



Responsabilidad bancaria en el manejo de cuentas de personas con discapacidad



Ángel Francisco Carrasco Perera

Catedrático de la Universidad de Castilla - La Mancha, Toledo

ÍNDICE: 1. La protección de los discapacitados en España. – 2. El supuesto. – 3. Algunos hechos previos al proceso. – 4. Fundamentos casacionales de la condena al banco. – 5. Deberes fiduciarios respecto del discapacitado. – 6. Descomposición analítica del caso (1). – 7. Descomposición analítica del caso (2). – 8. Valores e incentivos.

1. La protección de los discapacitados en España

El régimen de discapacidad civil fue reformado por la Ley 8/2021, aunque los hechos de esta sentencia ocurrieron antes de esta ley. Lo importante de esta sentencia es que sienta que, aparte de los curadores y tutores, también los terceros, especialmente las entidades financieras, están sujetos a deberes fiduciarios en favor de los discapacitados, y que han de cuidar de sus intereses al margen y por encima de las decisiones que al respecto tomen sus representantes legales (padres). Todavía más, que han de subordinar sus legítimos derechos contractuales a un supuesto “interés superior” del discapacitado, criterio que la Ley de 2011 rechaza, pero que el Tribunal Supremo reintroduce en esta sentencia.

2. El supuesto

Se plantea en la STS 1263/2024, de 7 octubre, si la entidad financiera en la que se encuentra depositado el dinero del que es titular una persona con discapacidad debe responder frente a ella por el importe destinado a pagar créditos que la propia entidad ostentaba contra una sociedad de la que el padre, nombrado representante legal del hijo por sentencia judicial, era socio y administrador. Se interpone recurso de casación con-

tra la sentencia que ha rechazado la demanda interpuesta contra la entidad financiera con el argumento de que el hijo únicamente dispondría de las acciones que le correspondieran contra los progenitores por negligente o irregular administración de los fondos del hijo. El recurso de casación será estimado. Y no porque la conducta del representante legal hubiese requerido autorización judicial, que no lo requería, según la sentencia. La Sala reconstruye contra la SAP los hechos del proceso y se esfuerza en distinguir y aislar las posiciones jurídicas del discapacitado y de su (¿desleal y oportunista?) representante legal, sin advertir que el discapacitado (representado) es parte del contrato de origen y por ende destino final de imputación de los estados subjetivos contextuales a la contratación.

La compleja estructura del caso es la siguiente. Persona incapacitada/discapacitada como consecuencia de un grave accidente, a la que se ha reconocido una indemnización por secuelas de 700.000 euros (HIJO) y sometido a poder de representación legal de su PADRE, a quien a tal efecto se le rehabilitó la patria potestad. Los fondos de la indemnización están depositados en una cuenta de BANCO, que lógicamente administra el PADRE, dentro de los límites (suponemos) en los que el ejercicio de la patria potestad no requiere autorización judicial. PADRE hace una transferencia de la cuenta para pagar una deuda que SOCIEDAD del PADRE mantiene con el mismo banco. La SOCIEDAD es insolvente. PADRE y MADRE del titular de la cuenta demandan a la sociedad y al banco la nulidad/responsabilidad de tales transferencias. No queda claro el grado de intervención de MADRE en los acontecimientos previos a la demanda, pero parece que no se hizo nada con discrepancia de aquélla ni con su ignorancia.

No se nos cuenta – y es una omisión decisiva – si SOCIEDAD era o no una sociedad familiar de cuyas actividades económicas se nutría la economía familiar. Es casi evidente que sí, porque de otra forma PADRE no hubiera pignorado bienes de HIJO al BANCO acreedor de aquélla, ni MADRE hubiera hipotecado para estas mismas deudas la vivienda familiar.

El petitum articulado por los progenitores representantes legales era como sigue. Se interpone demanda de juicio ordinario contra Banco Sabadell S.A (BANCO). y la mercantil Atapuerca Park S.L (SOCIEDAD), en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declare: “1) *Alternativamente*, la ineficacia, rescisión, nulidad, anulabilidad o resolución de las transferencias de efectivo desde la cuenta del incapaz detalladas en el Hecho Sexto de la Demanda, y en el informe pericial adjuntado como documento n.º 23 y que ascienden a 58.620,51 EUROS. “2.º) *Se condene a los demandados* al reintegro a las cuentas del incapaz de la cantidad de 58.620,51 EUROS, más los intereses legales desde la fecha de cada una de las transferencias.

Evidentemente la demanda está mal formulada si se entendiera que la primera y la segunda pretensión se formulan alternativamente, pues el Derecho procesal español no admite acumulaciones “alternativas” de pretensiones. Por tanto, lo alternativo habría de referirse a los distintos remedios técnicos mediante los cuales la ineficacia negocial se pretende (resolución, anulabilidad, nulidad). La segunda pretensión acumulada – que no alternativa – sería la consecuencia restitutoria derivada de la ineficacia de la transferen-

cia. Pero entonces no se explicaría cómo puede ser condenado BANCO a esta restitución, porque el *accipiens indebiti* es sólo SOCIEDAD.

SOCIEDAD no contesta la demanda. Aunque no queda claro, probablemente la entidad se halla en concurso.

Sea como fuere, los actores formulan su tercer motivo de casación de esta forma: “Infracción de Ley por inaplicación del art. 1758, 1766, 1091, 1094, 1106, 1108 y 1124 del Código Civil, los artículos 306 y 307 del Código de Comercio, respecto *el incumplimiento del demandado de sus obligaciones contractuales de los fondos bancarios custodiados* y por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en sentencias de 16 de diciembre de 2011, n.º de resolución 915/2011 y la STS de 12/05/2016 n.º de resolución 311/2016”. En mi opinión esto constituye una cuestión nueva inadmisibles en casación.

En cualquier caso, no vamos a hacer leña de este árbol. Aplicando la antigua regla *omni meliori modo*, casi exigida por la garantía constitucional de tutela judicial, suponemos que la demanda inicial se ha formulado como una acumulación entre una pretensión principal de ineficacia y otra subsidiaria o residual de responsabilidad concurrente.

3. Algunos hechos previos al proceso

Según nos cuenta la sentencia de casación, la mercantil Atapuerca Park S.L (SOCIEDAD) entró en crisis económica, obteniendo diversos préstamos del Banco, los cuales no fueron atendidos a su vencimiento, por lo que se acordó una refinanciación con la entidad bancaria y se reunificaron los préstamos concedidos a dicha sociedad en un único préstamo a favor de Atapuerca Park S.L. por cuantía de 340.000 €, *pignorándose en garantía del mismo depósitos y fondos titularizados por HIJO por un total de 291.105 € (164.000 € en fecha 23 de octubre de 2009 y 127,105 € en fecha 10 de noviembre de 2011)*.

Entre el año 2008 y el año 2012, se fueron traspasando diversas cantidades desde las cuentas de HIJO, bien a las cuentas de PADRE, desde donde se transferían inmediatamente, sin solución de continuidad y con la misma fecha de valor, a las de Atapuerca Park S.L. en dicho Banco, bien a las cuentas de Atapuerca Park S.L. directamente, sumando el importe total de 58 620,15 €, que se destinó a la amortización de los préstamos concedidos por dicho Banco a Atapuerca Park S.L.

El 23 de julio de 2013, a fin de liberar los depósitos pertenecientes al HIJO, la MADRE concertó un préstamo con *garantía hipotecaria constituida sobre la vivienda familiar y plazas de garaje de su propiedad*. El importe del préstamo fue destinado a amortizar los créditos de Atapuerca Park con el Banco.

El 19 de julio de 2018, el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Burgos dicta sentencia por la que estima la demanda interpuesta por MADRE y declara la nulidad de las hipotecas por entender que se trataba de una operación de refinanciación de Atapuerca Park S.L. *que había sido concertada por la presión de la entidad para liberar los fondos del hijo, de los que la madre no podía disponer para cubrir los gastos que generaba las necesidades del hijo*.

Nada más se cuenta en la sentencia de casación sobre este último y decisivo extremo. No conocemos la sentencia del JPI 5 de Burgos. Pero a juzgar por la descripción que hace la Sala, el contenido de esta resolución de instancia es absurdo. Seguramente no se ha declarado nula la constitución de la hipoteca por una suerte de coacción viciadora del consentimiento de MADRE, pues ya hay mucha jurisprudencia que desestima demandas de nulidad de este estilo cuando el deudor o un *insider* ha sido puesto por el acreedor ante la tesitura de garantizar o sufrir proceso de ejecución. Probablemente se hubiera querido decir que *como la pignoración de activos del HIJO fue nula* (falta de poder de disposición, conflicto de intereses, etc) – ¡pero en ningún momento fue declarada esta nulidad! –, también es nula la *novación* de aquella garantía por una hipoteca que MADRE presta sobre bien propio, vivienda familiar. La tesis es incorrecta, porque el art. 1208 CC no aplica en esta tesitura. Si la garantía que se nova es nula por las razones dichas o sospechadas, la garantía novante no lo es, precisamente porque no incurre en la causa de nulidad que precipita la invalidez de la primera.

Ya desde esa fecha empiezan a cursar los acontecimientos *inicuamente* contra BANCO.

4. Fundamentos casacionales de la condena al banco

Lo relevante de la sentencia es que el BANCO será condenado en casación como responsable solidario con SOCIEDAD. Con los siguientes argumentos. BANCO era conecedor de que se estaban utilizando recursos económicos del incapacitado para atender operaciones mercantiles a las que “era completamente ajeno”. Es decir, BANCO estaba admitiendo la utilización de los depósitos para operaciones de SOCIEDAD de donde se desprende el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la entidad, integradas conforme a los deberes que resultan de la buena fe y la ley (art. 1258 CC). El ámbito de las facultades de representación legal viene delimitado por las actuaciones que persigan el interés del hijo, y ni con autorización ni sin ella se extiende a los actos realizados para satisfacer intereses de terceros, incluidos los del representante, mediante la satisfacción de deudas propias o de sociedades en las que el representante tiene un interés y participación directa, como sucedió en el caso.

En este contexto, según la sentencia, incumbe a la entidad financiera en que se encuentra depositado el dinero de personas vulnerables, como son las personas con discapacidad, una especial diligencia para detectar fraudes y abusos, también de los representantes legales, con la consiguiente responsabilidad cuando no sólo no los impide sino que incluso ella misma, conociendo el origen del dinero, admite a su favor el pago de deudas de terceros con dinero de la persona con discapacidad, obteniendo a su costa un beneficio que carece de causa, pues HIJO no era deudor de la entidad financiera en la que tenía depositado el dinero percibido en concepto de indemnización. El perjuicio económico sufrido por HIJO como consecuencia de esta actuación se corresponde con la cantidad destinada a saldar unas deudas ajenas y, puesto que el fundamento de la acción que se estima es el incumplimiento por la entidad financiera de sus obligaciones contractuales,

la acción no es subsidiaria de otras eventuales responsabilidades, como la que apunta la sentencia recurrible, que sería exigible frente a los titulares de la patria potestad prorrogada. Tampoco es subsidiaria de las que pudieran corresponder a la entidad contra quien considere oportuno.

5. Deberes fiduciarios respecto del discapacitado

La tutela (de menores) “se ejercerá en beneficio del tutelado”, art. 200 I Código civil español (CC). Y el interés del menor es “superior” (arts. 202, 203, 213, 214 CC). Este es el marco normativo para la configuración de deberes fiduciarios a cargo del guardador, que no puede priorizar sus propios intereses frente a la parte vulnerable, no puede entrometerse en situaciones en que los intereses de uno y otro puedan conflictuar (art. 226.2º CC), ha de maximizar las ventajas que puedan ser obtenidas en favor del vulnerable, debe versar a éste todas las ganancias y ventajas adventicias producidas por la gestión y, finalmente, no puede proceder en su actuación con un estándar de diligencia menor que el estándar *in suis* cuando éste procuraría al vulnerable un nivel de protección superior a cualquier estándar de diligencia objetiva (buen padre de familia, etc).

Menos extenso es el contenido del deber fiduciario en relaciones nacidas de medidas de apoyo a discapacitados. Según el art. 250 II CC la función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias; pero no se impone un deber de maximización de ventajas, porque en la reforma operada por la Ley 8/2021 no existe ningún “interés superior” del discapacitado salvo su propia realización autopersonal (“garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona”, art. 250 II CC). El sistema sólo reconoce como principio “permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales” (art. 249 I).

En realidad, parece como si legislador hubiera querido establecer una relación de guarda de tan baja intensidad que sólo deba instrumentalizarse a “la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro” (art. 249 II). El único rastro de componente fiduciario parece ser la prohibición de incurrir en conflictos de intereses y en evitar el empleo de “influencia indebida” (arts. 251.2º, 270 I CC).

Los terceros ajenos a la relación de guarda no están sujetos a deberes fiduciarios. Es cierto que el art. 1302.3 II CC in fine introduce un juicio de reproche de terceros que se funda en la existencia de una contraparte vulnerable: “se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta”. Pero la nor-

ma refiere este estado al concreto supuesto de hecho que la norma considera, a saber, que *sólo cuando la contraparte se encuentre en esta situación* estará legitimada para solicitar la nulidad la persona “a la que hubiera correspondido prestar el apoyo” y no lo prestó. Se supone que esta persona actuó de buena fe. Mas si el apoyo fue efectivamente prestado por tal persona, ni ésta ni el sujeto discapacitado están legitimados para obtener una anulación del contrato, con independencia de consideraciones relativas al estado de ánimo de la contraparte, salvo el dolo, porque *dolus omnia corrumpit*. La contraparte en cuestión no está sujeta a deberes fiduciarios y, en la especie, ni está privada de entrar en situaciones de conflicto de intereses con el vulnerable (apoyado debidamente) ni está obligada a subordinar la ventaja propia a la maximización de la ventaja del vulnerable con el que contrató (con los correspondientes apoyos).

Sería poco menos que contradictorio, y de causación imposible, que un tercero incurriera en infracción de deberes fiduciarios frente al vulnerable cuando la ley se ha encargado de diseñar el sistema de apoyos exclusivamente con el fin de procurar o ayudar la autorrealización personal del vulnerable. Estos objetivos son inalcanzables por terceros, y, notoriamente, son inalcanzables con el instrumento del contrato bilateral. Sólo por medio de una relación jurídica de apoyo puede pretenderse que el *curador procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones* (art. 282 IV) o que *el curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro* (art. 282 V). Cierto es que el vulnerable puede autoconstituirse una medida de apoyo por medio de un contrato gestorio con un tercero que se comprometa (con *beneficium competentiae*, sólo hasta lo que pueda alcanzar) a una obligación de medios de esta clase, por precio o gratuitamente. Pero los contratos bilaterales de contenido patrimonial de intercambio de bienes y servicios no pueden entronizarse causalmente como el instrumento adecuado a tal propósito.

Si BANCO no está sujeto a tales deberes fiduciarios en virtud del régimen especial de la discapacidad, tampoco lo estará mediante una especie de integración de tales deberes en el contrato a través de la cláusula general del art. 1258 CC.

Yo comprendo que a nadie se le ocurre hoy sostener con la cara en alto que los bancos contratantes con los representantes legales de los incapacitados no tienen ningún deber fiduciario frente a aquellos, salvo que el banco estuviera habilitado para una gestión libre de carteras y cuentas, y que en ausencia de colusión, no comete ilícito contractual el cocontratante banco que se limita a seguir las instrucciones del representante legal y que el desempeño de la guarda se realiza en los términos de la resolución judicial que la constituyó. Pero así es la cosa y esto es lo que hay. Lo otro es bonito, pero no es el buen derecho.

A la magistrada ponente se le adivina el entusiasmo cuando desprecia siquiera tratar de una eventual y necesaria autorización judicial, porque sostiene sin ambages que nunca se otorgaría una autorización de esta clase para que el padre pagara la deuda de la sociedad con dinero del incapacitado. Será entonces que la magistrada sabe más de la vida de esa familia que lo que se cuenta en la sentencia, que la Sala dispone de conocimientos privilegiados que no son accesibles al lector. Raro es que esto ocurra, sin embargo,

porque la información buena sobre el trajín familiar era la que tenían los tribunales de instancia, y éstos desestimaron la acción contra el banco. Y *es seguro que la desestimaron porque contaban con la buena información.*

6. Descomposición analítica del caso (1)

Para facilitar el examen del caso, vamos a descomponer analíticamente el entramado de relaciones. Es necesario, porque la consideración holista del escenario personal casi inevitablemente condena al banco, sin más paliativos.

En las tres primeras estructuras que siguen vamos a suponer que *BANCO pagó deudas de SOCIEDAD con un tercero distinto del propio BANCO*. En su momento diré cuándo recupero para el argumento el hecho real de que BANCO saldó su crédito con dinero procedente de la cuenta de HIJO.

Primero, supongamos que es HIJO titular de la cuenta (actuando por sí y no bajo representación legal) quien mandata al BANCO orden de transferencia en favor de SOCIEDAD. Bien, si el HIJO no tuvo con ello voluntad de extinguir definitivamente la deuda, se entiende que pagó por medio del BANCO deuda de tercero (SOCIEDAD). La hipótesis es simple. El HIJO dispone contra sociedad de acción de regreso del art. 1158 CC y, eventualmente, podrá subrogarse en los privilegios y garantías de la deuda de la que era titular BANCO (art. 1159, 1210 CC). A nuestros efectos, nada hubiera cambiado si la deuda pagada era la que tenía SOCIEDAD frente al BANCO que opera la transferencia.

Segundo, en la situación anterior, introducimos al representante legal, PADRE, que paga con dinero del representado una deuda que grava sobre la SOCIEDAD y cuyo acreedor *no es* BANCO. Sostiene la sentencia que al PADRE no le era necesario un complemento (autorización judicial) para el ejercicio de su poder de representación. Luego el acto es válido. No se pide en la demanda responsabilidad de PADRE por la simplísima razón de que el mismo PADRE es quien demanda en nombre del HIJO. Según la sentencia de casación, la orden de transferencia no es un acto que pueda ser incluido en el art. 166 CC. Ahora bien, parece, siquiera prima facie, que existe entre HIJO y PADRE un conflicto de intereses que bastaría para proponer que el poder de representación había dejado de existir para ese acto (art. 162.2º CC), es decir, que de hecho el contrato había sido celebrado por un no legitimado, que la orden de transferencia es ineficaz de alguna forma (nulidad, anulabilidad) y que el PADRE respondería, además, por *dolo in contrahendo*. Es de justicia en este caso que PADRE no pudiera reclamar la nulidad frente a BANCO, pues es indiscutible que el primero estaría incurso en causa torpe por dolo, mientras que el BANCO, a lo sumo, por culpa. Si BANCO pudiera retrotraer la transferencia, lo hará sin coste propio. Si ya no se puede restituir, PADRE no podrá pedirle nunca a BANCO que cubra el déficit. Todo ello suponiendo que PADRE estaba *in malis* cuando actuaba de tal forma con dinero de HIJO. Pero si, como cabe sospechar, ni siquiera PADRE estaba *in malis*, con menos razón BANCO.

Precisemos más. Si el mandato de disposición de fondos se realizó sin poder de representación, la transferencia sería nula. Pero el destinatario de ésta es SOCIEDAD no el acreedor de dicha SOCIEDAD. El acreedor que a su vez es pagado de su deuda no está

sujeto a restitución, porque se le pagó lo que se le debía, y el dinero como cosa no es reivindicable. Ni tampoco el BANCO gestor del servicio de pago estará sujeto a restitución del *indebiti*, restituible conforme al art. 1895 CC.

Sigamos con la posición de BANCO. A mí me resulta razonable que BANCO no pueda ser condenado a responsabilidad (contractual, extracontractual) frente a HIJO (representado por PADRE y MADRE) como gestor negligente por *no haber puesto el cuidado exigible* en averiguar si el HIJO estaba sufriendo alguna lesión jurídica intolerable por *obra del PADRE que actuó – en el mejor de los casos para el resultado de la sentencia- por dolo. ¡Porque el dolo del representante se imputa contractualmente al representado!*, sin perjuicio de las acciones correspondientes contra en representante infiel. Como dije antes, de momento empleamos la ficción de que el BANCO operó la transferencia para pagar deuda de la SOCIEDAD con un tercero distinto del banco. Esta regla de imputación al representado – que sólo sirve en el ámbito penal en sede de personas jurídicas, art. 31-*bis* CP, pero que civilmente tiene alcance universal – se corresponde con la jurisprudencia civil que sitúa en el representante o gestor el punto de imputación relevante para la apreciación de los estados anímicos subjetivos relevantes para el contrato. Conforme con la jurisprudencia de la Sala 1ª TS, en los casos en que la relación del inversor con la entidad financiera se desarrolla a través de un tercero, que actúa como representante o mandatario formal o material, expreso o tácito, del cliente, objeto del enjuiciamiento del error como vicio del consentimiento, debe centrarse en dicho tercero interviniente, tanto a la hora de valorar la realidad y suficiencia de las explicaciones ofrecidas sobre la índole y riesgos que entraña el producto recomendado, como de ponderar su perfil y capacidad para interiorizar dicha información y la carga económica y jurídica que entraña siempre que conste con claridad la delegación. Salvo que nos hallemos ante un supuesto de mandato, representación u otro negocio jurídico de análogos efectos, es exigible en el profesional una mínima diligencia, en cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa aplicable, incluyendo que la entidad se cerciore, por una parte, de la certeza y alcance de esa relación (Sentencias Tribunal Supremo TS 207/2015, de 23 de abril, 517/2021, de 21 de julio y de Pleno 323/2015, de 25 de junio; 427/2025, 18 marzo)¹.

¹ Según la última sentencia citada, *En lo que se refiere a los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado, al actuar la demandante representada por su hijo, que fue quien configuró el producto a contratar mediante la remisión a Altae del folleto de un producto ofertado por otro banco para que se le preparara un producto de esas características, es razonable que sean tomados en consideración los conocimientos y experiencia del hijo de la demandante a efectos de decidir si existió vicio de la voluntad por error. Cuando quien se dispone a contratar otorga mandato representativo a un tercero para que realice en su nombre la negociación contractual y configure la prestación a contratar, el enjuiciamiento del error ha de realizarse respecto de dicho mandatario. Si este ha cumplido mal su cometido y no ha sabido explicar a su mandante la naturaleza y características del contrato, y en concreto del objeto de este, es cuestión que afecta al cumplimiento del mandato y a la responsabilidad del mandatario por haber cumplido mal sus obligaciones frente al mandante.*

La cosa es de una transcendencia enorme. No es que el dolo del representante sea imputado como dolo propio del representado *frente* al mismo PADRE, pues es notorio que el incapacitado no pudo hallarse en dolo en la relación fiduciaria con su guardador. La acción de responsabilidad o de regreso de HIJO contra PADRE no puede ser impedida por una *denegatio actionis* que se fundara en un principio de irrecuperabilidad del dolo como el del art. 1306 CC. Pero el dolo del representante si se imputa al representado frente al cocontratante al menos a los exclusivos efectos de que toda acción contra esta contraparte (que no se hallara a su vez incurso el dolo real) puede ser paralizada por la regla *nemo propriam*. No se produce ningún abismo conceptual. Simplemente ocurre que BANCO opone a la demanda del HIJO la regla *nemo propriam*, y reenvía el conflicto a su sede natural, que es la reclamación contra PADRE. El HIJO se hallaría en la red *nemo propriam* frente a BANCO, pero no frente a PADRE.

Tercero. Reacomponemos la situación fáctica más probable. SOCIEDAD es una sociedad familiar de cuya actividad económica se mantiene o se lucra la familia en su conjunto, y no cabe pensar que el PADRE actuara con dolo cuando hizo el pago. A cualquiera se le ocurre una foto fija de la realidad, que la Sala de casación pretiere como si los hechos fueran irrelevantes. La economía familiar se sostiene para todos con una actividad empresarial o profesional del PADRE por medio de una sociedad personal, las cosas no van bien, la sociedad tiene una deuda con BANCO. Como consecuencia de una inicua sentencia de pasado, el banco ha perdido una hipoteca *limpia* de MADRE en garantía de su crédito *limpio* contra SOCIEDAD. No se nos dice – otro menosprecio de los hechos relevantes- si PADRE y/o MADRE eran fiadores personales de la deuda de SOCIEDAD, aunque el conocimiento de lo que frecuentemente sucede nos permite sospechar que sí lo eran.

Es una cuestión de hecho la de saber si el pago en aquellas condiciones *había sido de utilidad ex tunc al hijo*, con independencia de las evoluciones patrimoniales que hubieran afectado a las partes después de realizado el pago. Si la respuesta fuera positiva, PADRE no estaría privado del poder de representación o, en su caso, actuaría como gestor oficioso lícito de asuntos del HIJO (art. 1892, 1893 CC). En su caso, PADRE y SOCIEDAD podrían oponer a la acción indemnizatoria de HIJO la excepción de compensación con el contracrédito derivado del enriquecimiento (ahorro de gastos) adventicio a la fortuna del hijo, en su caso. De todo ello resultaría, además, que HIJO carecería de acción de responsabilidad contra BANCO. Después, nuevamente, veremos, si la cosa es también así cuando, como de verdad ocurrió, BANCO satisfizo un crédito propio con ese dinero.

Es *improbabilísimo* que PADRE/MADRE hubieran pagado la deuda de SOCIEDAD frente a BANCO, de no haber tenido un interés propio *familiar* en ese pago. Como no tenemos que suponer, sino lo contrario, que fueran unos padres perversamente malos frente su hijo incapacitado, y operaran aquellos por el mero gusto de privar al hijo de sus ahorros, tiene que haber ocurrido un estímulo poderoso para ese pago. Si la SOCIEDAD fuera irrelevante para los padres por tratarse de una sociedad abierta, etc, no tiene sentido, en ausencia de un poderoso interés *familiar*, que los padres priven al HIJO de unos fondos vitales para su subsistencia futura, y todo ello para pagar una deuda de una sociedad en cuasi concurso en cuya subsistencia o solvencia los padres carecen de interés especial.

En cualquiera de los escenarios fácticos considerados hasta ahora, a mí me resulta seguro que, *ceteris paribus*, BANCO no debe responder frente al HIJO en la demanda de responsabilidad ejercitada por PADRE y MADRE a nombre de aquél. Por las razones siguientes, no exhaustivas.

Primero, ningún deudor contractual puede estar expuesto al riesgo de tener que responder por una conducta poco cuidadosa cuando de la parte adversa se actuó con dolo. Sería, así, escandaloso, que el representante legal del art. 1301 CC, que hubiera actuado como curador representativo, interpusiera contra la contraparte una demanda en nombre del representado que se sustentara en que el actor incurrió en conflicto de intereses o en abuso de autoridad cuando representaba al vulnerable. De hecho, el art. 1301 no contempla ni contemplaría jamás semejante legitimación. Por la misma razón hay que privar de legitimación al padre, tutor o curador que se atreviera a sorprender a un tercero de buena fe mediante una acción de anulabilidad fundada en que el negocio en cuestión requería autorización judicial y él no la solicitó. Hay aquí lo que desde el Derecho penal se conoce como *prohibición de regreso*, cuya definición canónica se atribuye a FRANK (cfr. RENZIKOWSKY, *Norma e imputación*, 2024, p. 120): “*Ninguna causa es la condición previa de una condición que estaba dirigida libremente a la producción de un resultado*”.

Se dirá en contra. ¿Pero entonces quien defenderá al vulnerable de nuestra historia, condenado tristemente a una condición vegetativa hasta el día de su muerte, el cual nunca recuperará un estado de capacidad preciso para revelarse contra sus mayores? Bueno, por aquí han pasado tres instancias judiciales. Bien podría haber procedido alguna de ellas de oficio a estimular el celo del Ministerio Fiscal para que se hubiera promovido el nombramiento de un defensor del art. 295 CC. O incluso haber promovido el expediente el propio juzgador (art. 28.2 Ley Jurisdicción Voluntaria). Hubiera sido lo propio, habilitar rápidamente una defensa al vulnerable para que demandara a su PADRE y MADRE y SOCIEDAD, por haberse “enriquecido” por medio de un pago de tercero. Cualesquiera de estas medidas, antes de que los dos interesados progenitores demanden al BANCO.

Es para mí evidente que la demanda instada por los padres *debería haberse desestimado (incluso inadmitido) por falta de poder de representación paterna*. No son los padres quienes pueden demandar, sino un defensor judicial, y precisamente pidiendo sentencia de condena frente a los padres. Por tanto, *ahora sí* que los padres se hallan en conflicto de intereses, aunque acaso no lo estuvieran antes.

Con esto no quiero significar que PADRE y MADRE se encuentren en dolo frente al hijo. Quiero significar sólo que, *si el BANCO se encontrara en culpa*, como sostiene la sentencia, *entonces los padres se hallarían en dolo*.

El deudor no carga con el riesgo de cuidado de los intereses del otro cuando es ese otro el que se declara, por medio de su actuación voluntaria, como no necesitado ni merecedor del cuidado ajeno.

Segundo, porque en general no se deben externalizar en terceros los riesgos de una representación legal mal gestionada por conflicto de intereses entre las partes de la relación fiduciaria (PADRE, HIJO), salvo que el tercero en cuestión hubiera actuado a su vez con connivencia o dolo (*dolus omnia corrumpit*). Y no es dolo en lo que incurre el banco

que se paga con dinero de su cliente una deuda como la de nuestro caso. Porque el banco no está obligado a maximizar los intereses del vulnerable a costa de los legítimos propios. Ni además es seguro que el vulnerable saliera mejor parado si el PADRE no hubiera paralizado con fondos del HIJO la *amenaza que para los intereses familiares suponía una deuda bancaria impagada*. En materia de representación legal de menores y discapacitados, el tercero no contratante o el contratante con el representante legal no puede estar nunca expuesto a los riesgos de fracaso en la relación representativa por la existencia de conflicto de intereses respecto del cual el tercero no está en dolo. Que BANCO supiera que la deuda de SOCIEDAD se estuviera pagando por PADRE con dinero del HIJO no convierte a BANCO en gestor y deudor doloso *ceteris paribus*. Es cosa que ocurre todos los días, y basta que los hechos y la historia hayan generado una confianza legítima en la regularidad de un curso de acción.

Contra lo que sugiere la sentencia, la lectura desapasionada de los hechos no revela convivencia lesiva ni ruptura de deberes fiduciarios propios de gestor. BANCO tiene derecho a suponer que todas sus contrapartes constituyen una unidad económica y que la continuidad de estas prácticas de comunicación patrimonial *se hace por el bien de la familia incluido especialmente el HIJO*. Es lo que toda persona normal pensaría. Si la Sala se hubiera representado la situación ex ante – y no cuando SOCIEDAD está ya quebrada y PADRE y MADRE demandan al banco- hubiera omitido seguramente todas esas acusaciones veladas y patentes contra BANCO, que sólo se explican si un juzgador ya conoce el final de la historia cuando hay que juzgar de hechos equívocos ocurridos en el pasado, el conocido como *sesgo retrospectivo*.

Tercero, aunque la Sala se complace en recordar el sonido de la nueva música pro-discapitado, no repara que la Ley 8/2011 he desinstalado la *lógica de la protección del vulnerable* y la ha sustituido por la (ridícula) *lógica de autorrealización del vulnerable*, un espacio de solipsismo que sólo es significativo en las relaciones personales entre el vulnerable y el gestor de su discapacidad (guardador, curador, servicios sociales, etc), pero en el que BANCO tiene poco que hacer y decir. O, y lo digo sin cinismo, acaso el BANCO consultó anticipadamente los deseos y expectativas futuras y contrafácticas del hijo, se puso en su lugar, y realizó una prognosis de buena fe, decidiendo que era mejor para el HIJO pagar de su dinero esa deuda que de una manera u otra pesaba sobre la familia.

7. Descomposición analítica del caso (2)

Y ahora retorno al factor inexplorado hasta aquí: *BANCO paga su propio crédito contra SOCIEDAD con dinero de la cuenta de HIJO en ejecución de una orden de transferencia mandatada por el PADRE*. Este pensamiento es el que en el fondo reconcome la buena conciencia de los magistrados de la Sala y de tanta otra honesta gente que se deja vencer por la primera impresión. Pero sin razón.

Era una consagrada regla de Derecho romano que el acreedor que recibe en pago lo que se le debe, lo retiene con derecho, aunque el proceso formativo de la conducta de

pago hubiera sido irregular. El pago es debido si se te pagó lo que se te debía, aunque te pagara (por error) quien no te debía (Digesto 12, 6, 44).

La sentencia de ahora da a entender que BANCO se apropiaría de estos fondos, en una suerte de “autocompensación” impropia. Pero no fue así, porque BANCO es simple mandatario de una orden de pago dada por el ordenante (PADRE). Quien paga es PADRE como administrador de SOCIEDAD y como representante legal del titular de los fondos. Es como si PADRE hubiera extraído en metálico el dinero de la cuenta del hijo, y luego, con el “sombrero” de administrador social de la deudora, hiciera un ingreso en caja de BANCO. Si BANCO no puede negarse a cumplir la orden de pago cuando el destinatario es un tercero, no se entiende que haya de negarse cuando el destinatario es el mismo BANCO y lo pagado es una deuda cierta y no contestada. BANCO no incurre en dolo cuando cobra lo que se le debe por medio de un pago hecho por quien podía hacerlo, pago que lo es de una deuda en la que el titular del dinero se hallaba (eso hay que presumir) naturalmente interesado.

8. Valores e incentivos

Toda la cuestión, finalmente, se reduce al siguiente juicio de valor. ¿Quién ha de soportar en vía de regreso la insolvencia actual o probabilísima de SOCIEDAD? Por múltiples razones, el tándem HIJO-PADRE-MADRE. Son seguramente los dueños de SOCIEDAD, quienes se apropian el excedente de beneficios posibles, a diferencia de BANCO, que, titular de una deuda fija, sólo participa en las desgracias, pero no en el *upside*. Y en todo concurso son los socios los que absorben la primera pérdida. El acreedor externo siempre cobra antes que el socio (*regla de prioridad absoluta*). El tándem familiar no puede reclamar a BANCO porque éste adquiriría un contracrédito inmediato de regreso contra PADRE doloso y SOCIEDAD enriquecida, y, por ende, contra HIJO-al-que -se-imputa-el-dolo-contractual-del-PADRE. Y es abuso de derecho reclamar en pago *quod statim redditurus est*.

*¿Y los incentivos al cumplimiento? Admito que el contrario redarguya de esta forma. Si hay que proteger el patrimonio de los discapacitados como un bien jurídico de interés colectivo, es mejor cargar sobre el agente profesional (BANCO) los costes de evitación del fracaso, y no sobre los insiders (papás, sociedades familiares) que nunca se dejarán motivar por la norma, por la potísima razón de que ellos mismos se acorazan como inmunes, al ostentar en exclusiva la legitimación procesal para demandar y, además, ser insolventes; más en nuestro caso, en el que el hijo nunca saldrá de su profunda incapacidad. La idea no es mala, pero me parece más positiva la de *dolus omnia corrumpit*, y que se endose al Derecho penal (contra los papás delincuentes, si lo fueron), no al civil, la tarea de promover la efectividad de las normas de esta clase.*

Naturalmente, se incurre en sesgo de corto alcance cuando se considera sólo la provocation de incentivos de las normas protectoras del patrimonio de los vulnerables. Pero antes de que el estado de hecho presupuesto llegue a existir, hay que provocar también los incentivos legales para que se pueda producir la capitalización de los daños del vulne-

rable y su gestión eficiente por medio de un depositario en aras del propio beneficio de aquél. ¿Qué harán los bancos del futuro que lleguen a conocer nuestra historia? Demasiado riesgo aceptar la apertura de una cuenta sustanciosa a nombre de un incapacitado permanente, cuenta gestionada por la persona que tiene al mismo tiempo los incentivos a causar lo mejor y lo peor para el vulnerable, o, por lo menos, a considerar honradamente que los intereses del vulnerable no son distintos de los intereses propios, y seguramente con razón. Por este riesgo adventicio, el titular de la cuenta tendrá que pagar al banco. Y éste hará muy bien en blindarse en el futuro, con razones o por mera conveniencia, cuando el PADRE / MADRE deseen realizar una disposición de fondos, remitiéndoles a un juez que les despache una autorización con la que el banco se cure de la suspicacia de si no habrá detrás de todo ello un conflicto de intereses familiar que le pueda salpicar mañana. Los padres se pasarán el día en el juzgado, y la cuenta amortizada y sin uso.

Una vez más nuestros tribunales resultan incapaces de hacer juicios consecuenciales que sirvan para promover en el futuro, y colectivamente, los intereses de todos aquellos que están o estarán en la clase en la que se halla éste vulnerable cuya miseria se trata ahora de neutralizar, aunque *cras pereat mundus*.

