza toda persona, lo que, además, las convierte en normas odiosas, haciendo, una vez más, aplicable el conocido adagio: “favorabilia amplianda, odiosa restringenda”³⁴.

- 32 Referida en su mayoría a los arts. 753 y 1459 CC, antes de su reciente redacción, en parte modificada, según tomamos de GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, G.: “La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp. 449-462; de ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo V, Trivium, Madrid, 1991, pp. 134 y ss.; y de GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, J.M.: “Comentaio al art. 1459 CC, en AA.VV.: *Comentarios al Código*, Tomo VII (dir. R. BERCOVITZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 10287 y 10288, como son, entre otras muchas, las SSTS 22 diciembre 1863 (ROJ: STS 567/1863), 12 noviembre 1907 (ROJ: STS 454/1907), 16 noviembre 1918 (ROJ: STS 83/1918), 2 junio 1932 (ROJ: STS 516/1932), 3 junio 1949 (ROJ: STS 85/1949), 27 mayo 1959 (RJ 1959/2469), 14 octubre 1966 (ROJ: STS 899/1966), 2 febrero 1973 (ROJ: 1892/1973), 7 diciembre 1983 (RJ 1983/6922), 3 septiembre 1996 (RJ 1996/9747), 28 febrero 2006 (RJ 2006/698), 16 marzo 2010 (RJ 2010/4345), referidas estas más recientes al nº 5º de art. 1459 CC.
- 33 Como MANRESA Y NAVARRO, J.M., y también QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, sobre el art. 275 CC en su redacción originaria, equivalente a los posteriores 221 y 271 CC y a los actuales 226, 251 y 287 CC (*Comentarios al Código Civil español*, Tomo II, 3ª ed., Madrid, 1907), preguntándose acerca de si el tutor podía dar o tomar dinero a préstamo de su pupilo (por entonces, en aquel art. 275 CC, no expresamente prohibido). También son proclives, en la doctrina actual, a una interpretación -en principio- restrictiva, admitiendo tan solo una interpretación actualizadora de los arcaísmos contenidos en algunas de aquellas normas, LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: “Comentario al art. 1459 CC”, en AA.VV.: *Comentarios del CC*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 904 y 905; y, siguiéndole, GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 1459 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al CC y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, p. 135; y el discípulo de aquel primero, aunque muchas veces sin citarle, INFANTE RUIZ, F.: “Comentario al art. 1459 CC”, en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. A. CAÑIZARES y otros), vol. II, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 71.
- 34 Siendo probablemente la primera en afirmarlo la STS 22 diciembre 1863 (ROJ: STS 567/1863), aunque en “obiter dicta”, al hablar de “el principio general de que debe ampliarse lo favorable y restringirse lo odioso”. Dirá, también, la STS 16 noviembre 1918 (ROJ: STS 83/1918): “Las incapacidades señaladas en los arts. 753 y 1459 no pueden extenderse a otros supuestos por no permitirlo la naturaleza prohibitiva de estos preceptos”. Por su parte, la STS 2 junio 1932 (ROJ: STS 516/1932): “La prohibición establecida por Ley para adquirir por compra ... se refiere a las personas y con relación a bienes expresamente comprendidos en alguno de los casos señalados en el art. 1459, mas en modo alguno puede afectar a la validez de los contratos en cuyos otorgantes no concurren las aludidas circunstancias, ya que por tratarse de disposiciones prohibitivas han de interpretarse restrictivamente”. Acerca del art. 1459.2º CC, dirá la STS 3 junio 1949 (ROJ: STS 85/1949) que “que tal precepto, por su carácter de prohibitivo ha de aplicarse de manera restrictiva”; así también la STS 27 mayo 1959 (RJ 1959/2469): “Distintas de las incapacidades son las prohibiciones especiales impuestas por la ley para realizar determinados actos o negocios jurídicos, respondiendo principalmente a razones de moralidad, que restringen siempre la capacidad de derecho, ... pudiendo solo ser objeto de interpretación estricta y nunca extensiva, por aplicación del principio de Derecho «odiosa sunt restringenda», ... y la prohibición, como de interpretación estricta, no puede extenderse”. Negando que el art. 1459 CC se aplique al comisionista, recordará la STS 14 octubre 1966 (ROJ: STS 899/1966) que “es doctrina constante de esta Sala al proclamar que el contenido del art. 1459 del CC como prohibitivo que es, debe interpretarse restrictivamente”. También la STS 2 febrero 1973 (ROJ: 1892/1973), al decir: “El art. 1459, número 4º, del CC, sólo puede ser objeto de interpretación estricta y nunca extensiva, por aplicación del principio odiosa sunt restringenda, como ya tiene declarado la jurisprudencia con anterioridad”. Así también nuestra jurisprudencia registral, sobre prohibiciones legales de disponer, dirá, por ejemplo, la RDGRyN 17 junio 1950 (pdf en BOE-A-1950-9130), que las mismas “deben ser interpretadas con criterio restrictivo”.

Estimadas, así, aquellas normas prohibitivas como odiosas y excepcionales, con mayor razón también se les niega su aplicación analógica ex art. 4.2 CC³⁵.

2. Contra el tópic, la posible interpretación extensiva de las prohibiciones legales conforme al "favorabilia amplianda", y, una vez más, "in dubio pro capacitate".

Radicalmente, en el fondo de tal doctrina el error, según creo, estriba en confundir prohibiciones e incapacidades (a pesar de que alguna STS y alguna Resolución registral parezcan advertir, primero, tal diferencia³⁶, aunque sin llevarla luego a sus lógicas consecuencias en materia de interpretación): porque mientras que las restricciones a la capacidad obedecen a razones subjetivas e inherentes a cada persona (por su edad, madurez, salud, ...), o -si se sigue una explicación objetiva de aquellas, como defendía DE CASTRO- a su estado civil (de menor, de persona con la capacidad judicialmente modificada, ...)³⁷, las prohibiciones legales, en cambio, obedecen a razones de moralidad o de contraposición de intereses, a fin de evitar el abuso o el fraude que una persona (la de asistencia y apoyo) pueda cometer en perjuicio de otra (precisamente, de quien aquella debería asistir y apoyar)³⁸. Así lo dice expresamente el art. 12 de la Convención de la ONU en su ap. 4, cuando habla de "impedir los abusos" y de "que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida". Y si hubiera duda de que tales riesgos son predicables, sobre todo, de la misma persona que asiste y apoya a la persona con discapacidad, queda aquella despejada en la Observación nº 1º (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuando dice (en su punto 22): "Aunque todas las personas pueden ser objeto de «influencia indebida», este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño

35 Así lo dirá, refiriéndose al art. 1459.2º CC, la STS 7 diciembre 1983 (RJ 1983/6922), que "nunca podría aplicarse subjetivamente por vía analógica la prohibición que regula, al no concurrir identidad de razón entre la prohibición establecida para el mandatario y la pretendida para familiares...". Antes, la STS 13 febrero 1967 (ROJ: STS 1655/1967) había rechazado la aplicación del art. 1459 CC, entre otras razones, porque "aunque ofrece grandes semejanzas con aquél -el contrato de compraventa-, especialmente en su modalidad de contrato oneroso estando a veces embebida dentro del mismo la relación de renta que figura como uno de sus efectos, no es menos cierto que esto no puede implicar identidad por el específico carácter aleatorio de la renta vitalicia y por su discutida naturaleza científica que ha hecho considerarla por parte de la doctrina científica como un contrato real y no puramente consensual, lo que repercute en su tratamiento legal, donde ningún precepto se remite para al complemento de su regulación, a las normas propias de la compraventa".

36 Según puede verse en las dos notas anteriores.

37 Como prefería decirlo PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario. Tomo I: Propiedad. Derechos reales*, 3ª ed., Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1999, p. 313.

38 Uno de los primeros en advertir tal diferencia fue GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: "Prohibiciones de disponer", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre, 1925, pp. 671 y 672; insistiendo luego en ello SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Tomo II, Reus, Madrid, 1955, p. 458.

o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores”.

Por eso, mientras que cualquier limitación a la capacidad afecta a la capacidad propia de una persona en su propio interés (o, a lo más, en el de su familia, como sucedía tradicionalmente con la prodigalidad -hoy ya derogada en cuanto subsumida entre las posibles diversas formas de apoyo³⁹-), las prohibiciones legales, en cambio, afectan a la facultad de disponer o de administrar la capacidad ajena, de la persona a quien se ayuda, en interés también ajeno, de esa misma persona a quien se habría de apoyar (quede aparte, como luego se advertirá, el caso particular del art. 753 CC, que salvo alguna excepción prohíbe al propio pupilo testar en favor de su tutor o de su curador, o de cualquier otra persona que lo asista o cuide). Las prohibiciones, por tanto, no afectan a la capacidad de la persona que asiste a la persona con discapacidad, que en absoluto se ve afectada por aquellas prohibiciones, sino a su legitimación indirecta. Son una limitación, un veto a tal legitimación y al poder de asistencia⁴⁰, a fin de evitar cualquier abuso o fraude (y entiéndanse tales expresiones en sentido técnico: el abuso de derecho a que se refiere el art. 7.2 CC, y el fraude de ley a que se refiere el art. 6.4 CC).

Siendo, pues, tal el fundamento de todas aquellas prohibiciones legales impuestas a tutores, curadores, guardadores de hecho, ..., no cabe entender que las normas que las imponen sean excepcionales cuando, muy al contrario, son consecuencia y manifestación de aquellos principios, en evitación del abuso y del fraude legal. Que su contenido sea imperativo y prohibitivo y que la consecuencia de su vulneración sea la invalidez del acto o negocio hecho abusiva e ilegalmente no las convierte en normas excepcionales, ni genuinamente sancionadoras o punitivas (acaso como si toda norma imperativa y prohibitiva también lo fuera), sino en protectoras de la persona cuyo engaño o abuso la ley pretende evitar con aquellas prohibiciones. Buena prueba de que no nos movemos entre normas excepcionales es la prohibición de la autocontratación que, como principio general del Derecho, ha sido deducido por nuestra jurisprudencia desde toda aquella pléyade de casos prohibitivos (los de los arts. 251, 287, ..., antes referidos, y de tantos otros que no vienen a nuestro caso), en los que, lejos de observar casos

39 Según se justifica en el Preámbulo de la reforma civil y procesal sobre personas con discapacidad, a fin de justificar el ap. 2 de su Disposición derogatoria única, cuando dice en aquel texto expositivo: “Finalmente, se suprime la prodigalidad como institución autónoma, dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma”.

40 Como decía, aunque de pasada y refiriéndose en general a las prohibiciones de disponer, la RDGRyN 22 junio 1943 (pdf en BOE-A-1943-6511), “sin implicar propiamente una falta de capacidad jurídica, oponen un veto”, siendo más precisa la de 23 octubre 1980 (pdf en BOE-A-1980-24564), al decir: “... sin que esta prohibición de disponer suponga falta de capacidad jurídica del afectado, sino tan solo un veto al desenvolvimiento de las facultades”.

excepcionales o singulares frente al principio de autonomía de la voluntad, se ha querido ver la manifestación de un –"nuevo"- principio general del derecho: aquel que proscribe, como regla, la autocontratación⁴¹, permitiendo solo su validez, como excepcional -esta sí-, bien cuando no hay conflicto de intereses, o el interés claramente beneficiado es el de la persona asistida (vgr., por ser el asistente quien dona en favor del asistido, ...), bien cuando el negocio ha sido autorizado expresamente por el propio asistido (posible perjudicado).

Siendo, además, aquella la razón y esa la naturaleza de tales normas prohibitivas, tampoco cabe ver en ellas materia odiosa que deba necesariamente interpretarse con alcance -solo- restrictivo. Tal vez sea odiosa para la persona de apoyo cuya legitimación para actuar en interés de la otra persona queda vetada, proscribida o limitada, pero en absoluto lo será para la persona que la ley protege con aquella proscripción, resultándole, al contrario, beneficiosa: un favor de la ley, que, al contrario de lo que pretende aquella tradicional jurisprudencia, permitiría su interpretación extensiva conforme al aforismo "favorabilia amplianda", de modo que "hasta donde llegue la razón de la moralidad -que la justifica- llegará la prohibición"⁴².

Así las cosas, y aun siendo indudable que las prohibiciones legales forman un listado cerrado que no se presume, y que deben describirse de forma clara y expresa, la falta de claridad no debe conducir necesariamente a su interpretación restrictiva, conducente incluso a su negación misma, sino a una interpretación de la norma conforme a su finalidad (como exige en general el art. 3.1 CC en su inciso final), de modo que pueda tener como resultado una interpretación estricta, restrictiva o extensiva, según cada caso.

41 Y que, comentando el art. 1459 CC, cuya posible interpretación amplia ya defendía, según GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, J.M.: "Comentario al art. 1459 CC", cit., 10287, "ya en virtud de analogía (art. 4.1), ya apelando a un principio general del Derecho (art. 1), según el que nadie puede autocontratar si hay contraposición de intereses".

42 Según concluía, en su trabajo sobre el art. 1549.2º CC, GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, G.: "La prohibición", cit., pp. 457 y 458, quien llegará a decir, con toda la razón (p. 457), que "la llamada interpretación extensiva puede ser necesaria para que un precepto prohibitivo e incluso de excepción cumpla su propia finalidad"; añadiendo luego (en la misma página): "Como el campo de la contratación se considera tradicionalmente propio de la autonomía de la voluntad, toda prohibición legal, en cuanto limitación de esa autonomía, tiende a ser interpretada restrictivamente. Pero esa tendencia resulta engañosa y conduce muchas veces a consecuencias erróneas. El *vetare* no tiene por qué ser de interpretación más restrictiva que el *imperare*". En la misma jurisprudencia, la STS 3 septiembre 1996 (RJ 1996/9747), tras mencionar la doctrina legal favorable a la interpretación restrictiva de las prohibiciones legales (mención que, por cierto, hace reproduciendo los motivos de casación), llegará a decir, sentando -entonces sí- jurisprudencia: "Es cierto que la doctrina jurisprudencial dominante preconiza la interpretación y aplicación restrictiva de la prohibición contenida en el nº 2 del art. 1459 CC, pero también lo es que la mentada prohibición no solo afecta a los casos de autocontratación en su más pura acepción sino, además, a aquellos otros que ofrezcan riesgos de abuso por implicar una colisión de intereses o una acreditada conflictividad entre los intereses en juego".

Y si, aun así, no fuera posible alcanzar una interpretación segura, en la duda, frente a aquella jurisprudencia proclive siempre a una interpretación restrictiva de la prohibición, parecería más oportuna su interpretación extensiva.

Esta era, precisamente, la más reciente posición doctrinal mayoritaria frente a aquella jurisprudencia, cuando, por ejemplo, defendía que el art. 1459.1º CC, referido literalmente desde 1889 a “los que desempeñen algún cargo tutelar”, se aplicase a cualquier cargo de asistencia del pupilo: no solo a tutores, sino también a curadores (como ya preveía el -correlativo- art. 1381 del Proyecto de CC de 1851⁴³, y hace ya hoy el art. 1459.1º CC con su nueva redacción referida a “los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo”⁴⁴), y que, según algunos, también había de alcanzar a los propios defensores judiciales. O que, a pesar de que hablase de “adquirir por compra”, la doctrina entendía ampliable tal expresión también a la venta, a la opción de compra -como así, incluso, entendió la STS 12 noviembre 1907⁴⁵-, a la dación en pago, a la permuta, ... o incluso hasta la donación, conforme a una interpretación -lógica y sistemática- desde el art. 221 CC vigente por entonces (equivalente a los actuales arts. 226 y 251 CC), una norma, la del art. 221 CC, posterior en el tiempo a la del art. 1459 CC (al ser aquella reformada en 1983, frente a la redacción inmaculada de esta otra), en cuya interpretación, por tanto, debía aquella influir, ex art. 2.2 CC, y que, referida a todos los cargos de apoyo a personas con discapacidad, también debía incluir la prohibición de donaciones bajo el término “liberalidades”⁴⁶.

En ambas ampliaciones de aquel art. 1459.1º CC, en efecto, coadyuvaba la propia interpretación, también amplia, que del art. 221 CC, vigente antes de la actual reforma, el común de la doctrina hasta hoy defendía frente a aquella jurisprudencia tan solo proclive a la interpretación restrictiva de toda prohibición legal: por un lado, incluyendo cualquier cargo de apoyo o asistencia (tutores, curadores, defensores judiciales, ...), a pesar de su literalidad, referida tan solo a la tutela, aunque extensible a otros cargos, no por una -pretendida- analogía habida entre ellos, sino por estar aquella norma ubicada dentro de un capítulo general sobre cargos de asistencia a menores y personas con discapacidad (dentro del Capítulo I del Título X, sobre “Disposiciones generales”, fuera del Capítulo II, dedicado a la genuina y

43 Según explicaba GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias y Motivos*, cit., pp. 370 y 371.

44 A pesar de que termine hablando de quienes “representen” a las personas, pareciendo omitir a quienes simplemente los “asistan”; aunque tal hipótesis quede incluida en su inicio al hablar de quienes “desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo”.

45 ROJ: STS 454/1907.

46 Así lo creían, a veces el propio GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 1459 CC”, cit., pp. 136 y ss.; el propio LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: “Comentario al art. 1459 CC”, cit., p. 905; y, sobre todo, LETE DEL RÍO, J.M.: “Comentario al art. 323 CC”, AA.VV.: *Comentarios al CC y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo IV, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1985, pp. 252 y ss.; HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: “Comentario al art. 221 CC”, en AA.VV.: *Comentarios del CC*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1991, pp. 687 y ss.; ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, en AA.VV.: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, Trivium, Madrid, 1991, pp. 1234 y 1235; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, J.M.: “Comentario al art. 1459 CC”, cit., pp. 10286 y ss.

estricta tutela), precisamente, por ser su razón la evitación de cualquier engaño en perjuicio de estos; y por otro, incluyendo entre las "liberalidades" cualquier acto, más que gratuito, que fuese potencialmente lucrativo (sin contraprestación), para el cargo tutelar, como donaciones (con exclusión, para algunos⁴⁷, de los regalos de costumbre o cortesía de valor proporcional a las circunstancias, según previene ahora expresamente el nuevo art. 251.1º a instancia de las enmiendas nº 222 de VOX y 371 del PP, frente al Grupo del Pueblo Navarro que en su enmienda nº 115 ante el Senado proponía no hacer tal añadido), así como legados (y otras disposiciones "mortis causa", según el art. 753 CC), cesiones gratuitas de créditos, contratos a favor de tercero, renunciaciones de derechos, promesas unilaterales, ...

Resulta hoy curioso que aquella exclusión de la prohibición de los regalos de costumbre o escasa cuantía haya sido finalmente prevista en el nuevo art. 251.1º CC, aunque no incluida en el art. 226 ni tampoco en el art. 287 CC (a pesar de alguna propuesta, hecha a tal precepto, por el propio Grupo Navarro, en su enmienda nº 118 ante el Senado, por razones de coherencia interna de la reforma). Esa fue también, en un principio, la intención de García Goyena⁴⁸, quien, no obstante, comentando el art. 245 del Proyecto de CC de 1851 (equivalente al actual art. 251.1º CC), reconocerá: "En el artículo 126 de mi borrador se le permite -al tutor- hacer los regalos ó espresiones de costumbre con autorización del consejo: la Sección no lo aprobó"; en paralelismo, por tanto, con lo sucedido en nuestra más reciente reforma que, aún excepcionando tales regalos de la prohibición de recibir "liberalidades" para el curador (en el nuevo art. 251.1º CC), no ha hecho lo propio para el tutor (en el nuevo art. 226.1º CC), ni para el curador representativo (en el nuevo art. 287 CC), lo que lejos de resolverse mediante una interpretación restrictiva de la prohibición permitiendo también recibir regalos al curador representativo, o al tutor (tal vez fundada dicha interpretación en este último caso en la aplicación supletoria de las reglas de la curatela a la tutela al amparo del nuevo art. 224 CC), más bien haya que interpretarla -precisamente- de forma extensiva, para no incluir excepción ninguna a la prohibición de recibir "liberalidades", por ser tal posible inclusión de la salvedad rechazada durante la tramitación parlamentaria⁴⁹, lo que impide pensar en un lapsus del legislador; ni, por tanto, en la existencia de una laguna casuística que integrar; esta diferencia de trato entre los curadores sin representación o los cargos que sí la ostentan, lejos de ser discriminatoria, estaría justificada, precisamente, porque en los negocios

47 Como LETE DEL RÍO, J.M.: "Comentario al art. 221 CC", cit., pp. 256 y 257, quien entiende que tales casos "tienen por causa no el «animus donandi», sino la observancia de un uso, ... puesto que más bien se trata de gastos obligatorios impuestos en virtud de ineludibles exigencias sociales".

48 GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias y Motivos*, cit., p. 243.

49 Téngase presente que los materiales prelegislativos solo pueden servir para una interpretación declarativa (sea lata o estricta) de la ley, sin permitir su modificación, aunque, por ello mismo, evitando cualquier tergiversación del verdadero sentido de la ley (según defendí, con detalle, en mi trabajo "El [relativo] valor interpretativo de los materiales prelegislativos", en *Anuario de Derecho Civil*, 2019, pp. 747 a 792, al cual me remito).

celebrados por estos últimos solo ellos intervienen, sin la presencia de su pupilo, lo que, una vez más, supondría un riesgo para el abuso o el engaño.

En la más reciente jurisprudencia registral, ya vigente la reforma del CC hecha por la Ley 8/2021, parece seguirse tal línea interpretativa: así, por ejemplo, en la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública de 14 diciembre 2023⁵⁰, en la disputa acerca de si la liquidación de una sociedad se ha de equiparar o no a una partición hereditaria, necesitada, por tanto, de aprobación judicial según los arts. 287 y 289 CC (según defiende el registrador), sin que baste para ello la sola intervención del curador representativo, al no estar incluida la liquidación societaria entre los actos comprendidos en aquellas normas, que, además, han de interpretarse restrictivamente (según recuerda, y defiende, el notario recurrente), la Dirección General desestima el recurso y considera que para la liquidación de una sociedad, al equipararse esta a la partición de una herencia, resulta ineludible la aplicación de la regla del art. 289 CC, de modo que sí resulta exigible la posterior aprobación judicial (aunque no la previa autorización judicial, según exigía el registrador con fundamento en el art. 287 CC, que aquí según la Dirección General no resulta aplicable).

Otro caso, referido este a un caso de posible autocontratación y conflicto de intereses, el de la Resolución de la Dirección General de 19 julio 2022⁵¹: se trataba de la compra de una finca, en que la compradora era una persona con discapacidad que actuaba por sí sola, en su propio nombre e interés, y donde la sociedad vendedora actuaba a través de por dos apoderados mancomunados, uno de los cuales era el curador representativo (antes, tutor), de la parte compradora. Escriturada dicha compraventa, sin ninguna objeción por parte del notario, el Registrador deniega su inscripción, porque a su juicio hay un evidente conflicto de intereses, que solo cabe salvar mediante una previa autorización judicial a dicha compraventa (por aplicación, en suma, de los arts. 251.2, 275.3.2° y 287 CC); el notario recurre, entre otras razones, al entender que no existe tal conflicto de intereses, porque el tutor solamente interviene como parte compradora y no como vendedora, y con el refuerzo de que la tutelada interviene también en la propia escritura por sí misma. La Dirección General, en contra del notario, entenderá que aun no habiendo autocontrato en el caso, sí pudo haber conflicto de intereses, en el sentido del art. 283 CC, aunque, en contra del Registrador, no estima exigible la autorización judicial con fundamento en las normas que alega el Registrador, porque en la expresión de “enajenar... bienes inmuebles” del art. 287.2° CC no se ha de incluir la compra de inmuebles, siendo, entonces, exigible, a fin de evitar el engaño ante aquella posible colisión de intereses, la intervención de un defensor judicial, por aplicación del art. 295.2° CC.

50 En BOE de 18 enero 2024.

51 En el BOE de 4 agosto 2022.

Con todo, y sin entrar en la oportunidad ni en las razones particulares de tales ampliaciones (que, como viene sucediendo con otras normas expuestas aquí, ya derogadas o ahora vigentes, no es el objeto central de este estudio), que la interpretación de cualquier prohibición legal, en caso de duda, pueda ser extensiva obedece, fundamentalmente y en general, a dos razones:

En primer lugar, porque tal interpretación extensiva se muestra como la más conforme con la razón general de todas aquellas prohibiciones legales, y que, según vimos, la propia Convención de la ONU refiere (en su art. 12.4) en favor de las personas con discapacidad: la de evitar el riesgo al fraude o abuso ante posibles conflictos de intereses que pudiera haber en caso de autocontratación.

Junto a ella, hay otra razón -esta no destacada por la común doctrina⁵²- para apoyar la interpretación extensiva de cualquier prohibición legal en caso de duda; porque mantenida la prohibición, por vía interpretativa, que impide la autocontratación, será la propia persona con discapacidad quien pueda actuar por sí misma, por sí sola, de forma autónoma y libre -mostrándose ello, una vez más, conforme a la razón general de la capacidad de que goza toda persona y, de nuevo, conforme al principio "in dubio pro capacitate"-; así mismo, conforme a la jurisprudencia formada en torno a la prohibición de la autocontratación, la manifestación de su voluntad expresa en tal negocio que celebra (de los comprendidos en aquellas prohibiciones legales), incluso en favor de su asistente, actuando este ya sin representación ni como apoyo, eliminará el riesgo de abuso o fraude, así como cualquier posible conflicto de intereses, dado que el representante o asistente no actuará como tal, sino en su propio nombre e interés, actuando también la persona con discapacidad en el suyo propio.

Tal interpretación, insisto, y no la contraria restrictiva, sería la más conforme con los nuevos tiempos favorables a un pleno y libre reconocimiento de la capacidad en favor de las personas con discapacidad, como de cualquier otra persona, sin discriminación alguna.

Por eso mismo, no cabe observar discriminación ninguna en el vigente art. 753 CC⁵³, cuando dice, como regla (no sin excepciones), que no "surtilirá efecto

52 Pero sí advertida, sobre el art. 1459.2º CC, por GARCÍA VALDECASAS, G.: "La prohibición", cit., pp. 450 y ss., donde repite la idea (en p. 451), de que "al vender directamente el dueño a quien era su encargado, no solo ha revocado el encargo, sino que ha sido concedor de la persona del adquirente, ha juzgado la compatibilidad de intereses en la actuación de aquél y, en definitiva, la ha aprobado vendiéndola" (como así sucedió en la STS 3 junio 1949 -ROJ: STS 85/1949-, que él mismo comentaba en su trabajo). En tal apreciación me inspiro para decir lo que a continuación alego como segunda razón para interpretar extensivamente las prohibiciones legales en caso de duda.

53 Sobre dicha norma, y con posterioridad al presente trabajo, publicado en su versión primera, se ha producido un encendido debate, en el que yo mismo participo con mi trabajo "Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del «nuevo» artículo 753 del Código Civil", en la obra colectiva *La persona con discapacidad en el Derecho de sucesiones* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, coord. J.P. MURGA y M. GARCÍA MAYO), editorial Aranzadi, Cizur

la disposición testamentaria -hecha por el pupilo- en favor de quien sea tutor o curador del testador...” (entre otros muchos sujetos que, en su nueva redacción recientemente recibida, enumera con la intención -vana pretensión- de cubrir todo posible supuesto). En su redacción originaria (de 1889), tal norma hablaba solo de “tutor”, proponiendo la doctrina la lógica inclusión también del curador⁵⁴, una interpretación más amplia que se haría auténtica por obra del legislador en 1996 (por mor de la LO de Protección del Menor), y que, precisamente, la reciente reforma legislativa sobre personas con discapacidad ha venido de nuevo a ampliar a cualquier institución o persona de cuidado y asistencia cercana a ellas. En la evitación del engaño, del abuso en obtener el tutor o el curador parte de la herencia de su pupilo, o el del cuidador y asistente parte de la herencia de quien cuida, no hay discriminación en la menor capacidad de la persona que testa, sino idéntica protección que se contiene en otras normas, ubicadas alrededor de aquella, que también pretenden evitar la captación de la voluntad del testador -y así asegurar su libertad de testar- en favor del “notario” que, precisamente, redacta el testamento (art. 754 CC), o del “sacerdote” que confiesa o da la extremaunción al testador en su lecho de muerte (art. 752 CC), normas todas ellas que, por identidad de razón, también pueden extenderse a pesar de contener prohibiciones legales (vgr., como ejemplo clásico al respecto, el del art. 752 CC, que en un principio fue interpretado restrictivamente por la STS 6 abril 1954⁵⁵, por ver en ella una norma restrictiva de un derecho, de la libertad de testar⁵⁶, pero que hoy comúnmente se entiende ampliable en su prohibición a las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor de cualquier otra autoridad de culto que en ella le hubiese confesado o asistido de cualquier otro modo⁵⁷).

Menor (Navarra), 2023, pp. 123-169, ya antes publicado en la *Revista Jurídica del Notariado*, 2021, núm. 113, pp. 731 a 758. Otras opiniones al respecto, algunas de ellas opuestas a la nuestra, son las de DE SALAS MURILLO, S.: “Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 35, 2019, pp. 57-85, quien también escribe sobre el mismo tema en aquella obra colectiva antes mencionada por mi codirigida, con el título: “La incapacidad para suceder a la persona con discapacidad: la prohibición del art. 753 del Código Civil tras la reforma efectuada por Ley 8/2021, de 2 de junio”, pp. 171-195; así como el de REPRESA POLO, M^a P.: “La prohibición de suceder del curador y del cuidador habitual: la reforma del artículo 753 CC”, en AA.VV.: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa* (M^a P. REPRESA POLO y por M^a T. ÁLVAREZ MORENO), Reus, Madrid, 2022, pp. 41-85; o la monografía misma de PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *La reforma del artículo 753 del Código Civil: la sucesión a favor de establecimientos, cuidadores, tutores y curadores*, Pamplona, Aranzadi, 2023.

54 Por todos, HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: “Comentario al art. 221 CC”, cit., p. 688, emparentando el 753 con el 221.1º CC de aquel entonces (equivalente a los actuales 226.1º y 251.1º CC), por fundarse igualmente ambos “en el juicio apriorístico de que toda liberalidad que realiza el sujeto a una medida de guarda y protección en favor de su guardador, habría que entenderla originada no en su libre voluntad sino en una voluntad captada por el cargo tutelar; captación de voluntad que se presumiría producida por la relación de sujeción moral en que se encuentra, con respecto a su guardador, todo sujeto a guarda”.

55 RJ 1954/1551.

56 Del modo de interpretar el art. 752 CC de dicha STS se preguntaba MONTÉS PENADÉS, V.: “Comentario al art. 4.2 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 221, nota 43: “¿Esta es una norma odiosa? ¿No es una norma que protege la libertad de testar -principio general- y que por ende se debería poder aplicar a otras causas de sugestión o captación de la voluntad?”.

57 Sobre tal caso, permítaseme remitirme a mi trabajo “Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines”, en *Anuario de Derecho Civil*, 2012, pp. 1004, 1036, 1037 y 1067, con cita allí de doctrina y con un tratamiento más detenido del art. 752 CC.

Se trataría, en fin, de una prohibición legal impuesta a las personas con discapacidad en absoluto discriminatoria, y acorde con lo que ya la Observación nº 1º (2014) del Comité de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad aclaraba (en su punto 32), interpretando el art. 5 de la Convención de Nueva York (dedicado, precisamente, a la igualdad y no discriminación); cuando, en particular, dice aquella Observación: "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".

Todo lo cual se refuerza, o refrenda, con el rechazo a la propuesta de supresión de buena parte de aquel art. 753 CC que se pretendió durante la tramitación parlamentaria para su nueva redacción⁵⁸.

IV. CONCLUSIÓN, Y EPÍLOGO (ABIERTO).

En conclusión, frente al "topos" de interpretar siempre de forma restrictiva cualquier limitación a la capacidad de las personas con discapacidad, proponemos su revisión desde una interpretación internacionalista de nuestras normas (incluidas las constitucionales, según permite el art. 10.2 CE, como el art. 49 CE, que, no en vano, se pretende reformar), pues al haber sido equiparada, por exigencias de igualdad y no discriminación, su capacidad y autonomía a la de cualquier persona

⁵⁸ En efecto, durante la tramitación parlamentaria de la reciente reforma, en el Senado los Grupos Parlamentarios Mixto y de Ciudadanos propusieron (en sus enmienda nº 1 y 78, respectivamente), suprimir la prohibición legal testamentaria y permitir el testamento siempre que fuera en su modalidad de testamento notarial abierto, justificándolo el GP Mixto por entender que "La adopción de las medidas de apoyo resulta eje esencial de esta reforma, y constituyen un marco muy amplio que incluye tanto las establecidas de forma voluntaria como aquellas que requieran de formalización judicial, pero, en todo caso, pueden ser dispuestas por personas que dispongan de autonomía suficiente para adoptar decisiones en favor de quienes les presten tales apoyos. Prohibir que se puedan adoptar ninguna disposición que suponga beneficio a quien presta el apoyo supone establecer una limitación en la autonomía de la voluntad improcedente e incluso contraria al principio de capacidad y de respeto a la voluntad y preferencias que el Proyecto de Ley consagra y que representa núcleo sustancial del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (...) En ese sentido, el condicionante de que la disposición sea establecida en un testamento abierto, comporta suficiente garantía porque lleva consigo la necesidad de que el Notario autorizante haya valorado que la persona dispone de la capacidad suficiente para adoptar esa disposición testamentaria, en los propios términos que el Proyecto de Ley regula para tales voluntades en el artículo 665". Algo parecido propuso, también en el Senado, el Grupo Vasco (en su enmienda nº 118), justificándolo del siguiente modo: "No está justificada la limitación de la capacidad de obrar de las personas que viven en un centro residencial (personas con discapacidad y cuantitativamente, sobre todo, personas mayores) prohibiéndoles que favorezcan en su testamento, a través de legado o herencia, a la residencia en la que reciben atención. Para proteger su patrimonio y las expectativas patrimoniales de los familiares de los residentes, resulta mucho más respetuoso con libertad personal de las personas mayores o con discapacidad permitir estas disposiciones testamentarias, aunque exigiendo la intervención garantista del Notario". Sin embargo, ninguna de tales propuestas prosperaría (acertadamente, a mi modo de ver).

en la Convención de Nueva York de 2006, en la que se suprimen el tradicional interés superior de tal persona como -supuestamente- más vulnerable, y consiguientemente cualquier medida representativa y sustitutiva de su autonomía de la voluntad, no habrá más remedio que valorar cualquier restricción o limitación con tal alcance como un disfavor injustificado, contrario al natural y común “favor libertatis”, que como materia no solo excepcional, sino también odiosa (al menos, en esta ocasión), debe interpretarse siempre restrictivamente, conforme al adagio “odiosa restringenda”. Solo cuando la medida de ayuda prevista en la norma sea de apoyo, no sustitutiva, para la persona con discapacidad, cabrá interpretarla “super casum” conforme a la particular “ratio legis”, de la norma que en concreto la contemple (de nuevo, conforme al art. 3.1 CC en su inciso final), y -solo- en caso de duda en su resultado interpretativo, el intérprete deberá inclinarse por el menor alcance de tal medida asistencial y por el mayor alcance en la capacidad y autonomía propia de la persona con discapacidad (“in dubio pro capacitate”).

En contraposición, cabe concluir que las prohibiciones legales impuestas a los cargos de apoyo a personas con discapacidad, que no son excepcionales ni punitivas por mostrarse conforme a los principios de prohibición de la autocontratación, del abuso y del fraude (ex arts. 6.3 y 7.2 CC), ratificados ambos por el actual Derecho internacional, bien pueden interpretarse extensivamente en caso de duda, porque a mayor alcance de la prohibición mayor autonomía se reconocerá en favor de las personas con discapacidad (conforme al “favorabilia amplianda”, y, una vez más, “in dubio pro capacitate”).

Con todo, y así las cosas, tal vez haya quien objete a las pautas interpretativas hasta aquí expuestas la posible desprotección de tales personas con discapacidad, lo que, rectamente, no será una crítica a las orientaciones aquí propuestas para su interpretación, sino al propio espíritu, al corazón de las nuevas reglas capitales que han de reinar en materia de capacidad de personas con discapacidad, de las que aquellas orientaciones interpretativas que aquí propongo no son más que su consecuencia lógica. Pero entrar “hic et nunc” en aquella médula de la razón legal es otra historia que en este estudio no corresponde tratar.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo V, Trivium, Madrid, 1991.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Ius et veritas*, núm. 53, 2016, pp. 262-266.

BOTELLO HERMOSO, P.: "La LO 1/2015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico", *Revista de Derecho UNED*, 2015, pp. 615-638.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", *Anuario de derecho Civil*, 2012, núm. 3, pp. 1026-1028.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, Reus, Méjico-Madrid, 2015.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "El [relativo] valor interpretativo de los materiales prelegislativos", *Anuario de Derecho Civil*, 2019, pp. 747 - 792.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Situaciones excepcionales, normas singulares e interpretación auténtica", incluido en el libro colectivo *Coronavirus y Derecho en estado de alarma* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coord. M. GARCÍA MAYO), Reus, Madrid, 2020.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: "Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del «nuevo» artículo 753 del Código Civil", en la obra colectiva *La persona con discapacidad en el Derecho de sucesiones* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, coord. J.P. MURGA y M. GARCÍA MAYO), editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España, Parte General. Tomo I, Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

DE SALAS MURILLO, S.: "Repensar la curatela", *Derecho Privado y Constitución*, 2013, pp. 11-48.

DE SALAS MURILLO, S.: "Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 35, 2019, pp. 57-85.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1993.

ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1858.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 1459 CC", en AA.VV.: *Comentarios al CC y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, Motivos y Comentario del Código civil español, Tomo I*, Madrid, 1852.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, J.M.: "Comentario al art. 1459 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código*, Tomo VII (dir. R. BERCOVITZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GARCÍA RUBIO, Mª P.: "La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el CC español a la luz del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Propostas de modernización do dereito* (dir. GARCÍA GOLDAR y AMMERMAN YEBRA), Junta de Galicia, 2017.

GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, G.: "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp. 449-462.

GETE-ALONSO Y CALERA, C.: "Conceptuación de la capacidad: del paternalismo a la autonomía", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (dir. LB. PÉREZ GALLARDO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coord. M. GARCÍA MAYO), Chile-Argentina, 2021.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Matrimonio y discapacidad", en AA.VV.: *Derecho privado y Constitución*, 2018, pp. 55-94.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: "Prohibiciones de disponer", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre, 1925.

GORDILLO CAÑAS, A.: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986.

HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: "Comentario al art. 221 CC", en AA.VV.: *Comentarios del CC*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1991.

INFANTE RUIZ, F.: "Comentario al art. 1459 CC", en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. A. CAÑIZARES y otros), vol. II, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

LETE DEL RÍO, J.M.: "Comentario al art. 323 CC", en AA.VV.: *Comentarios al CC y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo IV, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1985.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: "Comentario al art. 1459 CC", en AA.VV.: *Comentarios del CC*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "La Observación General Primera del Comité de derechos de las personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (dir. LB. PÉREZ GALLARDO y G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, coord. M. GARCÍA MAYO), Olejnik, Chile-Argentina, 2021.

MONTÉS PENADÉS, V.: "Comentario al art. 4.2 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar*, Tecnos, Madrid, 1977.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario. Tomo I: Propiedad. Derechos reales*, 3ª ed., Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1999.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *La reforma del artículo 753 del Código Civil: la sucesión a favor de establecimientos, cuidadores, tutores y curadores*, Pamplona, Aranzadi, 2023.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: "La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar", en AA.VV.: *Derecho Privado y Constitución*, 2009, pp. 335-368.

RAMOS CHAPARRO, E.: *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.

REPRESA POLO, Mª P.: "La prohibición de suceder del curador y del cuidador habitual: la reforma del artículo 753 CC", en AA.VV.: *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa* (Mª P. REPRESA POLO y por Mª T. ÁLVAREZ MORENO), Reus, Madrid, 2022.

SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Tomo II, Reus, Madrid, 1955.

VIVAS TESÓN, I.: "El nuevo marco constitucional de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006", en AA.VV.: *Derecho Civil Constitucional* (dir. VILLAGRASA ARMENGOL y PÉREZ GALLARDO) Méjico, 2014.

VIVAS TESÓN, I.: *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, FUTUEX, Olivenza, 2012.

VIVAS TESÓN, I.: "La Convención de la ONU de 13 diciembre 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad", *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 2011.

