

CAPÍTULO 16

Capacidad para contratar y capacidad para responder por los daños causados de las personas con discapacidad en la nueva regulación de la capacidad jurídica del Código Civil español*

María Paz García Rubio**

* Este capítulo fue escrito antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En esencia, la norma promulgada sigue las pautas del Proyecto de Ley mencionado en el presente capítulo. Particularmente, la norma experimentó cambios importantes en el proceso parlamentario en materia de capacidad para contratar, alguno de ellos siguiendo las líneas propuestas en el texto; el cual sigue siendo de utilidad para la comprensión del nuevo sistema. En materia de responsabilidad civil, prácticamente no hubo cambios. La Ley 8/2021 está disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233#:~:text=Ayuda-,Ley%208%2F2021%2C%20de%202%20de%20junio%2C%20por%20la,de%2003%2F06%2F2021>

** Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Santiago de Compostela. Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación..

SUMARIO: I. Introducción; II. La capacidad para contratar de las personas con discapacidad; III. La responsabilidad extracontractual de las personas con discapacidad; IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

En las páginas que siguen trataré de explicar dos de los asuntos probablemente más complejos entre los muchos que suscita el revolucionario Proyecto de Ley 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, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* del 17 de julio de 2020. Este proyecto, que se encuentra en la última fase de su tramitación parlamentaria, plantea una reforma de alcance general que modifica directamente las leyes civiles y procesales más importantes del sistema español —Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley Hipotecaria, Ley del Registro Civil, entre otras— y que, en realidad, repercute de modo reflejo en todo el ordenamiento jurídico, al incidir sobre uno de los conceptos básicos de cualquier sistema: la capacidad jurídica.

El objeto declarado de esta importante modificación legislativa es el de adaptar el derecho español estatal al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante, CDPD—,

de la que España es parte desde 2007 y que fue incorporada al ordenamiento interno en 2008. Se trata, sin duda, de un precepto emblemático dentro de la convención.¹ Sin que pueda entrar ahora en las múltiples cuestiones que provoca su extenso y complejo contenido, me limito a recordar que el citado artículo reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás, en todos los aspectos de la vida. Según queda patente tanto en los trabajos de elaboración de la convención, como en la Observación General Núm. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2014 —centrada en este artículo 12—, la capacidad jurídica —*legal capacity*— a la que alude su texto incluye tanto la capacidad para ser titular de derechos, como la capacidad para ejercitarlos. En consecuencia, la expresión contempla no solo lo que en nuestra tradición se ha llamado precisamente *capacidad jurídica*, equivalente a la titularidad de los derechos, sino también lo que hemos venido designando en la academia española como *capacidad de obrar* o *legitimación para actuar*, según la denominación de la Observación General. Huelga decir que la que se ha negado en los sistemas jurídicos modernos a las personas con discapacidad es la que repercute en su competencia para entender, tomar decisiones o expresarlas frente a otros, esto es, la capacidad de obrar.

En la concepción que nuestros ordenamientos ostentaban hasta ahora se parte de que la designada como *capacidad jurídica* acompaña a toda persona desde su nacimiento hasta su muerte y es siempre una y la misma para todos.² Sin embargo, no sucedía lo mismo con la llamada *capacidad de obrar*, definida precisamente como la aptitud o idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos eficaces y para ejercer sus derechos. En la

¹ "The beating heart of the Convention", en palabras de A. Nilsson —Cf. Nilsson, A., "Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities", en *Issue Paper, Council of Europe*, 2012, p. 14—. Para el mismo autor este artículo supone, más que una evolución, una revolución en el concepto de capacidad jurídica y en su base subyacente, la personalidad jurídica (p. 6). Disponible en <<https://rm.coe.int/16806da5c0>>.

² Cf. Gordillo Cañas, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 21; el autor añade que la capacidad jurídica es estática, constante, uniforme y general o abstracta y no admite grados ni modificaciones.

mayor parte de los casos se entendía que la protección debida a las personas con problemas mentales y cognitivos implicaba la necesidad de que su capacidad de obrar fuera transferida o completada por otra persona que actuaría en sustitución o como complemento de aquella, y siempre en interés del sustituido.³ Lo que debe quedar sentado de buen principio es que esta visión, por más que se halle profundamente consolidada en nuestra médula jurídica, es incompatible con el artículo 12 de la CDPD y, más en extenso, con toda la convención, pues el cambio de paradigma que adopta este tratado internacional implica que las personas con discapacidad dejan de ser meros objetos de protección y cuidado para pasar a ser considerados sujetos de derechos humanos que pueden tomar sus propias decisiones en las mismas condiciones que los demás.

La asunción por parte del Proyecto de Ley de esta nueva perspectiva y, en especial, del mandato del artículo 12 de la CDPD que obliga al reconocimiento *tout court* de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sea esta discapacidad del tipo que sea, obligará a revisar de modo profundo la práctica totalidad del ordenamiento interno, al remover intensamente, como he dicho, uno de sus conceptos más básicos, el de capacidad.

Ya he anticipado que el proyecto modifica numerosos artículos del Código Civil español y de otras leyes estatales, lo que afecta, entre los reformados, a varias reglas codificadas correspondientes a la teoría general del contrato, y a algunos contratos en particular —compraventa, arrendamiento, préstamo, depósito, mandato, entre otros—. Asimismo, incluye algún cambio que, aunque pudiera parecer menor a primera vista, en realidad modifica en profundidad el derecho español de la responsabilidad

³ Cf. De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1952, reimpresión facsímil 1984, p. 291, en relación con el judicialmente incapacitado.

civil, tal y como se verá más adelante. Precisamente a estos dos aspectos pretendo dedicar las páginas que siguen.

En el epígrafe II comenzaré por señalar cómo el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en su doble dimensión de titularidad y ejercicio de los derechos, obliga a redefinir con nuevos contornos la capacidad para contratar tal y como ha venido siendo entendida hasta ahora en el derecho español. Ello, toda vez que, a tenor de la CDPD, ya no se puede excluir esta última ni por el mero hecho de la discapacidad de entender o de querer ni, tan siquiera, tras un pronunciamiento judicial *ad hoc* basado en la constatación de la citada discapacidad. A continuación, trataré de analizar la nueva perspectiva en la que el proyecto sitúa la llamada "capacidad para contratar de las personas con discapacidad" cuando la discapacidad incide en su competencia para entender, querer o tomar decisiones conscientes y libres. Daré también mi parecer sobre los preceptos de la teoría general del contrato contenidos en el proyecto y sobre las mejoras que, a mi juicio, deberían introducirse en ellos en el curso de la tramitación parlamentaria.

Con posterioridad, en el epígrafe III describiré el giro radical que en la teoría de la responsabilidad civil realiza, casi sin quererlo, el nuevo Proyecto de Ley.

Finalizaré con unas breves consideraciones finales.

II. La capacidad para contratar de las personas con discapacidad

1. La necesidad de redefinir la capacidad para contratar en el Código Civil español

Siguiendo las huellas del derecho romano y del derecho histórico español, el Proyecto del Código Civil de 1851 y el propio Código Civil —CC— de 1889 consideraban al "loco" o al "demente", cuando era incapaz para gobernarse por sí mismo y para administrar sus bienes, como persona

susceptible de incapacitación. El código consideró la incapacitación como un instrumento de protección de los intereses personales y patrimoniales de la persona incapacitada declarando su irresponsabilidad contractual —artículo 1301 CC—, si bien cambia la curatela histórica por la tutela —artículos 199 y 264 del CC en su versión original—,⁴ lo que supone que el tutor es el legitimado para actuar en sustitución de su pupilo. A propósito de esto, vuelvo a recordar que es precisamente respecto de la realización de actos o negocios jurídicos donde se define, para limitarla o negarla, la llamada capacidad de obrar, entendida, primordialmente, como capacidad para contratar.⁵

Por lo que ahora interesa, y dejando al margen la capacidad para contratar de los menores de edad, el punto segundo del artículo 1263 del CC, en su versión original, declaraba que no pueden prestar consentimiento "Los locos y dementes y los sordomudos que no sepan escribir". Se entendía que cuando, en expresión consagrada, una persona carecía de capacidad de entender y querer, el acto o negocio por ella celebrado no podía ser considerado válido ni eficaz. De las posibles soluciones —nulidad de todos los actos, validez de los actos salvo que se demuestre la locura o, por el contrario, posibilidad de anulación— el derecho histórico optó por esta última, al apreciar que era la más favorable para los intereses del incapacitado, aplicando también en su beneficio las diversas disposiciones protectoras perfiladas para el curador del menor.⁶ En esta versión primigenia del artículo 1263.2º, el código no distinguía según que las personas hubieran sido o no judicialmente incapacitadas.⁷

⁴ Cf. *ibid.*, pp. 297-299. Federico de Castro y Bravo, discrepando del criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947, partidaria de ajustar la extensión de la tutela a la intensidad del entonces llamado "retraso mental", estimaba que el sistema del Código, a diferencia del precedente de 1851, era el de someter al "idiota" o "imbécil" a la tutela completa destinada a proteger a su persona y sus bienes.

⁵ Si se prefiere, como dice L. Díez-Picazo y Ponce de León —*Fundamentos de Derecho civil patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 170—, la capacidad para contratar coincide sustancialmente con la capacidad general de obrar.

⁶ Cf. De Castro y Bravo, *F. op. cit.*, p. 311.

⁷ Como pone de relieve Díez-Picazo y Ponce de León, *op. cit.*, p. 171, quien añade, no obstante, que se trata de un dato de especial relevancia que habrá siempre que tener en cuenta.

A partir de este texto, Federico de Castro entendió que es la incapacitación la que hace que el contrato celebrado por el incapacitado nazca viciado y que, por hacerse en beneficio del protegido por ella, no pueden alegar la incapacidad las personas capaces que contrataron con el incapacitado —artículo 1302 CC—. Para el autor citado se arbitra así un medio fácil y rápido para la mejor defensa del incapacitado que no cierra la posibilidad de pedir la declaración de nulidad por falta de consentimiento —artículo 1261 del CC—, caso este en el que sí será necesaria la prueba de que se actuó sin la razón necesaria en el momento de contratar. Algunos de los civilistas del momento entendieron que el contrato celebrado por el incapacitado dentro del marco de la incapacitación era anulable,⁸ mientras que, en los contratos celebrados por las personas no incapacitadas, pero carentes de conciencia y voluntad, el fundamento de la invalidez no podía residir en la ausencia de capacidad, sino en la falta de consentimiento contractual, razón por la cual el acto o contrato sería nulo de pleno derecho.⁹ Esta respuesta no fue compartida por parte de la doctrina posterior, que entendió preferible la tesis de la anulabilidad también para el segundo tipo de situaciones.¹⁰ No obstante, por tratarse entonces de una invalidez fundada en la falta de discernimiento y voluntad, sería el interesado o su tutor quien habría de probar en cada caso y para cada acto concreto la falta de aptitud para contratar, lo que resulta perfectamente coherente con la presunción general de capacidad de las personas.¹¹

⁸ Cf. De Castro y Bravo, E, *op. cit.*, p. 313.

⁹ Cf. *ibid.*, p.312.

¹⁰ Cf. Delgado Echeverría, J., "Comentario a la sentencia de 4 de abril de 1984", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, V, abril-agosto, 1984, pp. 1576-1577; Gordillo Cañas, A., *op. cit.*, pp. 251 y ss.; Díez-Picazo y Ponce de León, L., *op. cit.*, p. 171; Carrasco Perera, A., *Derecho de Contratos*, t. I, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 682, aunque este mismo autor, en p. 680, dice que la doctrina mayoritaria no excluye la nulidad de pleno derecho.

¹¹ L. Díez-Picazo y Ponce de León, —*op. cit.*, p 172—, añade otra diferencia en lo que se refiere al cómputo del plazo de cuatro años de ejercicio de la acción de anulabilidad, que en caso del incapacitado se cuenta desde que sale de la tutela y en el caso del enfermo mental no incapacitado habrá de contarse desde la consumación del contrato.

La importante reforma operada por la ley de 24 de octubre de 1983¹² limitó las causas de incapacitación a "las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma" —artículo 200 del CC, en vigor al momento de redactar estas líneas—, precepto claramente asentado en el modelo médico de la discapacidad pero que representaba un gran avance en relación con el régimen anterior. Se admitió, al menos en teoría, un sistema de graduación de la incapacitación que permitía intensidades diversas en función de las circunstancias de cada persona, pero que no pudo evitar que, en lo relativo a la validez de los actos y negocios del declarado incapacitado cuando la incapacitación es total o la sentencia no la gradúa, se mantuviera el criterio de la anulabilidad a instancias de su representante o a petición propia una vez reintegrado en su capacidad —artículos 1301 y 1302 del CC. Esta anulabilidad produciría, en su caso, efectos similares a los derivados del contrato celebrado por el menor de edad y posteriormente anulado o confirmado —artículos 1304 y 1314 del CC—. De modo sorprendente, la mencionada reforma de 1983 dejó intacto el artículo 1263.2º del CC, que años después fue modificado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, para hacer referencia simplemente a los incapacitados. Este precepto se ha vuelto a reformar por la Ley 26/2015, de 28 de julio, conforme a la cual el segundo número del artículo 1263 del CC declara que no pueden prestar consentimiento

¹² Señalaba L. Díez-Picazo y Ponce de León —"Nuevas perspectivas del Derecho de las personas", en *Ponencias y Conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación*, Barcelona, p. 199; aquí citado en *Ensayos Jurídicos*, t. I, Cizur Menor, Civitas Thomson-Reuters, 2011, pp. 980-992, especialmente p. 981— que en 1983 se trató de suprimir las más señaladas rigideces del derecho anterior; se buscó una cierta dosis de diversificación de los sistemas tutelares, de manera que, de ser posible, habría que hacer un traje a medida, en lugar del *prêt a porter* fabricado para todos. Con todo, el propio autor considera más adelante que la incapacitación no dejaba de ser una agresión contra las personas. Por su parte, J. Delgado Echeverría —*Elementos de Derecho Civil, I. Parte General, vol. 2º, Personas*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 146—, a pesar de reconocer los avances introducidos en esta reforma de 1983, anticipando criterios que se consagrarían en la Convención, entendía ya hace más de veinte años que "cabe pensar, en el terreno de las posibles reformas legislativas, en formas de protección aún más flexibles, temporales, revisables y voluntarias, tendentes más a las atenciones de la persona que a las del patrimonio [...] y a ayudarle a tomar y realizar decisiones adecuadas, más que a privarle de ámbitos de capacidad".

"Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial", texto en vigor.

Esta disposición deja de nuevo en el aire el destino de los actos y negocios realizados por personas con discapacidades intelectuales o psicosociales que no han sido incapacitados, pero en los que se aprecia la llamada "incapacidad natural".¹³ Al respecto, aunque no dejan de existir vacilaciones, se sigue sustentando mayoritariamente la tesis de la anulabilidad. Además, de modo excepcional se ha atemperado el criterio de la invalidez en favor del tercero de buena fe que no conocía y no podía conocer la incapacidad de su cocontratante.¹⁴

Resulta palmario que un esquema como este para los contratos celebrados por personas que tienen dificultades importantes en sus competencias cognitivas y volitivas, sobre todo cuando han sido incapacitadas, configura un expediente técnico que resulta útil y adecuado para la seguridad del tráfico jurídico,¹⁵ pero cuyo coste es muy alto en términos de derechos fundamentales de las personas con este tipo de discapacidad. En realidad, ese coste consiste en expulsarlas o, cuando menos, en dificultar de modo muy notable su participación en el mercado de bienes y servicios —cuyo entramado se realiza, sobre todo, a través de los contratos— y, por extensión, excluirlas de toda la actuación jurídica que sigue el modelo contractual. Como dice alguno de los más conspicuos especialistas en la materia, las restricciones de la capacidad de obrar del menor o del incapacitado no excluyen que estos puedan celebrar contratos y obligarse a través de ellos, pero la protección que se les dispensa es un importante elemento disuasorio para contratar con ellos.¹⁶ En conse-

¹³ Expresión con la que, en palabras de A. Carrasco Perera —*op. cit.*, pp. 153 y 681—, se alude a aquel sujeto que, debiendo estar incapacitado, no lo está.

¹⁴ Sobre la aplicación en este punto del principio de protección de la apariencia jurídica, V. Gordillo Cañas, A., *op. cit.*, pp. 185 y ss.

¹⁵ Según F. de Castro y Bravo —*op. cit.*, p. 288—, con la declaración judicial de incapacitación se da una mayor estabilidad al estado de las personas y se logra una mayor seguridad para los terceros.

¹⁶ Cf. Morales Moreno, A. M., "Comentario al artículo 1263 CC", *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 456.

cuencia, creo firmemente que se trata de un expediente técnico incompatible con los postulados y exigencias derivados de la CDPD,¹⁷ pues el pleno reconocimiento de que las personas con discapacidad pueden entrar en relaciones jurídicas con otros en igualdad de condiciones que los demás —por lo tanto, ni en mejores ni en peores— es un corolario indispensable del artículo 12.1 de la CDPD.¹⁸

2. Las reglas del Proyecto de Ley

Trataré a continuación de mostrar en qué medida se han plasmado las exigencias del artículo 12 de la CDPD en las reglas sobre la capacidad para contratar del Proyecto de Ley reseñado en este trabajo. En concreto, me voy a referir en primer lugar a la redacción propuesta para los artículos 1263, 1301 y 1302 del CC, con la que me muestro bastante crítica. En este punto creo que, en el trámite de Enmiendas, en curso cuando redacto estas líneas, se debería afinar el texto proyectado para corregir algunas incoherencias y errores difícilmente justificables. Haré alguna propuesta al respecto, consciente de que los condicionamientos de nuestro sistema parlamentario y las especiales dificultades que plantean las modificaciones legislativas sobre derecho civil no facilitan que se preste atención a las cuestiones técnicas.

El primer precepto que debe ser repensado es el contenido en el segundo párrafo del artículo 1263 del CC, donde se dice que "Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar

¹⁷ Conuerdo con P. Cuenca Gómez —Cf. "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", en *REDUR* 10, diciembre de 2012, pp. 61-94, especialmente p. 64—, para quien la regulación de la capacidad jurídica en nuestro sistema, y en otros muchos, no se orienta solo a proteger a la persona "incapacitada", sino también a proteger la integridad, el valor y la utilidad de ciertas prácticas consideradas socialmente relevantes determinando quiénes pueden y quiénes no pueden participar en ellas.

¹⁸ V. Vamey, E., "Redefining contractual capacity? The UN Convention of the Rights of Persons with Disabilities and the incapacity defence in English contract law", en *Legal Studies*, vol. 37, núm. 3, 2017, pp. 493-519, especialmente, p. 493.

sin más limitaciones que las derivadas de ellas". A mi juicio esta disposición debe, lisa y llanamente, desaparecer, pues, según el nuevo sistema derivado del artículo 12 de la CDPD, ni las personas con discapacidad han de soportar limitaciones a su capacidad de contratar, ni las medidas de apoyo pueden considerarse nunca como limitación de ningún tipo a la hora de celebrar un contrato; lo sensato es, por lo tanto, eliminar ese infortunado párrafo.

Mayor complejidad presenta el régimen jurídico de la invalidez o ineficacia asociada al contrato celebrado por una persona con discapacidad sin la correspondiente medida de apoyo, cuestión sobre la que nada dice la convención.¹⁹ En el texto proyectado, el artículo 1301. 4º del CC se refiere de modo expreso al plazo para anular los contratos celebrados por las personas con discapacidad, anticipando que ese régimen va a ser el de la anulabilidad. En este punto considero que el doble plazo que se recoge en la citada regla, por un lado, el de caducidad de la acción —cuatro años desde que la persona con discapacidad deje de necesitar el apoyo— y, por otro, el plazo de la "situación claudicante" —cinco años desde la celebración del contrato—, justificado por razones técnicas, plantea una complejidad que no se compeadece bien con la escasa diferencia entre ambos. Incluso puede inducir a confusión, dando a entender que la persona con discapacidad no puede ejercitar la acción de anulabilidad mientras no se extinga el apoyo, cuando nada impide que, de ser pertinente la acción, la persona con discapacidad la ejercite, aunque tenga una medida de apoyo y que, además, lo haga con el apoyo o sin él. Sencillamente porque la existencia del apoyo no puede, en ningún caso, significar un requisito adicional que le impida acudir a los

¹⁹ E. Vamey —*op. cit.*, pp. 495 y 499— alude a las dificultades de aplicación del artículo 12 de la CDPD, debido al "extraño silencio" que guarda en la delimitación entre la capacidad jurídica, la capacidad mental y la capacidad contractual; tampoco establece guías que puedan servir de apoyo en el tema contractual, aunque sí subraya que de su *ethos* se deriva que cualquier examen sobre la posibilidad de utilizar la excepción de incapacidad en los contratos debe pasar no solo por considerar factores económicos, tales como la seguridad de las transacciones, sino también factores sociales, incluida la protección de la dignidad humana.

tribunales en idénticas condiciones que los demás, según expresamente reconoce el artículo 13 de la CDPD. Para simplificar y para que la situación de provisionalidad que implica la posibilidad de anular el contrato no se prolongue innecesariamente, se podría establecer un único plazo de cuatro años a contar desde la celebración del contrato, *dies a quo* que proporciona un plus de seguridad jurídica a la situación.

En relación con la regla que establece las condiciones en las que debe proceder la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad, perfilada en el artículo 1302 del CC, lo primero que llama la atención es la omisión por el proyecto de la frase inicial del mismo artículo, en su versión vigente, que dice: "Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos". Afirmación general que posteriormente va a ser objeto de matización en el propio precepto, pero de la que no se puede prescindir *a priori*, por lo que entiendo que en el curso de la tramitación parlamentaria debería regresar al texto codificado.

Siguiendo con esta misma disposición, el proyecto redacta el segundo párrafo —que debe ser el tercero, por lo que se acaba de decir— del artículo 1302 del CC en el siguiente tenor:

Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan. También podrán ser anulados por sus herederos, durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.

Y en el siguiente párrafo se lee: "Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad, al Ministerio Fiscal". Este último

párrafo es el único que alude a los contratos celebrados por una persona con una discapacidad de la que derivan dificultades. Por ejemplo, para manifestar su voluntad en relación con un determinado contrato o para comprender el alcance de las obligaciones que asume, contrato que ha celebrado sin tener la oportunidad de utilizar un apoyo al cual tiene derecho, según reconoce el párrafo 3 del reiterado artículo 12 de la CDPD.

Al respecto recordaré, por una parte, que la citada regla configura estos apoyos como una verdadera obligación de los Estados partes²⁰ y, por otra, que, para la Observación General Núm. 1 del comité, *apoyo* es un término amplio que engloba todo tipo de situaciones, por lo que no tiene por qué estar constreñido a las medidas tipificadas en un texto legal. Desde la perspectiva convencional, esta ausencia de apoyo en la fase precontractual pudiera plantearse como un caso de incumplimiento del deber de las autoridades de velar por que las personas con discapacidad cuenten efectivamente con los apoyos que precisen.²¹ De modo tal que los perjuicios que pudieran derivarse de un contrato inconveniente por falta de apoyo serían, desde este punto de vista, imputables al Estado y no a la otra parte contractual, sobre todo si esta actuó con buena fe. Desde la perspectiva del derecho privado interno, la ausencia de un apoyo que hubiera sido querido, pero al que no se ha podido acceder, supone un defecto en el proceso de conformación de la voluntad contractual que debería encauzarse a través de la posibilidad de anular el acuerdo. Creo entonces que la legitimación activa debe corresponder únicamente a la persona con discapacidad, quien puede diseñar o recabar

²⁰ Según el artículo 12.3, "Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".

²¹ Señala A. Nilsson —*op. cit.*, p. 14— que este mandato implica que el apoyo debe proveerse sobre la base de la voluntad de la persona con discapacidad y que el Estado no tiene por qué ser necesariamente el proveedor del apoyo. La obligación del Estado consiste, en opinión del autor citado, en velar por que el apoyo esté disponible, independientemente de si en la práctica lo suministran las propias autoridades, la sociedad civil, la familia y amigos, o una mezcla de sujetos públicos y privados.

ex post el apoyo al que tiene derecho e incluso utilizarlo precisamente para solicitar la anulación del contrato. Apunto también que la especial situación de vulnerabilidad que puede significar la discapacidad resulta relevante para que autoridades y entorno familiar y social colaboren en proveer no solo apoyos en sentido estricto, sino todas las ayudas y ajustes razonables que sean precisos, a fin de que la persona con discapacidad vea acomodada la situación a sus peculiares circunstancias y pueda celebrar el contrato realmente querido en una posición equivalente a la de todos los demás.²²

Me detengo ahora en el párrafo en el que el texto proyectado contempla la hipótesis de contrato celebrado por la persona con discapacidad que cuenta con medidas de apoyo, pero prescindiendo de ellas cuando fueran precisas para el acto concreto por celebrar. Tal y como está en el texto publicado en el *Boletín del Congreso de los Diputados*, no me parece una regla acertada, ya que de su tenor parece deducirse la posibilidad *tout court* de anular los contratos celebrados por una persona con discapacidad cuando no haya actuado con el apoyo que tenía y podía utilizar. Entendido con esa amplitud, tal resultado no es conforme ni con la CDPD²³ ni con los postulados básicos del propio Proyecto de Ley, ya que en la práctica supone que a las personas con discapacidad que tengan medidas de apoyo de cualquier clase relativas a la prestación del consentimiento contractual se les exige un requisito más que a las demás personas para dar plena validez y eficacia a los contratos que acuerden,

²² Cf. Nilsson, A. *op. cit.*, p. 12. La idea expresada en el texto es la que subyace, a mi juicio, en el reciente reconocimiento legal de la figura del "consumidor vulnerable".

²³ En similar sentido, J. Ribot Igualada —"La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de las Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 221— considera que, en el caso de que una persona con discapacidad llevase a cabo algún acto jurídico sin contar con apoyos, dado que la CDPD exige tratarla como a cualquier otra persona, la mera ausencia del apoyo no debería ser determinante para decidir si el acto es válido, anulable o nulo. También es la opinión de Torres Costas, M. E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, BOE, 2020, p. 295.

cual sería el de actuar con el correspondiente apoyo. Estoy convencida de que esto no es lo que quiere la CDPD y de que este requisito adicional supone una discriminación directa hacia las personas con discapacidad que, a mayor abundamiento, se opone de manera frontal al párrafo 5 del propio artículo 12. Ello, cuando obliga a los Estados partes a tomar las medidas pertinentes y efectivas "para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".²⁴ Derechos y actividades que, en buena medida, se instrumentalizan mediante contratos.

Por ello tampoco concuerdo con algunas Enmiendas al Proyecto que se limitan a proponer la inclusión en el texto del proyectado artículo 1302 del CC de la legitimación para ejercitar la acción de anulabilidad del contrato celebrado por la persona con discapacidad sin haber contado con la medida de apoyo del propio titular del apoyo. Con ello no solo se insiste en el error denunciado en el párrafo anterior, sino que se profundiza en él al permitir que quien presta el apoyo pueda anular el contrato que celebró la persona con discapacidad, incluso contra la voluntad de esta o, cuando menos, prescindiendo de ella. De ser así, estaríamos ante una *actuación por sustitución* proscrita en el modelo de la CDPD, como reiteradamente repite la Observación General Núm. 1 del comité, tantas veces citada.

²⁴ Como dice E. López Barba —*Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre Derecho de las Personas con discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Madrid, Dykinson, 2020, p. 109—, si el punto de partida de la Convención es que la persona con discapacidad cuando alcanza la mayoría de edad ostenta el ejercicio de la capacidad jurídica sin límite ni exclusión —más allá de las generales previstas en las leyes—, habría que reconocer la validez y eficacia de lo actuado, y lo que procedería, en caso de duda sobre la validez, pero como en los demás supuestos, sea o no una persona con discapacidad la que participa, es examinar si concurre algún vicio de nulidad o anulabilidad, pero sin que la discapacidad sea un elemento diferenciador.

Según mi parecer, para alcanzar una redacción alternativa a la proyectada que sea más coherente con el nuevo modelo de discapacidad que asume la CDPD, deberíamos distinguir al menos tres situaciones, dentro de las cuales, asimismo, cumple realizar algunas diferenciaciones.²⁵

La primera situación sería aquella en la que la persona con discapacidad que contrata sin el apoyo que tiene a su disposición carece de la llamada "capacidad natural" o competencia para realizar el acto. Sería un supuesto en el que falta en realidad el consentimiento, esto es, la competencia para decidir y asumir voluntariamente las consecuencias del negocio en cuestión, lo cual puede darse con o sin discapacidad. Hoy, en el ordenamiento español el consentimiento constituye un elemento esencial de cualquier contrato —artículo 1261 del CC—, de modo que, si no concurre, el contrato resultará nulo, según algunos, o anulable, según otra opinión, como ya se ha dicho más arriba. Nada hay que añadir, pues, a lo que ya se desprende de la ley vigente con carácter general para esta hipótesis, salvo que en ningún caso la ausencia de consentimiento o la presunción de ausencia puede derivarse de que la persona en cuestión tenga cualquier tipo de discapacidad intelectual en su sentido más amplio.

La segunda situación sería aquella en la que la persona con discapacidad ha rechazado voluntariamente y sin vicios, presiones o influencias indebidas, el apoyo del que podría disponer para celebrar el contrato. Si admitimos esta posibilidad de rechazo, como creo que debe hacerse en el nuevo modelo,²⁶ no parece sensato que el contrato pueda ser impugnado *ex post* con fundamento en la situación de discapacidad. Ni mucho menos, que sea precisamente quien rechazó el apoyo quien pretenda

²⁵ Parafraseando al maestro José María Miquel, al fin y al cabo, para hacer buen derecho de lo que se trata es de "distinguir, distinguir y distinguir". En los párrafos siguientes sigo, con matices, la postura que anticipé en García Rubio, M. P., "Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en M. C. Gete-Alonso y Calera (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 39-61, especialmente pp. 58 y ss.

²⁶ A pesar de que no se encuentra reconocido expresamente en el texto del Proyecto de Ley.

después anularlo o que lo pretenda el titular del apoyo, de quien legítimamente se prescindió, pues estaría yendo contra sus propios actos. Por tanto, en estas hipótesis el contrato sería válido, salvo que hubiese concurrido algún otro motivo de anulación, como podría ser un vicio del consentimiento de la persona con discapacidad, no ya sobre el apoyo en cuestión, sino sobre el contrato en sí, supuesto en el que también las normas generales aplicables en materia de error, dolo, violencia o intimidación serían las de pertinente aplicación.

La tercera y, sin duda, más compleja hipótesis, es aquella en la que la persona con discapacidad ha concluido el negocio sin el apoyo pertinente, pero sin haber renunciado a él. Aquí hay que volver a distinguir dos escenarios diferentes. Por un lado, si lo hizo siendo víctima de error, dolo, violencia o intimidación susceptibles de viciar su voluntad de contratar o su voluntad de contar con el apoyo; entonces el contrato sería anulable por el propio interesado —con el correspondiente apoyo si fuera preciso—, pero no por haber actuado sin apoyo, sino con fundamento en el vicio de su voluntad, como le sucedería a cualquier víctima de un vicio del consentimiento. Finalmente, el segundo escenario es aquel en el que, aunque no se ha renunciado al apoyo, lo cierto es que el contrato se ha celebrado entre la persona con discapacidad y el otro contratante sin contar para nada con la persona de apoyo, pero sin que haya concurrido ningún vicio del consentimiento, en su sentido tradicional, en la persona con discapacidad. Entiendo que entonces tiene sentido la anulación por ser la sanción que mejor se acomoda a este tipo de irregularidad contractual. Dicha anulación debería poder ser instada, además de por la persona con discapacidad, por el titular del apoyo omitido. Ahora bien, no debe bastar con la aludida omisión del apoyo para apreciar que, efectivamente, la irregularidad contractual se produjo, pues de hacerlo de nuevo incurriríamos en la situación de discriminación antes denunciada. Considero que se necesita algo más, algo que hoy el Código Civil español no contempla como vicio invalidante, pero que sí se conoce en el ámbito comparado y en los nuevos textos del moderno

derecho contractual, incluida la Propuesta de Modernización del Código Civil elaborada por la Comisión General de Codificación y publicada en 2009. Me refiero al aprovechamiento por parte de un contratante de la situación de vulnerabilidad del otro, para obtener con ello una ventaja injusta en su favor. En este caso concreto, la vulnerabilidad derivaría, precisamente, de la situación de discapacidad.

Como acabo de decir, en contra de la opinión de otros autores que se han pronunciado por la rescisión por lesión como figura más adecuada para proteger la integridad patrimonial de las personas con discapacidad frente a daños arbitrarios derivados de los contratos,²⁷ mi preferencia está en la anulabilidad.²⁸ Ello, por tratarse de un mecanismo más flexible que puede activarse tanto judicial como extrajudicialmente. A demás, a diferencia de la rescisión,²⁹ la anulabilidad no posee carácter subsidiario y, de producirse la declaración anulatoria, produce plenos efectos restitutorios.³⁰

En consecuencia, en tanto no se modifique el Libro IV del Código Civil para proceder de una buena vez a su modernización, y se incluya la figura de ventaja injusta o ventaja excesiva en las reglas generales de los contratos, creo que el tenor del párrafo segundo del artículo 1302 del CC podría ser algo parecido a lo siguiente:

²⁷ Para los contratos celebrados por personas con discapacidad, aboga *lege ferenda* por la rescisión E. López Barba —*op. cit.*, pp. 110 y ss—; se trataría, según la autora, de una rescisión basada en elementos puramente objetivos, el daño y la discapacidad, entendida la prueba de esta como un requisito de carácter objetivo que forma parte de la configuración del supuesto de hecho de la norma. Respecto de los contratos en los que se produzca ventaja injusta, se muestra partidaria de la rescisión R. Barceló Compte —*Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 181—.

²⁸ También, en las situaciones de ventaja injusta, para E. Gómez Calle —*Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 187—.

²⁹ *Cf.* artículo 1294 del CC.

³⁰ *Cf.* artículo 1295 del CC, para la rescisión por lesión, en el que, en palabras de F. de Castro y Bravo —*El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, reimp. 2002, p. 527—, solo se reconoce el que llama efecto retroactivo obligatorio, pero no el real porque, a diferencia de lo que ocurre con la anulación, el negocio rescindido no pierde su primitiva condición de válido; de aquí que no determine la ineficacia de los negocios derivados del rescindido, ni podrá tener lugar la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que hubieren procedido de buena fe.

Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas, podrán ser anulados por dichas personas cuando las medidas se extingan, o por sus herederos, durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción, así como por aquel a quien corresponde prestar el apoyo. La anulación procederá cuando se pruebe que el otro contratante se ha aprovechado de la situación de discapacidad, obteniendo con ello una ventaja injusta.

Se trata de una propuesta que a mi juicio equilibra el interés de la persona con discapacidad en ver reconocida su capacidad para vincularse jurídicamente y el interés de la confianza del otro contratante, que solo se verá soslayado si en realidad no merece protección por haberse aprovechado de la situación de vulnerabilidad de la persona con discapacidad, lo que implica que conocía esta o que, cuando menos, debería conocerla. En consecuencia, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona con discapacidad solo adquiere relevancia anulatoria cuando el contrato resulta desequilibrado, de suerte que es este desequilibrio y no la discapacidad la razón que hace quebrar la plena eficacia del negocio jurídico.³¹

Por otro lado, una regla como la descrita cohonesta perfectamente con los postulados de la CDPD, al alejarse de una concepción de la capacidad basada en las características mentales del individuo —modelo médico—, para dar peso a factores ambientales y a las particulares circunstancias de la transacción.³² Finalmente, supone una manera de

³¹ Las reglas comparadas que contemplan la ventaja injusta suelen tomar en consideración, en cuanto a las condiciones personales del sujeto, la inexperiencia, la ignorancia, la falta de previsión o de habilidad negociadora de la parte perjudicada —Cf. Gómez Calle, E., *op. cit.*, p. 167—. No se suele incluir la discapacidad, que, sin embargo, creo que cohonesta perfectamente con las circunstancias descritas.

³² Como postula, para el *common law*, E. Vamey —*op. cit.*, p. 519—.

entender el contrato que supera su visión tradicional como vehículo de intereses contrapuestos y recíprocamente egoístas, para adoptar un punto de vista según el cual la autonomía contractual no debe ser vista tanto como la expresión de los intereses individuales de las partes, sino más bien como una autonomía relacional en la que ambos intereses deben conciliarse, perfilando como fundamental el principio de solidaridad contractual.³³

Como he adelantado, lejos de suponer una innovación carente de antecedentes, esta regulación se inspira en una figura bien conocida en el moderno derecho de contratos, que combina criterios de justicia sustantiva —ventaja injusta o desequilibrio excesivo en favor de una parte— con otros de justicia procedimental —aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad del otro contratante—. Ciertamente es que, siendo el objeto de esta ley únicamente la adaptación del ordenamiento español al artículo 12 de la CDPD, y en tanto no se modifique íntegramente la teoría general del contrato del Código Civil español —tan urgente y necesaria como desatendida por el poder político—, la figura en cuestión se introduciría a modo de avanzadilla solo para el caso de que el vicio procedimental haya consistido, precisamente, en aprovecharse de la vulnerabilidad específica que representa la discapacidad a la hora de negociar un contrato. No creo equivocarme demasiado si digo que el expediente descrito puede verse como un mecanismo de salvaguardia frente a los posibles abusos de terceros, avalado también por el artículo 12 de la CDPD.³⁴

Finalmente, estimo que las reformas introducidas por el Proyecto de Ley en los artículos 1304 y 1314 del CC plasman un contenido que no se ajusta del todo a los dictados del artículo 12 de la CDPD, por lo que

³³ Cf. Barceló Compte, R. *op. cit.*, p. 69.

³⁴ Para R. Barceló Compte —*op. cit.*, p. 21—, la previsión legislativa relativa a la ventaja injusta permitirá a los operadores jurídicos ofrecer protección en aquellas circunstancias que se sitúan más allá de un vicio del consentimiento, reportando un beneficio excesivo a una de las partes, a quien se reprocha un conocimiento efectivo o inexcusable de la situación en la que se encontraba la otra parte, contractualmente más débil.

también deberían ser objeto de mejora. Recuerdo que en la versión vigente el artículo 1304 del CC dice así: "Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera". La doctrina y tribunales entienden aquí por "incapacidad" tanto la minoría de edad como la condición de incapaz, aunque no haya sido incapacitado.³⁵ La regla contempla la hipótesis de un contrato celebrado por menor o incapaz anulado por esta causa³⁶ cuando este contratante no conserva en su poder la prestación recibida —verbigracia, ha gastado el dinero, ha destruido la cosa—. Se establece entonces que el citado sujeto ha de restituir solo en la medida en que el empleo de los recursos perdidos haya sido realizado en gastos necesarios del propio incapaz, gastos que en todo caso habrían sido realizados con el empleo de recursos propios.³⁷ Se trata de una situación de privilegio³⁸ con indudables raíces históricas,³⁹ pero que casa mal con el artículo 12 de la CDPD. Esto, a pesar de lo cual el Proyecto de Ley sigue esta línea de equiparación al prever una nueva redacción del mencionado artículo 1304, según la cual "Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad o de la discapacidad de uno de los contratantes, este contratante no está obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida".

³⁵ Cf. Delgado Echeverría, J., "Comentario al artículo 1304", en *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 554; y Carrasco Perera, A. *op. cit.*, p. 715, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1949 —RJ, 1949/99—, al que el último añade en *obiter dicta* la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2003 —RJ, 2003/7736—. No obstante, manifiesta dudas al respecto L. Díez-Picazo y Ponce de León —*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, p. 67— al comentar la primera de las citadas sentencias.

³⁶ J. Delgado Echeverría —"Comentario al artículo... *cit.*", pp. 553 y 554— insiste en que la limitación a la restitución prevista en este artículo no deriva, simplemente, de que el obligado a restituir sea incapaz, sino de que la causa de la invalidez esgrimida sea, precisamente, la incapacidad.

³⁷ A. Carrasco Perera —*op. cit.*, pp. 715 y 716— aclara que, si el incapaz conserva la cosa o el dinero, ha de ser restituido en su integridad, y, si no tiene la cosa o el precio, cederá a la otra parte las acciones para cobrar una u otro.

³⁸ Para J. Delgado Echeverría —"Comentario al artículo... *cit.*", p. 553—, la finalidad de este precepto es arbitrar una protección adecuada para los incapaces, especialmente los menores, de quienes puede temerse que enajenen sus bienes para derrochar el precio.

³⁹ Cf. De Castro y Bravo, F. *Derecho Civil de España... cit.*, p. 311.

Idéntica asignación de riesgos se produce en el artículo 1314 del CC,⁴⁰ cuyo párrafo primero establece la regla general según la cual se extingue la acción de nulidad —*rectius* anulabilidad— de los contratos cuando la cosa, objeto de estos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella. Sin embargo, el párrafo segundo incluye una excepción a la aludida regla general conforme a la cual "Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad". De nuevo existe unanimidad al considerar que en la excepción están incluidos menores e incapaces, incapacitados o no. Por su parte, el proyecto da esta redacción al artículo 1314 del CC: "Si la causa de la acción fuera la minoría de edad o la discapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber cesado la causa de la impugnación". Se trata de un texto que, además de insistir en el tratamiento uniforme de menores y personas con discapacidad, incurre en el craso error de cifrar en la discapacidad la causa de la anulabilidad del contrato.

Me pronuncio por la modificación de ambos preceptos proyectados, en el sentido de que desaparezca toda mención a la discapacidad y de que el privilegio que teóricamente recogen quede reservado de manera exclusiva a los menores de edad, y ello por dos razones.

La primera porque la equiparación entre menores de edad y personas adultas con discapacidad que en la celebración de un contrato no han hecho uso de las medidas de apoyo, a los efectos de disminuir o incluso eliminar en ambos casos su obligación de restitución a la otra parte si se anula el contrato, supone un tratamiento discriminatorio que incumple

⁴⁰ J. Delgado Echeverría —"Comentario al artículo... *cit.*", pp. 553 y 571— recuerda, además, que la regla concuerda en lo esencial con el artículo 1163, en materia de pago al incapaz de recibirlo, precepto que en el Proyecto de Ley sigue los mismos criterios criticados en estas páginas.

directamente el mandato de la CDPD. Lo anterior, dado que en el proceso negociador de dicho tratado quedó claro que las personas con discapacidad poseen igual capacidad que las demás, pero tienen también igual responsabilidad.

La segunda razón es que la rebaja de responsabilidad que implica la restitución minorada, lejos de constituir una salvaguardia, supone una barrera que aleja a las personas con discapacidad de su plena integración en el tráfico jurídico. Ello, toda vez que es más que probable que, como sucede con el régimen actual, los terceros sean reticentes a entablar relaciones jurídicas con personas que, a la postre, no solo pueden anular el contrato, sino que, haciéndolo, no están obligados a restituir lo recibido sino en la medida en que se hayan enriquecido y podrán anularlo incluso si, en ausencia de dolo o culpa, han perdido la cosa recibida. En definitiva, entiendo que las referencias a las personas con discapacidad deben desaparecer de estos dos artículos, cuyo régimen ha de quedar reservado a los menores de edad.

III. La responsabilidad extracontractual de las personas con discapacidad

1. Sistema vigente

El Código Civil español contiene una cláusula general de responsabilidad civil recogida en su artículo 1902, conforme al cual "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a indemnizar el daño causado". A partir de este texto es habitual enumerar cuatro presupuestos de responsabilidad: acción u omisión, daño, relación de causalidad y criterio de imputación, que en el caso del artículo 1902 del CC es, precisamente, la culpa del agente. Para la mayoría el presupuesto "culpa o negligencia" —en el que se incluye también el dolo— implica la exigencia de "imputabilidad civil" del autor del hecho dañoso, quien solo si la posee podrá incurrir en responsabilidad. Se parte así de un concepto subjetivo de culpa, basado en una idea

moral subyacente, en la que en ningún caso puede incurrir quien no es consciente de la ilicitud de sus actos. En consecuencia, por ser inimputables en sentido civil, no responden de los daños que causen los menores de edad, al menos hasta que no lleguen a unas determinadas condiciones de madurez. Tampoco responden las personas adultas que carecen de lo que algunos denominan "capacidad de culpa", como sería una persona con un grado de discapacidad cognitiva o intelectual que le impida apreciar correctamente las consecuencias dañosas de su actuación.⁴¹ En definitiva, se estima que no puede ser jurídicamente responsable quien no lo es moralmente.

La irresponsabilidad de los inimputables en el derecho español corre paralela a la responsabilidad que, según el artículo 1903 del CC, corresponde a padres o tutores por los daños derivados de actos cometidos por menores o incapacitados que se encuentren bajo su guarda o autoridad. En concreto, actualmente en el caso de daños causados por personas sometidas a tutela, los tutores serán responsables de los perjuicios causados por sus pupilos menores o incapacitados "que están bajo su autoridad y habitan en su compañía". La doctrina discrepa sobre la posible extensión de esta responsabilidad directa del tutor por hechos del tutelado a otro tipo de situaciones de guarda, como la curatela o la guarda de hecho.⁴² Si bien se considera que, de no ser aplicable el artículo 1903 del CC, el curador negligente en su función de vigilancia y control o incluso el guardador de hecho o los familiares cercanos, en caso de que el autor del daño no estuviese incapacitado, responderían por su propia actuación, de conformidad con el artículo 1902 del CC. La diferencia entre

⁴¹ Cf. Martín-Casals, M. y Solé Feliu, J., "Comentario al artículo 1902 CC", en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 2051; Roca Trías, E. y Navarro Michel, M., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 119 y 120; Parra Lucán, M. A., *Curso de Derecho civil. Vol. II. Contratos y responsabilidad civil*, 5ª ed., 2020, pp. 416 y 417; e Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General: delimitación y especies. Efectos y consecuencias*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2019, pp. 279 y 280-282.

⁴² Respecto de si cabe incluir o no al guardador de hecho en el ámbito del artículo 1903, Cf. Berenguer Albaladejo, M. C., *Responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad y de sus guardadores por los daños causados a terceros*, Reus, Madrid, 2017, pp. 78 y ss.

ambas reglas reside en que en la responsabilidad por hecho propio la prueba de la culpa corresponde a la víctima, mientras que, en la responsabilidad por hecho de otro será el presunto responsable quien habrá de probar que ha empleado "toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".

2. Repercusión de los cambios normativos en el régimen de la responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad y de quienes le prestan apoyo

Aunque el Proyecto de Ley dedica escasos preceptos a la responsabilidad civil por los daños causados por las personas con discapacidad, no creo exagerar si digo que está destinado a operar un cambio fundamental en el sistema español de la responsabilidad civil.⁴³

En concreto, dos son los artículos del proyecto que afectan al Código Civil y que tienen incidencia directa en este tema.⁴⁴ El primero es el proyectado artículo 299 del CC, a cuyo tenor, "La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con los artículos 1902 y 1903, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables".⁴⁵

⁴³ Monográficamente, V. García Rubio, M. P. "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en Joaquín Ataz López y José Antonio Cobacho Gómez (coords.), *Libro Homenaje al Pr. Roca Guillamón. Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños*, t. II, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 969-1007.

⁴⁴ En derecho español existe una poco afortunada duplicidad de normas, no armonizadas, sobre responsabilidad civil, que es regulada en el Código Civil cuando el ilícito no está tipificado como delito o falta y en el Código Penal cuando sí lo está. Tal situación, que se arrastra desde el siglo XIX, plantea una multitud de problemas que no puedo tratar aquí; baste señalar que, para mantener la coherencia del nuevo régimen de la discapacidad, el Proyecto de Ley de 2020 modifica, además del citado artículo 1903 del CC, el primer párrafo de la regla 1ª del artículo 118 y el ordinal 1º del artículo 120, ambos del Código Penal. Por razones de espacio, no entro en el análisis de estos preceptos.

⁴⁵ En el curso de la tramitación parlamentaria varias enmiendas propusieron sustituir la remisión a los artículos 1902 y 1903 del Código Civil por lo establecido en el Capítulo II, del Título XVI del Libro IV del Código civil, esto es, al régimen jurídico de la responsabilidad civil contenido en el

El segundo hace referencia a la eventual responsabilidad de quienes presten apoyo a las personas con discapacidad. El Proyecto de Ley modifica el actual párrafo tercero del artículo 1903 del CC, que pasa a estar limitado a la responsabilidad de los tutores de los menores de edad, en línea con la reserva de la tutela para estos que se hace en la reforma. Además, y por lo que ahora interesa, añade un nuevo párrafo al artículo 1903 del CC, que establece lo siguiente: "Los curadores con facultades de representación plena lo son [responsables] de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella".

El texto reproducido en primer lugar acaba con la exención de responsabilidad civil de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial cuando esta les impida calibrar el eventual alcance dañoso de sus actos. En síntesis, con la norma propuesta se eliminará en este tipo de situaciones el requisito de la imputabilidad civil y, como consecuencia, se puede decir que cambia radicalmente el concepto de culpa del artículo 1902 del CC hasta ahora sustentado de forma mayoritaria. Curiosamente, el cambio se produce sin que este precepto, donde se contiene la cláusula general de responsabilidad civil, haya sido modificado ni siquiera mínimamente.

Es cierto que la interpretación subjetiva de la culpa del artículo 1902 del CC, seguida hasta ahora por la mayoría de los autores, no es óbice para que pueda ser entendida de otra forma,⁴⁶ incluso de una puramente

texto codificado; la modificación es técnicamente acertada, por lo que, con probabilidad rayana en la certeza, se incorporará al texto definitivo de la ley.

⁴⁶ No faltan indicios en derecho español que permiten entender que la culpa se concibió como hecho generador de la responsabilidad y no únicamente como criterio de imputación a su autor; es significativa la Base 21 de la Ley de Bases de 1888, que estuvo en el origen del Código Civil español de 1889, de conformidad con la cual "se fijarán los efectos de la culpa o negligencia, que no constituyan delito ni falta, aun respecto de aquellos a cuyo cuidado o dependencia estuvieran los culpables o negligentes, siempre que sobrevenga perjuicio a tercera persona". Es notorio que las personas que están bajo el cuidado o dependencia de otras por cualquier razón son aquí calificadas directamente de culpables. Remontándose al derecho histórico, F. de Castro y Bravo —*Derecho Civil de España... cit.*, p. 317— señala que, mientras en las fuentes romanas se decía que contra el "loco" no podía ejercitarse la *actio legis Aquiliae* ni la *actio de pauperie*, en la concepción germánica se conside-

objetiva; y ello sin necesidad de cambiar ni un ápice el tenor literal de la cláusula general.⁴⁷ Basta para demostrarlo el contraste con el derecho francés, cuyo Código Civil mantiene una cláusula general similar a la española, lo que no ha impedido la interpretación objetiva de la *faute* por parte de los autores y la jurisprudencia del país galo, idea que también se atisba en alguna sentencia española de la jurisprudencia menor.⁴⁸ Obsérvese, además, que en el artículo del proyecto que venimos comentando se recoge una genuina regla de responsabilidad del agente culpable, basada en una concepción objetiva de culpa que la equipara a la conducta jurídicamente desaprobada con independencia de su autor. Por consiguiente, no estamos ante una obligación subsidiaria de indemnizar por equidad, del modo que sucede en el derecho portugués, alemán o italiano.

Con el nuevo texto la culpa en sentido jurídico se desgaja de la idea tradicional que la vincula con la culpa moral del autor del daño, para centrarla en una nueva moralidad que piensa, sobre todo, en las víctimas, y conforme a la cual, en la medida de lo posible y sea quien sea el autor del comportamiento dañoso, todas las víctimas han de ser resarcidas.⁴⁹

Pero es que, además, tomando en consideración el nuevo paradigma sobre la discapacidad que dimana de la CDPD, creo que este renovado concepto de culpa también encaja mejor en los postulados éticos y jurí-

ra que el que causa un daño ha de indemnizarlo, sea o no capaz de saber lo que hace, y aunque por ello no deba incurrir en pena, sí deberá resarcir el daño con sus bienes.

⁴⁷ Así lo entiende M. Pantaleón Díaz —"La enigmática regla 1ª del artículo 118.1 del Código Penal", en *InDret*, 2017-3, pp. 9-14—, quien cree que "categorías como la de la imputabilidad o, en general, la culpabilidad —tan firmemente arraigadas, con buen sentido, en el ámbito del Derecho penal— no tienen cabida en la teoría de la responsabilidad civil extracontractual". Ya abogaban por la concepción objetiva de culpa J. C. Seuba, E. Farnós y A. Fernández —"Daños causados por personas con trastornos mentales", en *InDret*, 2/2004, pp. 1-28—.

⁴⁸ V. García Rubio, M. P., "El concepto de *faute* en el *Avant Projet de Loi reforme de la responsabilité civile*. Novedad y continuidad en el Código Civil francés", en L. Prats Albentosa y Gema Tomás Martínez (coords.), *Culpa y Responsabilidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 373-394.

⁴⁹ Como dice J. Carbonnier —*Droit et passion du droit sous la V République*, París, Forum Flammarion, 1996, p. 152—.

dicos derivados del reconocimiento de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad en iguales condiciones que los demás, tal y como exige el artículo 12 del texto convencional.⁵⁰ Hablo ahora de una ética no centrada en la víctima del daño, sino en su autor: la que deriva de que la persona con discapacidad sea tratada, también a efectos de responder civilmente de sus hechos dañosos, sencillamente, como las demás; en definitiva, que la persona con discapacidad no sea ni estigmatizada ni discriminada incluso a efectos de responder por sus actos.

En síntesis, la explicación de un cambio tan radical en torno a la responsabilidad civil de las personas con discapacidad me parece sencilla: si la persona tiene capacidad, ha de tener también responsabilidad por los daños que cause, siguiendo las mismas reglas aplicables a cualquier otra persona.⁵¹ La persona con discapacidad es titular de derechos, pero también de obligaciones, pues no puede haber capacidad sin responsabilidad, como expresamente se reconoce en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley.⁵²

En relación con la responsabilidad de quienes apoyan a la persona con discapacidad causante de daño a un tercero, el texto reproducido más arriba menciona únicamente a los curadores con facultades de representación plena, para declararlos directamente responsables de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella. De darse cumulativamente ambas circunstancias, los

⁵⁰ Aunque el artículo 12 de la CDPD alude a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y no menciona expresamente ni las obligaciones ni la correlativa responsabilidad, la lectura de los trabajos preparatorios evidencia que el concepto de responsabilidad se ha de considerar también implícito en este precepto, como se explica con más detalle en Torres Costas, M. E., *op. cit.*, pp. 327 y ss.

⁵¹ En 2018 el Consejo de Estado, en su Dictamen al Anteproyecto de ley que sirvió de antecedente al Proyecto de 2020, afirmó: "El reconocimiento de plena capacidad a las personas con discapacidad implica, por lo demás, la atribución de la correspondiente responsabilidad civil".

⁵² "Asimismo la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno".

responsables lo serán de manera solidaria con la propia persona con discapacidad autora del hecho dañoso. En este caso, en virtud del último párrafo del citado artículo 1903 del CC, serán los curadores quienes habrán de probar la ausencia de culpa por su parte.

Conviene advertir que este tipo de apoyo, en el que el curador tiene facultades de representación plena, se configura en el Proyecto de Ley como absolutamente excepcional, pues únicamente se dará en aquellos casos en los que la persona con discapacidad ni pueda manifestar de ningún modo su voluntad, deseos y preferencias ni dicha voluntad pueda ser interpretada a pesar de haberse hecho para ello un esfuerzo considerable.⁵³ Se trata, pues, de situaciones límite en las que la interacción social de la persona concernida será probablemente escasa, por lo que previsiblemente serán muy pocos los casos en los que esta responsabilidad del curador representativo pleno entrará en acción.

Nada obsta para que cualquier otra persona encargada de prestar en el desempeño de sus funciones responda también por los daños causados a la persona que preste apoyo —proyectado artículo 294 del CC—, o por los que esta cause a terceros, ahora en virtud de la cláusula general del artículo 1902 del CC, siempre que tal desempeño se haya producido con culpa, entendida del modo objetivo más arriba indicado.

Respecto de la posible exoneración de responsabilidad, tanto de los curadores mencionados en el artículo 1903 del CC, como de todos quienes presten apoyo y puedan incurrir en responsabilidad según el artículo 1902 del CC, es de interés preguntarse por el valor que pueda tener el rechazo de la persona con discapacidad a utilizar el apoyo. Mi postura es que, a pesar de que el Proyecto no reconoce de manera explícita que la persona con discapacidad pueda rechazar el apoyo, tal posibilidad es

⁵³ Cf. García Rubio, M. P., "La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 58, 2017-2018, p. 182.

una derivación necesaria del sistema propugnado por la CDPD, que hace primar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad sobre cualquier otra consideración. En consecuencia, el rechazo al apoyo es un derecho que debería incluirse de modo expreso en la nueva ley;⁵⁴ de producirse tal rechazo, exoneraría de responsabilidad al encargado de prestarlo.

IV. Consideraciones finales

La CDPD plantea a los juristas de todo el mundo la necesidad de utilizar nuevas lentes para examinar viejos conceptos jurídicos.⁵⁵ Entre ellos destacan, por su importancia central en cualquier ordenamiento, los de capacidad y responsabilidad.

En este trabajo he intentado perfilar el necesario cambio de orientación que deberá producirse en el derecho español en el ámbito de la capacidad para contratar, precisamente la sede principal donde los sistemas del *civil law* han desarrollado la teoría de la capacidad de obrar que históricamente se ha negado a las personas con dificultades para comprender el alcance de sus actos. El nuevo paradigma de la discapacidad derivado de la CDPD y, en particular, el reconocimiento a las personas con discapacidad —sea del tipo que sea—, de la plena capacidad jurídica, en su doble dimensión de titularidad y ejercicio de los derechos, en iguales condiciones que los demás, obliga a cambiar radicalmente las reglas contenidas en el Código Civil español. Algo que hace el Proyecto de Ley que se tramita en el Parlamento español, texto analizado, con consideraciones críticas y propuestas de mejora, en este trabajo.

Igualmente, el proyecto contiene algunas disposiciones que alteran radicalmente el régimen de la responsabilidad civil por daños causados por las personas con discapacidad. Algunas de estas reglas, en concreto las

⁵⁴ En similar sentido, respecto del Anteproyecto de 2018, Cf. Torres Costas, *op. cit.*, pp. 340 y ss.

⁵⁵ Cf. Vamey, E., *op. cit.*, p. 503.

que pretenden modificar el Código Civil, han sido también objeto de examen a fin de dar cuenta del profundo cambio que, de aprobarse, producirán en el derecho de daños español.