

DISCAPACIDAD PERSONAL Y ESTABILIDAD CONTRACTUAL

**A PROPÓSITO DEL ANTEPROYECTO DE LEY PRESENTADO POR EL
MINISTERIO DE JUSTICIA PARA LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL EN
MATERIA DE DISCAPACIDAD***

Angel Carrasco Perera**
Catedrático de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 12 de octubre de 2018

1. El Derecho de las personas con discapacidad hace ya tiempo que dejó de ser en España con carácter primordial un Derecho para la celebración eficaz de negocios de tráfico, para convertirse en un Derecho de la asistencia social y del desarrollo personal de la persona con discapacidad. La evolución viene de lejos, aunque se puede señalar como fecha señera la de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. En España son hitos de esta nueva orientación la Ley 26/2011 y el RD Legislativo 1/2013. En materia de discapacidad rige hoy una especie de pensamiento único, y todos los que hablan o tratan del tema reman en la misma dirección. En este camino, como en parecida medida ha ocurrido con la minoría de edad, la estructura jurídica ha dejado de sostenerse en *auténticas* normas de Derecho privado, pues las pretensiones normativas de asistencia y desarrollo autónomo no pueden ordinariamente configurarse como derechos intersubjetivos que puedan ponerse a cargo de otra persona y que estén dotados de remedios eficaces en el orden judicial.

2. Se ha hecho público el texto de un Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil, registral civil, hipotecaria y procesal civil en materia de discapacidad. No nos interesa analizarlo aquí. Basta saber que se suprime la tutela de discapacitados y la patria potestad prorrogada y rehabilitada, se institucionaliza la guarda de hecho no constituida judicialmente, se prevé autoprovisión de medidas de apoyo por el sujeto

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, de la UCLM, ref. DER2014- 56016-P, del que soy investigador principal.

** ORCID ID: 0000-0003-3622-2791



afectado, la determinación judicial de innominadas medidas de apoyo al discapacitado (no incapacitado) por parte del guardador y se regula la curatela como una institución de apoyo que comporta la clásica intervención o asistencia negocial. Se prevé como solución extrema que el curador pueda ser representante legal en sentido estricto y sustituir al discapacitado en la celebración de actos y contratos. El espíritu de la reforma está claro: los discapacitados son *prima facie* capaces de obrar. De hecho, lo más radical de la reforma es lo que elimina sin sustituir: la incapacitación como tal, que ya no podrá ser decretada por un juez, ni tan siquiera cuando imponga en jurisdicción voluntaria medidas judiciales de apoyo o la curatela. Con todo, no quiere decirse con ello que se pueda contratar indiscriminadamente por personas discapacitadas no sometidas a representación legal; según el art. 1263 II (en el texto reformado), si estos sujetos están sometidos a medidas de apoyo “podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas”. Y éste es el problema.

3. Existen negocios jurídicos que comportan la disposición de derechos de la personalidad, de derechos potestativos no externalizables en sus efectos (vgr. declaración de opción por la nacionalidad española) o la autorización unilateral para intervenciones de terceros en el propio ámbito psíquico o físico. También los derechos políticos, como el voto, se ejercitan de tal forma que sus efectos se diseminan entre la participación política colectiva y de hecho no tiene externalización intersubjetiva. No cabe duda que en este tipo de negocios sin bilateralidad patrimonial no tiene que regir el principio de confianza de terceros. Sólo importa la autorrealización del sujeto, y tampoco tiene mucha importancia que la realización del acto y la capacidad real anden disparejas, porque las consecuencias del negocio no se externalizan ordinariamente. Por otra razón, ocurre casi lo mismo con los testamentos, y se explica la querencia de los tribunales por extender el ámbito de aplicación del art. 665 CC. En efecto, aunque el testador carezca realmente de la capacidad de entender y querer, a fin de cuentas los resultados atrofiados de un testamento patológico *sólo se externalizan en terceros, no en el testador*, y en terceros que carecen de un derecho, de una expectativa legítima a que las cosas hubieran ocurrido de otro modo, salvo las legítimas, cuando las hay. Es, pues, justo: en aquellos actos de valor jurídico que sólo importan al discapacitado, o que importan al discapacitado más que a nadie, no se pueden establecer restricciones fundadas en un escrutinio de la capacidad de obrar.

4. El Anteproyecto va bien a este tipo de negocios y actos. Pero incurre en un error de perspectiva con los negocios de tráfico patrimonial oneroso intervivos. Reparemos que el juez que interviene – si interviene- dictará en primer lugar medidas de apoyo innominadas, que pueden ir desde el deber de explicar textos al discapacitado hasta la ayuda para abrir una puerta. Ni tan siquiera se hace la distinción necesaria entre aquellas discapacidades personales que no pueden afectar a la capacidad de entender y de querer



y aquéllas otras que se proyectan sobre la emisión de declaraciones negociales. Una ley que no contemple la diferencia esencial que existe entre un ciego y un niño con síndrome de Down no puede acertar en el tratamiento de la discapacidad. Este Anteproyecto está más bien pensado para ciegos y usuarios de sillas de ruedas, pero no para esquizofrénicos, para quienes padecen serias lesiones cerebrales, para la enormidad de ancianos dementes o con Alzheimer que andan por el país. Yo creo, más aún, que el autor o autores de este producto prenормativo no se han representado realmente ningún discapacitado en particular, y parten de un icono abstracto e ideológico, muy alejado de la realidad de unos padres que dedican su vida a un hijo oligofrénico o de una familia que sufre lo indecible por demencia profunda de la abuela.

5. Representémonos el estado actual. Imaginemos que hoy un discapacitado sin capacidad de prestar el consentimiento del art. 1261 CC es casi ordinariamente sometido a tutela. El tutor realiza ordinariamente los actos no condicionados o prohibidos (arts. 221, 271 CC), y bien puede ocurrir que, a pesar de todo, el discapacitado pudiera haber realizado por sí sólo, o con un relativo “apoyo”, el acto en cuestión. En este caso no se produce ninguna patología en los negocios de tráfico. El contrato está bien celebrado por el tutor, aunque también hubiera podido dejarse al incapacitado la legitimación para el acto. Presumiblemente no se ha cometido ningún desafuero con el derecho al desarrollo de la personalidad del tutelado por el hecho de que la compra en cuestión la haya hecho el tutor. Pero también es posible en el Derecho vigente que el juez determine un régimen de curatela y un mero complemento de capacidad por medio del asentimiento negocial. Claro que en estos casos puede ocurrir que de hecho el incapacitado no sea apto para prestar consentimiento, o haya incurrido en una crisis de lucidez que le priva de la capacidad de representación correcta de las cosas. La prestación del asentimiento no hace sin más el negocio válido, porque puede haber sido celebrado por un sujeto que de hecho es incapaz natural. Ni tan siquiera el nuevo art. 1263 II confirma automáticamente los contratos celebrados con la asistencia previstas en las medidas de apoyo.

6. Es muy importante que, si el Derecho establece un sistema de cargos asistenciales para la discapacidad negocial, todos los operadores del tráfico puedan razonablemente confiar que las intervenciones y declaraciones mediadas por el cargo en la forma establecida garantizan la validez del negocio. O que ello ocurra en la mayor medida posible. Pero este objetivo está lejos de alcanzarse con el Anteproyecto, que incide e insiste que los negocios de tráfico patrimonial intervivos pueden ser tratados como desarrollo de la personalidad y que los esquizofrénicos se realizan como personas plenas celebrando contratos de arrendamiento de vivienda con un apoyo indeterminado. El Anteproyecto no distingue niveles de la realidad, y por eso afirma la simpleza (art 248) de que las medidas de apoyo tienen como objeto que el discapacitado “pueda desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad”. Se moverán



libremente en el tráfico jurídico personas no capacitadas para contratar, acompañadas o secundadas de equívocas medidas de apoyo que no van a servir para estabilizar la contratación si, de hecho, por muy buena voluntad de todos, el sujeto sigue siendo o ha devenido *hic et nunc* un incapaz natural. Pero al Anteproyecto esto no le importa, sólo le importa qué tiene que hacer el apoyador para ayudar al discapacitado a sentirse igual con el resto de la menesterosa humanidad. Se dará el caso de que “los procedimientos de provisión de apoyos” (para decirlo en el lenguaje afectado del Anteproyecto) no generen confianza social, porque serán instituciones diseñadas para que un sujeto se “desarrolle”, no para que los terceros sepan con quién y cómo deban contratar. Hay que hacer una reflexión consecucional hasta alcanzar dónde nos puede llevar esto.

7. En este punto deviene de especial relevancia la función selectiva de los Notarios. El art. 17 bis 2 a) de la Ley Notarial sigue existiendo, y no lo encuentro entre los preceptos que van a ser modificados con el Anteproyecto. El Notario debe hacer un juicio de capacidad, y negarse a autorizar el documento cuando este juicio no sea positivo, con independencia del sistema de complemento o ayuda de la discapacidad que el juez haya tenido a bien dictar.

8. Es notable la reforma que se propone del art. 665 CC. Si el que quiera hacer testamento “se encontrara [¿a juicio de quién?] en una situación que hiciera dudar fundadamente” de su aptitud para otorgarlo, el Notario nombrará dos facultativos que dictaminen sobre su capacidad para el negocio. ¿Por qué no se generaliza esta norma y se completa con ella la prescripción general del art. 17 de la Ley del Notariado? Pero la generalización debería llevar con ella también el traslado del riesgo, y en ello diferir de la norma del art. 665 CC. En efecto, a pesar del dictamen positivo de los dos facultativos y del juicio de suficiencia del Notario, el testamento puede ser nulo por falta de capacidad. Pero como el riesgo de esta nulidad ya no se puede imputar (ni sería justo) al testador, se endosa a los instituidos, que, a fin de cuentas, y salvo las legítimas, carecen de confianza legítima que proteger. Pero para los negocios onerosos intervivos el riesgo debería quedar en el discapacitado, porque el tercero que cuenta con el juicio notarial y el dictamen de expertos no debería sufrir el riesgo de nulidad derivado de que un discapacitado para consentir celebre por obra de la ley contratos sin estar sujeto a representación legal. Lo dispuesto en el art. 262 del Anteproyecto (equivalente al actual art. 304 CC) no basta, porque la impugnación debería ser completamente eliminada, y no sólo la de los negocios que son útiles a la persona a la que el guardador presta apoyo.

9. En realidad, nada debería cambiar. Quien siga la jurisprudencia actual en materia de incapacidades, comprobará que la curatela es preponderante y la tutela residual. Nada hay en el Anteproyecto que indique que la cosa deba ser de otra forma, y que la “curatela con representación legal” vaya a ser más residual que lo es hoy. El Anteproyecto, a pesar de



su énfasis ideológico, no impone una modificación de este estado de cosas. Lo novedoso es el impacto de la “provisión de medidas de apoyo”. En dos sentidos. Primero, se obliga al cocontratante a consultar en el Registro Civil concienzudamente cuáles son las medidas de apoyo dictadas para un discapacitado, porque de otra forma el contrato puede devenir ineficaz, aunque las medidas de apoyo no tengan nada que ver con la asistencia a la formación correcta del consentimiento contractual. De otro lado, no se salva el contrato por el hecho de que se haya prestado el consentimiento con la observancia de las medidas de apoyo establecidas. Hay un margen, que la praxis dirá cuán amplio es, en que las medidas de apoyo no lleguen siquiera a la asistencia contractual propia de la curatela. Y aquí reside la patología del sistema: que un contrato pueda ser anulable por no respetarse las medidas de apoyo no conectadas con el consentimiento y que un contrato pueda ser anulable a pesar de que éstas han sido observadas. Debería haberse dejado fuera del CC todo el aparato de las medidas de apoyo, importantes para el “desarrollo” del discapacitado, pero no relevantes para la validez del contrato. Y debería haberse previsto que todo sujeto cuya discapacidad sea susceptible de afectar al consentimiento contractual necesita asistencia del curador en el contrato. Y aún más, debería haberse dejado claro que la prestación de esta asistencia contractual excluye la posibilidad de anular el contrato por defecto de consentimiento, al menos frente a terceros que contraten a título oneroso de buena fe.

10. En conclusión. O el Anteproyecto no está llamado a innovar nada en el orden contractual, y entonces sobraba tanta palabrería, que debería haberse vertido en una norma sectorial al margen del CC, o sí comportará alteraciones en el régimen contractual. Y en este caso debería ser el incapacitado el que asumiera el incremento de riesgo de que la nueva ordenación afectara negativamente a la estabilidad de los contratos onerosos con terceros de buena fe. Sospecho que es algo en lo que no ha reparado el pensamiento único.