

ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL COMO CONSECUENCIA DEL NUEVO MODELO DE DISCAPACIDAD. EN ESPECIAL EN MATERIA DE SUCESIONES, CONTRATOS Y RESPONSABILIDAD CIVIL

María Paz García Rubio

Catedrática de Derecho Civil (Universidad de Santiago de Compostela)
Vocal Permanente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

TITLE: *Some proposals for reform of the Spanish Civil Code as a result of the new model of disability. Especially in Succession Law, Contract Law an Tort Law*

RESUMEN: En el presente artículo, la autora analiza algunas de las normas jurídicas que, dentro del Código civil, han sido objeto de modificación en el Anteproyecto de Ley elaborado por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, con el fin de adaptar este texto legal y otros complementarios a lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. Se detiene especialmente en los aspectos que afectan al Derecho sucesorio, Derecho de contratos y Derecho de la Responsabilidad civil. Asimismo, la autora llama la atención sobre la importancia de la reforma operada por este Anteproyecto y sobre la necesidad de modificar otros preceptos en distintas leyes.

ABSTRACT: *In this article, the author analyses the impact of the Proposal of the Spanish Law Commission aiming at adapting the Spanish Civil Code to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Dealing with the different parts of the Spanish Civil Code, the paper is dedicated mainly to the aspects that affect the inheritance law, contract law and tort law. The author also draws attention to the importance of the Proposal and the need to modify other provisions in different laws.*

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, Capacidad para testar, Capacidad para contratar, Culpa e imputabilidad, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

KEY WORDS: *Disability, Capacity to make a Hill, Capacity to contract, Fault and imputability, Convention on the Rights of Persons with Disabilities.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MODIFICACIONES PROPUESTAS EN MATERIA SUCESORIA. 3. MODIFICACIONES PROPUESTAS EN DERECHO DE CONTRATOS. 4. MODIFICACIONES EN AL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. 5. OTROS TEXTOS LEGALES QUE RESULTAN AFECTADOS. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El giro auténticamente copernicano que representa el nuevo modelo extraído de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con

discapacidad (CDPD) en lo que se refiere a la capacidad de las personas¹, implica que la reforma abordada en la Comisión General de Codificación (CGC) no puede quedar limitada a aquella parte del Código civil que tradicionalmente contiene las normas relativas a las personas con limitaciones en ejercicio de su capacidad. Muy al contrario, bien puede decirse que ese nuevo modelo constituye un auténtico *tsunami* que afecta a todo el ordenamiento jurídico, de suerte que prácticamente ninguna norma que implique ejercicio de derechos por parte de sujetos privados va a quedar inmune a la necesidad de adaptación.

La Sección Primera de la Comisión General de Codificación ha realizado su trabajo en el ámbito que le es propio, el Derecho civil, centrándose, como es lógico, en el Código civil, aunque sin olvidar la también necesaria alteración de varios preceptos de la Ley de Registro Civil o de la Ley Hipotecaria. Pero incluso limitándonos ahora al texto codificado, me atrevo a decir con bastante seguridad que estamos ante una de las reformas más importante realizada en este cuerpo legal desde la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, tal vez sólo comparable con aquellas que tuvieron lugar en 1981.

Centrándonos exclusivamente en las innovaciones que pretenden ser introducidas a lo largo y ancho del Código civil, comenzaré señalando que todo este revolucionario sistema implica la necesidad de reelaborar un nutrido número de preceptos en la sede tradicional dedicada a la capacidad de las personas, incluyendo lo relativo a la minoría de edad, que aquí se separa de las reglas destinadas a los mayores que precisan apoyo en el ejercicio de su capacidad. Además, resulta imprescindible realizar una adaptación cruzada de toda la regulación codificada en un sinfín de materias; así lo ha hecho el Anteproyecto al modificar algunas normas relativas al Derecho aplicable², la nacionalidad, las reglas sobre los efectos de las crisis matrimoniales, especialmente

¹ Sobre el origen, significado y alcance de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York en diciembre de 2006, que supone un cambio de paradigma en la comprensión de la capacidad, al pasar del llamado «modelo médico» al «modelo social», ya he tenido ocasión de escribir, en GARCÍA RUBIO (2018):147-155; añadido ahora que este cambio no deja de suscitar críticas, fundadas, sobre todo, en la falacia que representa la uniformización de todo tipo de discapacidades y en la imposibilidad de llevar a sus últimas consecuencias, como parece querer el Comité de Seguimiento de la Convención en su Observación General de 2014, los postulados de la misma en relación con las personas que sufren discapacidad psíquica y/o cognitiva, especialmente en los casos más graves; puede verse en este sentido crítico, ATIENZA (2016) y ALEMANY (2017).

² La RDGRN de 23 de marzo de 2018 (RJ 2018/1886) plantea un problema de Derecho internacional Privado en relación con las facultades representativas del encargado de proveer los apoyos de un ciudadano alemán, en un negocio jurídico realizado en España con acceso al Registro de la Propiedad. Se deniega la inscripción toda vez que la Dirección General considera que en el caso «de la escritura calificada no resulta ningún juicio o valoración del notario autorizante sobre la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto escriturado, conforme a la legislación alemana aplicable».

cuando hay hijos mayores de edad con discapacidad que precisen apoyo, lo que puede tener repercusiones, por ejemplo, en la atribución de la vivienda familiar, o las reglas sobre el establecimiento de la filiación cuando hay implicados progenitores o hijos con discapacidad. También en asuntos relacionados con el Derecho de familia ha sido necesario introducir cambios puntuales en algunos preceptos relativos a la sociedad de gananciales, cuando uno de los cónyuges precisare de medidas de apoyo.

En total, el Anteproyecto cambia más de ciento cincuenta artículos del Código diseminados por todos sus libros, sin que prácticamente quede sector alguno en el que la reforma no tenga alguna repercusión. Con todo, al margen de la sede principal en materia de persona a la que se dedican otros trabajos de este número monográfico, considero que los sectores más afectados van a ser el Derecho de sucesiones, el Derecho de contratos y el Derecho de daños o de la responsabilidad civil, ámbitos sobre los que en estas páginas realizaré comentarios y reflexiones que apenas pretenden ser un aproximación explicativa de algunos de los artículos modificados, pero que ni intentan ni pueden ser completos, tanto por lo que afecta a los preceptos modificados, como a la profundidad del análisis.

2. MODIFICACIONES PROPUESTAS EN MATERIA SUCESORIA

Comenzando con las normas sucesorias, resulta especialmente intensa la repercusión del Anteproyecto de Ley elaborado por la CGC en materia testamentaria. Sin ánimo de exhaustividad, se establecen unas nuevas reglas relativas a la capacidad de testar, tema que siempre ha tenido gran interés práctico como demuestran la mucha literatura jurídica recaída y las abundantes decisiones judiciales que ha ocasionado³.

Se mantiene el tenor del vigente art. 662 CC que autoriza a testar a todos aquellos a quienes la ley no se lo prohíbe expresamente, pero se modifica el número segundo del artículo 663 CC, eliminando la vetusta regla que no permite testar a quien habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio; en su lugar se impide testar a «la persona que en el momento del otorgamiento (del testamento) tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello». Con ello se subraya la idea de que en el nuevo sistema no es admisible en modo alguno una inhabilitación judicial *ex ante* para testar, de modo que dicha capacidad ha de ser juzgada únicamente en el momento de hacer el testamento, usualmente por el notario y, en su caso, por los facultativos que este designe. Esta es ya la tesis que mantiene en alguna de sus últimas

³ Entre lo más reciente, MESA MARRERO (2017), *passim*, en una obra que recoge la abundante práctica judicial sobre el tema.

decisiones el Tribunal Supremo bajo la vigencia de la normativa actual, en un intento, creo que afortunado, de interpretación de esta según los dictados de la CDPD⁴.

Al respecto, el proyectado artículo 665 CC establece que «Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud». Aunque los sectores más partidarios de una interpretación radical de la CDPD probablemente consideren que el texto transcrito mantiene resabios de la concepción médica de la discapacidad que deberían ser eliminados, lo cierto es que en él queda claro que el ejercicio de la capacidad de testar corresponde a todas las personas en igualdad de condiciones y que, ante un testamento notarial y exclusivamente en el momento del otorgamiento, el notario que tenga dudas sobre la comprensión por el interesado de lo que está haciendo, puede acudir al auxilio de los peritos especialistas que le asesoren sobre la capacidad de comprensión del testador. Con todo, será el notario quien habrá de tomar la decisión final, de suerte que no estará vinculado por el dictamen de los citados especialistas. Es más, considero que, en muchos casos, especialmente ante los testamentos que pudiéramos llamar sencillos, el notario será precisamente el apoyo puntual adecuado que el testador precisa para el correcto ejercicio de su capacidad, pues su competente asesoramiento puede ser suficiente para eliminar las dificultades que comprensión que la persona pudiera tener. Creo firmemente que tal intervención notarial, asistiendo al testador y ayudándole a comprender la trascendencia de las decisiones que está tomando, constituye un genuino apoyo en el sentido exigido por el artículo 12 CDPC cuando en su párrafo tercero dispone «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»⁵. Al respecto, cabe considerar que el estándar reclamado por el notario y sus posibilidades de apoyo efectivo pueden ser muy distintas según lo que pretenda la persona que desea testar, puesto que las disposiciones *mortis causa* pueden ser muy sencillas o enormemente complejas, y la capacidad de entender y querer aquellas y estas dista mucho de ser única e intangible.

Es muy importante en este punto reflexionar sobre los testamentos revocatorios de otros anteriores; no es infrecuente hoy en día el caso de personas que otorgaron en su

⁴ Por ejemplo, entre las últimas, STS 146/2018, (RJ/2018/1090), de la que ya me ocupé en GARCÍA RUBIO (2018).

⁵ Como ya señaló NIETO ALONSO (2018): 265-266. La Observación General de 2014 recuerda que el apoyo es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona discapacitada.

día testamento y posteriormente fueron perdiendo parte de sus facultades volitivas o intelectuales, a pesar de lo cual, por razones muy diversas y a veces muy sólidas, saben que quieren revocar aquellas disposiciones *mortis causa* que en su día hicieron. Habiendo sido incapacitadas judicialmente, muchas de esas personas se están viendo privadas de la facultad de hacer un nuevo testamento revocatorio del anterior, situación que resulta a mi juicio totalmente inadmisibles ya hoy y que en ningún caso puede tener cabida en el nuevo sistema.

Por otro lado, también en materia testamentaria el artículo 695 CC que se propone admite que en el testamento abierto «el testador pueda expresar su última voluntad por cualquier medio técnico, material o humano». Se añade además que «si el testador tiene dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad»⁶. Se trata de uno de los contados preceptos del Anteproyecto que están fundamentalmente dirigidos a discapacidades de índole sensorial (sobre todo las que afectan a la vista y al oído), puesto que la mayor parte de la propuesta de la CGC se dirige de modo prioritario a regular los apoyos que precisan las personas con discapacidades de índole cognitiva o en la toma de decisiones, que son precisamente aquellas a las que usualmente se les ha negado la plena capacidad jurídica en el sentido del art. 12 de la CDPD.

No obstante, también tienen especial relevancia, entre los preceptos que afectan a la discapacidad sensorial en sede testamentaria, las innovaciones ofrecidas en el Anteproyecto en materia de testigos en el testamento abierto, así como en lo que incumbe a la capacidad para hacer un testamento cerrado⁷. En ambos casos se trata de modificaciones intensamente reivindicadas por las entidades que abogan por el pleno respeto de los derechos de las personas con discapacidad, en general muy molestas con unas reglas como las contenidas en el vigente artículo 697 CC, precepto que impone la necesidad de testigos en el testamento abierto de las personas ciegas o enteramente sordas, lo que según el criterio de esas entidades suponía restricciones y cargas añadidas que no se exigían a los demás⁸. Atendiendo a esas razones, la CGC

⁶ Reforma que ya se hizo en Alemania, tras una sentencia de su Tribunal Constitucional de 1999, que obligó a modificar los §§ 2232 y 2233 BGB en materia de testamento público, como señala RAUSCHER, (2010).

⁷ Sobre los problemas que plantea la regulación actual del Código sobre las formas testamentarias y su relación con las exigencias de la CDPD, TORRES GARCÍA/GARCÍA RUBIO, (2014):59 ss.

⁸ En un documento presentado en enero de 2017 por CERMI, entre otras cosas, decía que «El texto vigente del artículo citado del Código Civil adolece de una visión paternalista hacia las personas con

propone una nueva redacción del citado precepto donde se elimina la exigencia de los testigos en los testamentos abiertos otorgados por personas con discapacidad auditiva y/o visual, las cuales contarán, si lo precisan, con el apoyo que deriva de la reforma del artículo 695 CC que se ha mencionado en el párrafo precedente, todo con el fin de asegurar que el documento notarial elaborado sea expresión fiel de la voluntad del testador.

A pesar de su escasa relevancia práctica por su falta de uso, tiene un importante significado testimonial la reforma propuesta en materia de testamento cerrado. Descrito como una forma testamentaria caracterizada por la certeza de su otorgamiento y el secreto de su contenido⁹, por lo que tradicionalmente, y con el fin de evitar fraudes, ha estado vedada a las personas que sufren determinadas discapacidades sensoriales, muy señaladamente los ciegos y, con limitaciones, a las personas que no pueden hablar.

En la convicción de que se trataba de normas discriminatorias, la CGC introduce en el párrafo tercero del artículo 706 CC la posibilidad de que testamento cerrado se haga en soporte electrónico, supuesto en el que será precisa la firma electrónica reconocida, que también es accesible a las personas con discapacidades sensoriales. Además, se modifica sustancialmente el artículo 708 CC para eliminar la prohibición del testamento cerrado a las personas ciegas, sustituyéndola por una previsión según la cual «Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que le permitan escribirlo y leerlo, y se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código». Asimismo, se añade un último párrafo al artículo 709, que dice así: «Las personas ciegas o con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que le permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por él». Ambas disposiciones permiten adaptar la norma a la evolución técnica que, muy lejos de lo que sucedía en la época codificadora decimonónica, permite a las personas con discapacidades sensoriales severas ejercer con plenitud sus derechos.

discapacidad, imponiéndole un trato desigual y mayores cargas que al resto de testadores sin discapacidad, comprometiendo además su derecho al sigilo respecto de su voluntad testamentaria, por cuanto la exigencia de testigos en el acto de otorgamiento les hace a estos conocedores de la misma. La redacción del artículo señalado debe modificarse para suprimir cualquier restricción o carga desproporcionada hacia las personas con discapacidad en la realización de un negocio jurídico tan esencial como el testamento, por lo que plantea la reforma del precepto.

⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, (2011):424-425; también, OTERO CRESPO (2011):485. No obstante, los arts. 706 y 707 ponen de manifiesto la relatividad del «secreto del contenido», puesto que puede ser «escrito por otra persona a ruego del testador».

Ya pensando de nuevo en el ámbito de las discapacidades de naturaleza cognitiva y en la toma de decisiones, se introducen algunas modificaciones en sede de incapacidad relativa para suceder, las cuales afectan a los titulares de los apoyos que tuvo en su día la persona fallecida y a las personas e instituciones que se dedicaron a su cuidado, así como a los administradores y empleados de estas. Es este un asunto del que ya he tenido ocasión de ocuparme en varios trabajos precedentes¹⁰, pues me parece especialmente importante en una época en la que son muchas las personas discapacitadas, especialmente mayores, que necesitan cuidados y que pueden encontrarse en una especial situación de vulnerabilidad a la hora de redactar su testamento frente a quienes se ocupan de su cuidado. El proyectado artículo 753 CC introduce un nuevo supuesto de incapacidad relativa para suceder: la del curador representativo del testador¹¹, salvo cuando el testamento se haya hecho después de la extinción de la curatela, caso en el que ya no parece amenazada la integridad de la voluntad del disponente *mortis causa*.

Con la referencia impagable de varios modelos comparados, pero adoptando una solución propia, también se considera incapaces para suceder a las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia a quienes «sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos». En el caso de los cuidadores personas físicas donde existe una evidente tensión entre el peligro de influencias indebidas y el deseo de gratificar y agradecer la dedicación y hasta el sacrificio que representa el cuidado personal, se ha optado por seguir el modelo catalán¹², y se pide que la atribución *mortis causa* se haya hecho en testamento abierto con el fin de que el notario controle la ausencia de presiones o influencias indebidas en la voluntad del testador.

Una opción del Anteproyecto de Ley que, sin lugar a dudas, puede ser controvertida es la eliminación de la sustitución ejemplar a través de la supresión del artículo 776 CC. El mayor de catorce años podrá hacer testamento en los términos generales y con los apoyos que requiera, que en ningún caso pueden significar que el que suministra el apoyo llegue a sustituir en su actuación al testador, consecuencia que además

¹⁰ TORRES GARCÍA/GARCÍA RUBIO, (2014): 178 ss.; GARCÍA RUBIO 1ª ed. (2011): 616 ss. y 2ª ed. (2016):609 ss.; GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, (2011): 225 ss.

¹¹ La referencia al tutor lo es al del menor de edad, ámbito al que en el Anteproyecto queda restringida esta figura tuitiva.

¹² Artículo 412-5.2 CCCat., conforme al cual «Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio».

cohonesta con el tradicional principio del carácter personalísimo del testamento (artículo 670 CC). Puede discutirse si este carácter personalísimo debería ser sometido a revisión en casos extremos en los que la persona que desea testar no puede hacerlo por no superar las exigencias del artículo 665 CC, o en aquellos otros en los que quien en su día no precisó o superó dichas exigencias y testó de forma impecable, ha perdido la mayor parte de sus facultades volitivas y cognitivas, pero que, a pesar de ser esa su voluntad, no pueda revocar por sí solo el testamento que en su día otorgó y del que ahora se arrepiente¹³; de ser oportuna esa revisión, no se ven razones sensatas para limitar esa posibilidad de «testar por otro» (o «con ayuda de otro») a las ascendientes de las personas con discapacidad¹⁴, como ahora hace la norma contenida en el citado artículo 776.

También en sede sucesoria se mantiene la posibilidad de gravar la legítima para favorecer a descendientes con discapacidad (artículo 782 y 808 CC), así como el derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor del legitimario discapacitado (artículo 822 CC). También se prevé que no estarán sometidos a colación los gastos destinados a cubrir las necesidades especiales a favor de los hijos con discapacidad (artículo 1041 CC). En todos estos casos estamos ante discapacidades que, de nuevo por excepción, van más allá del ámbito estrictamente cognitivo, para afectar también a quienes tienen alguna discapacidad de índole física («una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma», o «necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por sus circunstancias físicas o psíquicas», según el tenor de los preceptos citados).

3. MODIFICACIONES PROPUESTAS EN DERECHO DE CONTRATOS

Muy importantes y numerosas son las alteraciones introducidas por el texto elaborado por la Comisión General de Codificación en el ámbito de los contratos, área en la que

¹³ Un cierto vestigio de esta posibilidad pudiera atisbarse en la STS de 24 de junio de 2013 (RJ 2013/3948) en la que literalmente se afirma, en relación con la capacidad de una determinada persona sometida a curatela lo siguiente: «En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa, pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su capacidad». No obstante, esta posibilidad de que el curador complemente la capacidad de disposición *mortis causa* (capacidad de testar) más bien parece en el contexto de la sentencia un *lapsus* no voluntario, que una excepción consciente al principio del carácter personalísimo del testamento.

¹⁴ La consideración de que la sustitución ejemplar supone «testar por otro» queda más clara una vez asumida la llamada «tesis amplia o extensa» por el Tribunal Supremo (STS 14 de abril 2011, RJ 2011/2753)), y seguida por la Dirección General de Registros y Notariado; entre las últimas, la RDGRN de 10 de mayo de 2018, (RJ, 2018/2484) que directamente dice que «el ascendiente otorga testamento en representación del sustituido».

ha sido necesario buscar el equilibrio entre las nuevas ideas sobre la más amplia capacidad posible de actuación de las personas adultas con discapacidad y la protección de los derechos de los terceros de buena fe con quienes aquellos pueden llegar a celebrar todo tipo de acuerdos. Con ese objetivo se han alterado bastantes normas en un momento especialmente inseguro, toda vez que sigue pendiente la modificación integral de este sector del ordenamiento, demandada desde ámbitos tanto académicos como prácticos, modificación que tiene en la Propuesta de Modernización del Código Civil elaborada por la propia CGC y publicada en 2009 un punto de partida ineludible que también ha de ser objeto de actualización.

Limitándome ahora a lo que altera el Anteproyecto de Ley en materia de discapacidad en esta parte, comienzo por mencionar una leve modificación en materia de teoría general de la obligación y, más en concreto, en el pago, donde el artículo 1163 CC ha de ser adaptado a la nueva concepción de la discapacidad y a su nueva terminología. Según el tenor proyectado del citado precepto «El pago hecho a una persona que estuviese en situación de precisar medidas de apoyo para recibirlo, aunque estas no estuvieran establecidas, será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad», lo que mantiene el criterio actual que atribuye el riesgo del pago en este tipo de casos al deudor quien, en su caso, tendrá que probar que le fue útil al acreedor¹⁵.

Pero sin duda, dentro de este sector las disposiciones más innovadoras entre las que se proyecta modificar son aquellas que se refieren a la validez y eficacia del contrato. Son preceptos que se innovan en consonancia con el criterio fundamental dimanante del artículo 12.2 CDPD según el cual «Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones *con las demás en todos los aspectos de la vida*», y teniendo muy presente que por capacidad jurídica ha de entenderse tanto la titularidad de los derechos como la capacidad para ejercerlos¹⁶. Por tanto, la regla general es que el consentimiento contractual habrá de ser prestado por la persona que proyecta celebrar el contrato, si bien esta puede o no, según cuál sea la complejidad del negocio concreto, necesitar de un apoyo de mayor o menor intensidad para que la integridad de dicho consentimiento quede asegurada; tal es el sentido que pretende el nuevo párrafo del artículo 1263 CC cuando señala que «Las

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, (2008):563.

¹⁶ Según ha señalado expresamente la Observación General n.º 1 del Comité de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, publicada en 2014, que insiste en que la igualdad en la capacidad jurídica incluye ambos aspectos. Especialmente crítico con esta Observación se muestra ALEMANY (2018):214, al considerar que con el propósito legítimo de luchar contra las discriminaciones que, sin lugar a dudas, sufren las personas con discapacidad, se termina desconsiderando los intereses de importantes grupos de personas con discapacidad mental, para las que a la postre sería una falacia reconocer su capacidad de obrar.

personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas»¹⁷. Añado que estas medidas de apoyo solo excepcionalmente implicarán la representación por parte del sujeto que lo preste, quien solo en los supuestos donde no quepa otra solución¹⁸, sustituirá a la persona con discapacidad en el acto de celebrar el contrato, debiendo además respetar siempre su voluntad, deseos y preferencias¹⁹.

Como consecuencia de este planteamiento sufren cambios de interés y relevancia las normas sobre la rescisión y las relativas a la anulabilidad de los contratos. Comenzando por aquellas, se propone dar nueva redacción al número 1.º del artículo 1291, precepto que ya en la versión vigente tiene un ámbito de aplicación muy limitado, puesto que, según consideración común de la doctrina, se refiere a únicamente a los contratos que según los actuales artículos 271 y 272 CC, a pesar de recaer en la actuación representativa del tutor del menor o incapacitado, no requieren autorización judicial por su escasa transcendencia jurídica y/o económica, razón por la cual solo serán atacables si se produce lesión en los términos señalados por la norma, cúmulo de requisitos que hacen muy improbable su aplicación²⁰. Así entendido, estimo la redacción propuesta por la CGC reduce todavía más esa probabilidad.

En efecto, el tenor propuesto para el 1291.1.º es el siguiente: (Son rescindibles) «Los contratos que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores, los apoderados y mandatarios preventivos o los curadores con facultades de representación, cuando las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos». Dejando al margen la referencia al tutor, ahora limitada a los menores de edad, la norma afectará únicamente a aquellos contratos en los que el curador o el designado en el poder preventivo actúen como genuinos representantes de la persona necesitada

¹⁷ Se modifica también el artículo 1263.1 CC en relación con la capacidad para contratar de los menores de edad, a pesar de que este precepto ha sido objeto de nueva redacción en 2015 para adaptarlo a la realidad y a la progresiva adquisición de capacidad de actuar jurídicamente de los menores. Sin embargo, en la redacción vigente dimanante de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia se formula la norma en términos negativos; la CGC ha preferido cambiarla a la formulación positiva que reconoce la capacidad para contratar del menor en sus justos términos, y no como una mera excepción a una presunta regla general contraria.

¹⁸ O lo haya dispuesto el propio interesado a través de un poder o mandato preventivo.

¹⁹ El Anteproyecto, por tanto, no elimina el mecanismo sustitutivo como pretende la Observación General nº 1 de 2014, pero trata de restringirlo al máximo, cumpliendo con los dictados del artículo 12 «en la medida de lo posible», como propone ATIENZA (2016).

²⁰ DELGADO ECHEVERRÍA (1987): 4004-405 considera la norma del artículo 1291.1.º como la última huella – casi un fósil– del instituto de la *restitutio in integrum*; destacan ese carácter residual de la regla, entre otros, DE PABLO CONTRERAS (2000):458; GARCÍA VICENTE (2013): 9204-9205; ORDUÑA MORENO, (2016):686-687.

de apoyo, y lo hagan además fuera de los actos y contratos que se contienen en la extensa lista del proyectado artículo 285 CC, precepto que recoge un detallado elenco de actos donde se incluyen todos los que tienen cierta importancia jurídica o económica.

A todo ello hay que añadir limitaciones derivadas del nuevo sistema. En el caso del curador, la excepcionalidad de la actuación representativa va a significar, con bastante probabilidad, la práctica desaparición de ese tipo de actos «intrascendentes», salvo que se trate de una representación genérica derivada de la situación de absoluta falta de capacidad de entender, querer o decidir de la persona con discapacidad, de modo que la posible lesión parece que solo puede ser ocasionada por este tipo de curadores. En la hipótesis de los apoderados preventivos, será el autor de la provisión quien podrá establecer las reglas oportunas, tanto respecto a los actos para los que, en su caso, ha de precisarse la autorización judicial, como en lo que atañe a la sanción que pudiera derivarse de su falta; esta reglamentación voluntaria, de existir, prevalece sobre lo previsto en la norma legal en atención al principio de subsidiariedad de las medidas legales en relación con las voluntarias, el cual obliga a fijarse prioritariamente en la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En el supuesto de que el poder preventivo lo sea para todos los negocios del otorgante, el proyectado artículo 257 CC ordena aplicar el régimen de la curatela, lo que deja el resquicio a la improbable aplicación del artículo 1291.1.º CC en los mismos términos que el curador genérico, a salvo siempre de la hipótesis en la que el poderdante haya previsto otra cosa, lo que todavía la hace más inverosímil. En definitiva, si ya el artículo 1291.1.º CC en su formulación vigente tiene una función marginal, y si tal marginalidad lo será todavía más con el nuevo régimen de la discapacidad, cabría preguntarse si no merece la pena que desaparezca, al menos para este último caso.

Todavía en sede de rescisión se modifica el texto del artículo 1299 CC, en relación con el *dies a quo* para computar el plazo de caducidad de la acción, básicamente para adaptarlo a la nueva terminología. El precepto que se propone dice así: «Para los menores sujetos a tutela, para las personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo que establezcan facultades de representación, y para los ausentes, los cuatro años no empezarán a computarse hasta que se extinga la tutela, la medida representativa de apoyo o cese la situación de ausencia legal». Aquí también hemos de reconocer el escaso margen de aplicación de la norma en el supuesto de las medidas representativas de apoyo, pues si, como antes se dijo, la improbable aplicación de la rescisión por lesión queda limitada únicamente a las curatelas representativas genéricas y a los poderes preventivos igualmente genéricos que, en este último caso, no prevean sus propias sanciones ante actos lesivos del apoderado, va a resultar

prácticamente imposible que las personas con discapacidad afectadas, que por hipótesis son las necesitadas del apoyo más intenso posible, vayan algún día a ver extinguida la medida que requieren; excepto, quizás, cuando la extinción se produzca por su fallecimiento y en el que puede considerarse, si fuera de interés, la extensión de la legitimación activa a sus sucesores *mortis causa*.

Tienen destacada importancia las modificaciones proyectadas en materia de anulación de los contratos celebrados por personas con discapacidad. En este punto se ha optado por respetar al máximo el orden que guardan los preceptos vigentes en relación con su contenido, aunque probablemente en la futura reforma integral del Libro VI del Código civil este orden haya de ser repensado.

El propuesto artículo 1301 CC se refiere, como ahora, a la acción de anulabilidad y a su *dies a quo*. Zanjando cualquier polémica que pudiera existir al respecto y siguiendo la opinión mayoritaria²¹, se opta por calificar directamente la acción, al establecer que «la acción caducará» en lugar del ambiguo término actual «durará». Se mantiene el texto actual en lo que afecta a los vicios del consentimiento, aunque desaparece la referencia a la falsedad de la causa.

Pero, como lógica consecuencia del nuevo sistema, se prefiere regular en párrafos separados el cómputo del plazo de la acción en el caso de los contratos celebrados por los menores, por un lado, que no se iniciará hasta que alcancen la mayoría de edad; y por otro, el de los que han sido celebrados por las personas con discapacidad sin el apoyo que precisaban para hacerlo, única situación que justifica la anulación del negocio, puesto que si no requerían de ningún apoyo para realizar ese concreto contrato, aunque lo necesitaran para otro tipo de asuntos, el contrato será perfectamente válido y eficaz. En el caso de que no hayan contado con el apoyo preciso, el plazo para ejercitar la acción de anulabilidad, pensada como es sabido en términos relativos precisamente para la protección de la persona con discapacidad²², será de cuatro años desde que dejase de precisarse el apoyo²³. El riesgo evidente de que la necesidad de apoyo se dilate o de que se trate de una discapacidad destinada a durar

²¹ Sobre la prescripción o caducidad de la acción de anulación de los contratos, expone las posturas diversas sustentadas por la doctrina española, basadas en las distintas concepciones sobre la construcción técnica de la anulabilidad, CAÑIZARES LASO, (2001):139 ss.

²² Señala Díez-PICAZO, (2007): 595 que como se trata de un medio de protección de intereses, la acción de anulación se concede exclusivamente a la persona que es titular del específico interés que se trata de proteger.

²³ Según el último párrafo del proyectado artículo 1302 CC «Las personas capaces para contratar no podrán, sin embargo, alegar la minoría de edad o la discapacidad de aquéllos con los que contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato».

sine die, debe conjugarse con la imprescindible necesidad de estabilidad de las relaciones jurídicas, que no pueden estar eternamente pendientes o en situación de interinidad, razón por la cual en todo caso la acción se entiende caducada a los cinco años de la celebración del contrato.

Es el artículo siguiente, el 1302 CC, el que continúa regulando, como ahora, la legitimación para el ejercicio de la citada acción (lo que en términos lógicos precede al tema del plazo). De nuevo, a diferencia de lo que hace el precepto vigente se opta aquí por separar el supuesto de los contratos celebrados por menores de edad, de aquellos en los que ha sido parte la persona con discapacidad²⁴. En este segundo caso, el texto del Anteproyecto señala que «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 aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo, por ellas mismas cuando dichas 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». El precepto distingue así tres situaciones diversas: primera, que la acción la ejercite el encargado de proveer el apoyo del que la persona con discapacidad prescindió y que justifica la anulación del contrato; la segunda, que la acción la ejercite la persona con discapacidad sin contar con apoyo alguno, porque ya no lo precisa al haber cesado esa necesidad; tercero, que la ejerciten los herederos de esta misma persona, quienes únicamente estarán legitimados cuando la persona con discapacidad haya fallecido antes de que transcurra el plazo de caducidad de la acción, y por el tiempo que falte para hacerlo.

Debe hacerse notar que no se incluye de modo expreso en la sanción de anulabilidad aquellos contratos que, cayendo en el ámbito del artículo 285 CC, hubieran sido celebrados por el curador con facultades de representación de la persona con discapacidad sin contar con la exigible autorización judicial. Aunque a primera vista pudiera parecer una omisión imperdonable, también puede interpretarse como una opción querida, al considerar que la actuación del curador representativo no legitimado por una autorización judicial queda asimilado al representante sin poder y, por tanto, al régimen del artículo 1259 CC.

²⁴ Para los que el precepto proyectado pasa a decir «Los contratos celebrados por menores de edad podrán ser anulados por sus representantes legales o por ellos cuando alcancen la mayoría de edad. Se exceptúan aquellos que puedan celebrar válidamente por sí mismos. También podrán ser anulados los contratos celebrados por los representantes legales de los menores sin la pertinente autorización judicial».

Es cierto que la mayor parte de la doctrina, así como los legisladores aragonés²⁵ y catalán²⁶, se pronuncian por la anulabilidad de este tipo de actos, que también parece ser la opción tomada por la jurisprudencia más reciente. Entre las últimas decisiones cabe dictar la STS de 10 de enero de 2018²⁷, cuya lectura, sin embargo, lejos de desacreditar la otra opción parece reforzarla; ello porque aunque en el sistema derivado del Código civil actual el tipo de ineficacia de que adolecen los actos de enajenación realizados por el representante legal sin previa autorización judicial, tanto en el caso de los menores como de las personas con capacidad modificada, pudiera ser la anulabilidad y no la nulidad derivada del artículo 1259 CC, las razones que, según la citada sentencia, sustentan tal criterio me parecen adecuadas para el caso de los menores, pero mucho más discutibles en el nuevo sistema cuando se trata de personas con discapacidad. Si, como se dice en la aludida sentencia, «la finalidad de la exigencia de autorización judicial para los actos realizados por el tutor (...) se dirige, por el contrario, a garantizar que los actos realizados por el tutor y que pueden comprometer de manera importante la entidad del patrimonio del tutelado se realicen en su interés»²⁸, parece que la respuesta no tiene por qué ser la misma para los representantes de los menores - marco en el que rige el interés del menor como derecho subjetivo y como principio general y donde sí creo que debería optarse por la anulabilidad-, que para las personas con discapacidad - ámbito en el que ya no va a gobernar el mencionado principio, sino el de la voluntad, deseos y preferencias de esa persona, que pueden expresarse, por ejemplo, a través de la ratificación *ex post* del acto realizado por quien era su representante pero se excedió en su actuación, bien porque contrató fuera de su poder de representación, bien porque lo hizo sin la autorización judicial requerida-. En los casos más difíciles, en los que el interesado no pueda expresar esa voluntad *ex post* y la actuación indebida del curador no haya sido útil a la persona con discapacidad²⁹ e implique «incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio», podría considerarse la remoción del curador³⁰. Con todo, la opción por una u otra sanción, nulidad o anulabilidad, puede, y

²⁵ Artículos 19 y 39 CDF Aragón.

²⁶ Artículo 222-46 CCCat.

²⁷ RJ 2018/156.

²⁸ La cursiva es añadida. Continúa diciendo la sentencia: «Más allá del control genérico de los informes periódicos o de la rendición de cuentas, se trata de que el juez pueda ponderar la necesidad, la conveniencia o la oportunidad de celebrar actos de transcendencia económica y de que los mismos se celebren *en beneficio del tutelado atendiendo a sus circunstancias personales, pero también a criterios objetivos*».

²⁹ Caso en el que se puede aplicar el criterio del proyectado art. 262CC.

³⁰ La sanción será la misma en el caso del guardador de hecho que, necesitando autorización judicial en virtud de lo previsto en el art. 261 CC, según el Anteproyecto, realice un contrato sin contar con ella; con el Derecho vigente, la STS 17 de marzo de 2016 (RJ/2016/845), se plantea de lo que se trata es de un asunto de interpretación y aplicación del artículo 304 CC, esto es, de actos realizados por el guardador de

probablemente debe, ser repensada de cara a la futura reforma del Derecho de contratos.

Por otra parte, también quiere cerrar el Anteproyecto de Ley la disputa académica actualmente existente sobre la calificación del tipo de invalidez del contrato celebrado por la persona que no poseyendo capacidad de entender o de querer -la llamada capacidad natural para contratar-, no tiene judicialmente modificada su capacidad -el incapaz no incapacitado, en terminología todavía más arcaica-. Sabido es que para un sector de la doctrina este contrato ha de ser considerado nulo por falta de consentimiento³¹, mientras que para otro estaremos ante un contrato anulable al igual que sucede en los supuestos del contrato celebrado por el judicialmente incapacitado³².

Adaptando la hipótesis a la nueva situación de las personas con discapacidad, se propone que el párrafo tercero del citado artículo 1302 CC tenga el tenor siguiente: «Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal». Se trata de una persona que, precisando de apoyo para otorgar el consentimiento contractual de que se trate, carece de dicho apoyo, de modo que ese consentimiento puede no haber sido íntegro. La opción por la anulabilidad se toma en la creencia de que esta figura es la que mejor sirve a la situación de dicha persona, en cuya esfera, por sí solo o con el apoyo preciso, se situará en exclusiva la facultad de decidir si mantiene o no el contrato. En este caso, al no existir entre los legitimados para ejercitar la acción la persona encargada de prestar apoyo, su falta queda cubierta por la legitimación concedida al Ministerio Fiscal en su función tuitiva del interés público y, en particular, de las personas especialmente vulnerables.

hecho en los que la cuestión a decidir es si redundaron o no en utilidad del discapacitado; si no lo han hecho, considera el alto tribunal que ha de aplicarse la norma general dimanante del artículo 1259 CC, lo que supone su nulidad de pleno derecho, salvo la posterior ratificación, así como la necesidad de restituir las cantidades que se habían movido en virtud de los actos nulos. Resulta curioso que la sentencia, no obstante apreciar la nulidad de los actos realizados por el guardador e imponerle la obligación de restituir las cantidades procedentes del patrimonio de la persona incapacitada en beneficio de la herencia, reconoce de manera expresa que fue el guardador, y no quien le venció en juicio, quien ejerció las labores de cuidado y administración del patrimonio en cuestión, lo que probablemente le costó tiempo y esfuerzo, como también se dice en la sentencia.

³¹ Así, por ejemplo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2000):328, en el caso de que el contratante carezca de capacidad de entender y de querer.

³² DIEZ-PICAZO, (2007):171-172; DELGADO ECHEVERRÍA, (1995):356 ss; también es el criterio del artículo 37 CDF Aragón. En la jurisprudencia, la STS 17 de marzo de 2016 (RJ/2016/845), admite el carácter discutible y discutido de la sanción que ha de corresponder a los contratos y actos jurídicos celebrados por los incapaces no incapacitados; menciona la sentencia una serie de decisiones jurisprudenciales que optan por la nulidad de pleno derecho, aunque acepta que pudiera plantearse un cambio en la jurisprudencia a favor de la anulabilidad.

Una duda plantea, sin embargo, el texto que se ha transcrito. Este precepto parte de la situación de que no estuvieran establecidas medidas de apoyo, lo que me lleva a preguntar si se ha de considerar o no incluida en esta regla, o más bien en la del anterior párrafo del artículo 1302 CC, la situación en la que la persona con discapacidad cuenta con un guardador de hecho que hubiera debido ser el apoyo preciso en la celebración del contrato, pero de quien el interesado prescindió. En este caso existe una persona encargada del apoyo, pero genuinamente no está establecida una medida, puesto que ni la designó el propio interesado a través de un poder o mandato preventivo, ni ha sido nombrada por la autoridad judicial, sino que es un apoyo de naturaleza meramente fáctica. Al respecto mi impresión es que la nueva concepción de la guarda de hecho que dibuja el Anteproyecto, donde esta se considera una más de las medidas de apoyo, destinada a permanecer cuando se muestra como adecuada y suficiente, conlleva que en este caso la legitimación para anular el contrato corresponde también al guardador, no siendo necesario el recurso al Ministerio Fiscal.

Otros dos preceptos situados en sede de anulabilidad son objeto de reforma en este Anteproyecto de Ley. El artículo 1304 CC, se redacta con el siguiente tenor: «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»; se sigue el mismo criterio actual, que es también el del antes referido artículo 1163. Finalmente, siguiendo la misma línea en esta materia, el segundo párrafo del artículo 1314 CC se adapta a la nueva situación con el siguiente tenor: «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».

En el sector relativo al Derecho contractual el Anteproyecto también incluye modificaciones concretas en la sede de algunos contratos especiales.

En materia de compraventa se propone la alteración del supuesto primero del artículo 1459 CC que, como es bien conocido, desborda en realidad el marco de este tipo contractual, al establecer los casos en los que se prohíbe, como regla general, la autocontratación³³. Ante una situación jurídica que envuelve una actuación representativa, se trata de evitar el *ex ante* el conflicto de intereses que sin duda puede darse entre el representado y su representante en los casos en los que este pretenda adquirir bienes de aquel; para ello se propone que no pueden adquirir por compra,

³³ Díez-PICAZO, (2007):222 y ss.

aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona interpuesta «1.º Los que desempeñen cargo de tutor o curador, los bienes de la persona o personas a quienes representen». Esta prohibición afecta únicamente a los curadores representativos y solo si el acto en cuestión implica la actuación sustitutiva, siempre con la salvedad de los supuestos en los que, según las reglas generales aplicables a este tipo de situaciones, el conflicto de intereses no se pueda producir³⁴. No se modifica, en cambio, el número segundo del mismo precepto, el cual también prohíbe a los mandatarios la compra de los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados. Entiendo que esta es la regla aplicable cuando el apoyo de la persona discapacitada provenga de un poder y mandato preventivo, esto es, dispuesto en su día por la el poderdante en previsión de su futura discapacidad, modalidad de apoyo fundada en la autonomía de la voluntad del poderdante y en su absoluta soberanía, por lo que ninguna prohibición existirá si en el poder concedido o en el contrato de mandato celebrado en su momento se permitía la autocontratación³⁵.

Otro de los preceptos afectados por este Anteproyecto que venimos comentando es el artículo 1548 CC, situado entre las disposiciones generales en materia de arrendamientos. Además de eliminar la incoherente mención a los incapacitados, se propone la introducción de un segundo párrafo en el que, a efectos de decidir si la persona encargada de prestar apoyo puede o no dar en arrendamiento los bienes de la persona a quien se lo presta y en qué condiciones, se dice simplemente que «El curador de la persona con discapacidad con facultades de representación se ajustará a lo dispuesto en la resolución que establezcan las medidas de apoyo»; en consecuencia, únicamente el curador representativo podrá actuar en sustitución del titular de los bienes con discapacidad en este tipo de contratos cuando en el procedimiento de provisión de apoyos se le ha autorizado para dar en arrendamiento los bienes de la persona a la que representa. No obstante, la necesaria coordinación con lo dispuesto en el artículo 285.2.º obliga a considerar que tratándose de arrendamientos de bienes inmuebles por un tiempo superior a seis años se requerirá además la pertinente autorización judicial, lo cual tal vez resulte reiterativo. En los demás casos el arrendamiento será celebrado por el interesado con el apoyo que precise.

El artículo 1732 CC regula los supuestos de revocación del mandato y también ha sido objeto de innovación en el texto que venimos comentando. Desaparece el último párrafo que había sido introducido por la Ley 41/2003, precisamente para dar cobijo a los poderes y mandatos preventivos, figuras que ahora son reguladas de manera más

³⁴ Díez-PICAZO, (2007):226-227.

³⁵ Díez-PICAZO, (2007):225.

completa, si bien no en esta sede, sino en la que le es propia, es decir, entre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. No obstante, en coherencia con el nuevo régimen que se quiere establecer, el cual posibilita la coexistencia y convivencia de distintos tipos de medidas de apoyo, sí ha sido necesario modificar la segunda de las causas de extinción del mandato.

Es lógico que la incapacitación deje de ser causa legal de extinción del mandato, puesto que ya no va a haber ni incapacitados ni personas con la capacidad judicialmente modificada, pero es que además tampoco el establecimiento judicial de una medida de apoyo puede significar la automática extinción del poder preventivo, pues tal norma sería contraria al principio de subsidiariedad de las medidas institucionales sobre las voluntarias, principio que constituye uno de los pilares del Anteproyecto de Ley que nos ocupa. Solo en un caso se prevé la mencionada extinción, que es «cuando respecto de este se dispongan judicialmente medidas de apoyo que impliquen representación plena», lo que únicamente concierne al curador con facultades de representación *tout court*. Pero como he dicho ya en otro lugar³⁶, esta situación será en el nuevo sistema absolutamente excepcional, pues está pensada solo para los casos más extremos, como puede ser una coma permanente o una discapacidad cognitiva tan grave que anule completamente la conciencia y voluntad del sujeto afectado; añadido además que incluso en estos casos límite es muy difícil que una autoridad judicial, conocedora de la existencia de una medida voluntaria establecida por una persona que la postre quedó en coma *sine die* o llegó a perder totalmente su voluntad, nombre un curador genérico prescindiendo de la voluntad manifestada en su día del interesado. Es más, no es nada difícil suponer que dentro de esos casos límite la persona encargada del apoyo en virtud del negocio preventivo sea quien a la postre resulte nombrado curador integral. En todo caso, sí conviene advertir que, a pesar de su ubicación, la norma debe ser la misma para todas las medidas preventivas, estén o no insertas en un contrato de mandato.

Se propone también el cambio de tres artículos en sede de depósito para adaptarlos a la nueva regulación de la discapacidad, aunque su transcendencia innovadora es escasa, pues sigue los criterios vigentes. Según el proyectado artículo 1764 CC «El depósito hecho por un menor o por persona con discapacidad sin contar con la medida de apoyo adecuada, vinculará al depositario a todas las obligaciones que nacen del contrato de depósito»; el artículo 1765 CC se redacta del siguiente modo: «Si el depósito ha sido hecho en un menor o en persona que precise medida de apoyo sin

³⁶ En este número de esta misma revista, GARCÍA RUBIO, «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio».

haber contado con esta, sólo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, o a que éste le abone la cantidad en que se hubiese enriquecido con la cosa o con el precio»; y finalmente según el artículo 1773 CC «Cuando el depositante, después de hacer el depósito, contara con medidas de apoyo, la devolución del depósito se ajustará a lo que resulte de aquéllas». En los tres casos ha de entenderse que la medida de apoyo es la que la persona con discapacidad necesitase, precisamente, para celebrar y/o cumplir contratos de depósito.

Para finalizar con las modificaciones en tema de contratos, en el de transacción, y en coherencia con lo dispuesto en el artículo 285.4.º CC en relación con el curador representativo³⁷, se propone una nueva redacción del artículo 1811 CC cuyo texto sería «El tutor y el curador con facultades de representación necesitarán autorización judicial para transigir sobre cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya representación ostentan». A pesar de que el precepto parece referirse en general a todos los contratos de transacción, precisamente la coordinación con el precepto del curador representativo obliga a considerar que quedan excluidas de la citada exigencia de autorización aquellas transacciones que tengan escasa relevancia económica.

4. MODIFICACIONES EN AL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

En último lugar aludiré a las disposiciones del Código civil relativas a la responsabilidad extracontractual que quedan afectadas por el Anteproyecto de Ley que se viene comentando; al fin y al cabo, como decía D. Luis Díez-Picazo hace ya más de cuarenta años, los dos grandes puntos de encuentro entre estas personas y el ordenamiento jurídico son, ante todo, el ámbito de su capacidad de obrar y el de su responsabilidad³⁸.

Como he mencionado con reiteración rayana en el tedio, en la nueva concepción dimanante de la CDPD se parte de que toda persona, por el hecho de serlo, tiene plena capacidad jurídica y que esta abarca tanto la titularidad como el ejercicio de sus derechos. Nada se dice, en cambio, respecto de sus deberes y, más en concreto, del deber general de no dañar a otro, que en nuestro ordenamiento jurídico se recoge en el artículo 1902 CC a través de la cláusula general de responsabilidad civil que nos es

³⁷ A cuyo tenor, el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para (...) 4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

³⁸ Díez-PICAZO, (1975), 2011:948.

bien conocida. No me cabe duda de que esa nueva concepción de la discapacidad ha de tener su repercusión en lo que atañe a la llamada capacidad para responder civilmente, es decir, a la imputabilidad o, si se prefiere, en lo que tradicionalmente se ha venido denominando «capacidad de culpa». No parece lógico considerar que una persona tenga plena capacidad para actuar, que lo haga efectivamente con o sin apoyos, y que al hacerlo cause un daño a otro, con la consecuencia de que, sin embargo, el dañado no pueda ver resarcido ese daño ni por quien lo ha causado, porque no es imputable, ni por la persona encargada de supervisar o de sustituir la actuación de aquel, sencillamente porque, a diferencia del tutor que todavía hoy se nombra en el artículo 1903 CC, tal supervisor o sustituto no existe³⁹.

No olvidemos que a partir de la entrada en vigor de las nuevas normas las instituciones de apoyo no serán, como regla general, de tipo representativo, ni de sustitución de alcance general ni encargadas de vigilar o controlar a la persona con discapacidad. Muy al contrario, estarán destinadas a realizar ese apoyo *ad hoc* cuando sea necesario y con mínima intervención, de tal modo que sólo en casos excepcionales tendrán también deberes de vigilancia, control o similares, sobre la persona a la que prestan apoyo. Con estos parámetros, se ha optado por establecer una regla, contenida en el artículo 297 CC, según la cual «La persona con discapacidad responderá en todo caso por los daños causados a terceros, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1902 y 1903 en relación a otros posibles responsables» lo que, con toda probabilidad, obligará a plantearse una nueva idea acerca del concepto y significado de la culpa en la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 1902 CC. Entiendo que con la innovación propuesta la culpa se aleja de la concepción puramente subjetiva que exige una cierta capacidad de entender y de querer, tesis esta que sustenta a día de hoy la mayoría de la doctrina española y que, en definitiva, implica que no puede ser jurídicamente responsable quien no lo es moralmente⁴⁰.

³⁹ En Derecho suizo si el hecho dañoso se produce en el ámbito de una medida de protección del adulto de carácter institucional, la responsabilidad que además de por el daño patrimonial, puede ser una suma de dinero a título de reparación moral, es del cantón y no del autor del daño, si bien aquel tiene derecho de regreso frente a este (artículo 454 CC suizo); si la medida de apoyo es de naturaleza voluntaria la responsabilidad se rige por las normas del mandato (artículo 456 CC suizo).

⁴⁰ Así, por ejemplo, ROCA TRÍAS/NAVARRO MICHEL (2016): 119-120 mantienen que la persona inimputable civilmente por su escasa edad o por sufrir una enfermedad o deficiencia mental que le hace incapaz de entender y de querer las consecuencias de sus actos, no es responsable en los términos del artículo 1902 CC. Por el contrario, en Derecho francés (artículo 414-3 *Code civil*, que reproduce el texto anterior del artículo 489-2 redactado por Ley de 3 de enero de 1968), como se recoge en GARCÍA RUBIO, 2017:381, desde 1968 se considera que los adultos no dotados de discernimiento suficiente pueden ser civilmente responsables por los daños causados, respuesta que se ha extendido también a la responsabilidad de los menores, sufran o no problemas mentales, incluidos los niños de corta edad, lo que lleva a la doctrina francesa a hablar de *faute objective*.

Es posible que algún autor considere que la norma reproducida no debería haberse incluido en el Libro Primero del Código civil, en sede de Derecho de la persona y más en concreto en el Título referente a las medidas de apoyo de las personas con discapacidad, sino más bien en el Capítulo II del Título XVI del Libro IV, al tratarse de una genuina regla de responsabilidad civil extracontractual⁴¹. Siendo esta la solución que probablemente resulta más correcta desde el punto de vista técnico, la CGC comisionada para establecer una nueva regulación de la discapacidad adaptada a la Convención de Nueva York actuó con prudencia y prefirió no alterar las vetustas reglas contenidas en los artículos 1902 y ss., en espera de una futura modernización global de las mismas, sin duda, muy necesaria.

Además de la responsabilidad por hecho propio de la persona con discapacidad que se establece en el citado artículo 297 CC, sólo responderán por hecho de otro, *ex* artículo 1903 CC, aquellos curadores que tengan facultades representativas y convivan con la persona que ha causado el daño, dentro del ámbito de su actuación⁴². De darse ambas circunstancias de modo cumulativo, los responsables lo serán de manera solidaria con la propia persona con discapacidad autora del hecho dañoso. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad por hecho propio que cualquier encargado de suministrar apoyo pueda llegar a tener cuando se pueda considerar que ha incurrido en culpa a tenor del reiteradamente mencionado artículo 1902 CC.

En el caso de los poderes y mandatos preventivos, cuyo origen se halla en la voluntad de mandante y mandatario, la responsabilidad del mandatario por incumplimiento de sus obligaciones habrá de integrarse con las reglas propias del contrato de mandato⁴³, que también pueden tener repercusión cuando dicho incumplimiento cause un daño a un tercero.

⁴¹ Llamo la atención sobre el hecho de que el artículo 489-2 del *Code* civil francés, citado en la nota anterior, también se encuentra situado entre las normas destinadas a la protección jurídica de los mayores.

⁴² En cambio, en relación con la figura de la asistencia del CCCat, NÚÑEZ ZORRILLA, 2014:167, entiende que la responsabilidad del asistente es solidaria conjuntamente con la del asistido y que, además, la del asistente es una responsabilidad objetiva, aunque poco más adelante señala que corresponde al asistente la carga de probar que ejerció sus deberes de vigilancia de forma diligente para quedar liberado de su responsabilidad, lo que supondría que su responsabilidad está basada en la culpa con inversión de la carga de la prueba.

⁴³ Cf. especialmente artículos 1725 y 1726 CC.

5. OTROS TEXTOS LEGALES QUE RESULTAN AFECTADOS

Para finalizar este pequeño repaso del texto del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, es preciso dejar constancia de que la profunda modificación del articulado del Código civil ha de ir acompañada de la adaptación de otros textos legales que también resultan afectados por el nuevo sistema y la nueva concepción de la discapacidad.

Por supuesto, es imprescindible la acomodación de las normas procesales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y las pertinentes de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, con el fin prioritario de establecer un nuevo proceso que ya no puede ser destinado a la incapacitación o modificación de la capacidad de la persona con discapacidad, sino únicamente a la provisión de los apoyos que, en su caso, necesite; de esta tarea se ha ocupado la Sección correspondiente de la CGC.

En la Sección Primera se han realizado también las propuestas de adaptación de la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil. Pero sin duda, a quien corresponda deberá también proponer la modificación otros textos legales de gran importancia, como el Código Penal, además del genérico artículo 25 CP redactado en 2015 que sigue hablando de la modificación de la capacidad de obrar, al menos en el punto relativo a la responsabilidad civil del autor del delito causante de un daño y de quienes pueden responder por él cuando el hecho causante del daño sea constitutivo de delito⁴⁴. En este mismo ámbito más complejo y discutible es decidir en qué medida la nueva concepción de la capacidad jurídica puede tener también repercusión en el concepto de imputabilidad penal y, con toda probabilidad, será necesario replantear la regulación de la esterilización no consentida por la persona que de forma permanente no pueda prestar en modo alguno su consentimiento, toda vez que la remisión del artículo 156 CP a la legislación civil ya no alude en absoluto al mayor interés del afectado⁴⁵.

Entre las leyes orgánicas, también será preciso adaptar a la nueva regulación el artículo 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; en este caso, también parece necesario desglosar el precepto vigente estableciendo una regla para los menores y otra para las personas con discapacidad; en relación a estas últimas el apoyo representativo solo puede ser la *última ratio*, puesto que al carácter excepcional de este en el nuevo

⁴⁴ Artículos 20, 116, 118 y 120 Código Penal.

⁴⁵ Vid. TORRES GARCÍA, para un análisis de la situación actual.

sistema hay que añadir aquí la circunstancia de que estamos ante derechos básicamente personalísimos.

También se verá afectada por la nueva concepción la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, al menos en sus artículo 5, en sus apartados 2 y 3; artículo 9, en sus apartados 3, 4 y 5 y artículo 11, en su apartado 1; este último contiene la regulación de las llamadas «instrucciones previas», que no son sino una modalidad de medidas preventivas de naturaleza voluntaria dispuestas específicamente en el ámbito de su salud, medidas que también pueden ser tomadas por personas que precisen apoyo para hacerlo.

Asimismo, dentro del ámbito sanitario y de la investigación médica será necesario tocar, entre otras que a buen seguro olvido y mencionando únicamente las que tienen rango de ley, las siguientes disposiciones: artículos 4. 2 y 20.1 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica; artículos 5 y 6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnica de Reproducción Humana Asistida o artículos 7 y 8 del Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humano.

Creo que con lo expuesto hasta aquí se pone en evidencia el enorme efecto reflejo de la nueva regulación de la discapacidad contenida en el Anteproyecto de Ley que venimos comentando en este número monográfico. Vuelvo a reiterar lo que ya dije en los primeros párrafos de esta aportación: de llevarse a cabo, probablemente estemos ante una de las reformas más importantes del Código Civil realizadas tras la Constitución de 1978, solo equiparable a las que tuvieron lugar en su día en 1981; por cierto, también a propuesta de la Sección Primera de la CGC. Parece que en este caso la repercusión en el resto del ordenamiento jurídico puede ser todavía mayor que lo fue aquella.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M., «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. Una crítica a la Observación General nº 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52 (2018), 201-222.

ATIENZA, M., «Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad», *Revista Ius et Veritas*, 53, (2016).

CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, Civitas, 2001.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones. Vol. 2º, Teoría General del Contrato*, 2ª ed., (J. L. LACRUZ/A. LUNA/ J. DELGADO/ F. RIVERO), Barcelona, Bosch, 1987.

— «Comentarios a los artículos 1300 y siguientes del CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dir. por M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART*, t. XVII, vol 2º, artículos 1281 a 1314 del Código civil, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato*, 6ª ed, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, 6ª ed, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008.

— *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*, Departamento de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, «Prólogo»; aquí se cita en *Ensayos Jurídicos*, T. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 947-949.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2ª ed., 2007.

— «El testamento notarial», *Tratado de Derecho de Sucesiones*, t. I, GETE-ALONSO (dir.), Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 401 ss.

GARCÍA RUBIO, Mª.P., «Comentarios a los artículos 752 y 753 CC», en *Código Civil Comentado*, vol. II, Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 616 ss.

— «El concepto de faute en el Avant Projet de Loi de réforme de la responsabilité civile. Novedad y continuidad en el Código civil francés», en *Culpa y responsabilidad*, PRATS ALBENTOSA L./TOMÁS MARTÍNEZ G. (Coord.), Thomson-Reuters, 2017, pp. 373-394.

— «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», *AAMN*, tomo LVIII, 2018. *Pendiente de publicación*.

GARCÍA RUBIO, Mª.P./OTERO CRESPO, M., «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», *Tratado de Derecho de Sucesiones*, t. I, GETE-ALONSO (dir.), Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 225 ss.

GARCÍA VICENTE, J.R., «Comentario al artículo 1291», en Comentarios al Código civil. Tomo VI (Arts. 1265 a 1484), R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, Colex, 2000.

MESA MARRERO, C., *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Barcelona, Bosch, 2017.

NIETO ALONSO, A., «Recensión», al libro de MESA MARRERO, C., *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. V, nº 1, pp. 251-267.

NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C., *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, Madrid, Dykinson, 2014.

ORDUÑA MORENO, J., «Comentario al artículo 1291», *Código Civil Comentado*, vol. II, Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 485-489.

OTERO CRESPO, M., «Comentario al artículo 706 CC», en *Código Civil Comentado*, vol. II, Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 485-489.

PABLO CONTRERAS, P. DE, *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, Colex, 2000.

RAUSCHER, TH., «Recent developments in German Succession Law», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.2 October (2010), <http://www.wjcl.org>.

ROCA TRÍAS, E., / NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 6^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

TORRES GARCÍA, T. F., «Efectos de la incapacitación», en *Tratado de Derecho de la persona física*, t. II, GETE-ALONSO Y CALERA, C. (Dir.), SOLÉ Y RESINA, J. (Coord.), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013.

TORRES GARCÍA, T./GARCÍA RUBIO, M.^aP., *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del testador*, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2014.

Fecha de recepción: 21.09.2018

Fecha de aceptación: 27.09.2018