

DISCAPACITADOS, INCAPACES E INCAPACITADOS.
PROBLEMAS EN TORNO A LA NULIDAD Y ANULABILIDAD
DE SUS ACTOS

*INCAPABLE AND DISABLED. PROBLEMS AROUND NULLITY
AND ANNULLABILITY OF THEIR ACTS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 60-83



Borja Del
CAMPO
ÁLVAREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de octubre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 2 de diciembre de 2019

RESUMEN: En el presente estudio se analizan diferentes visiones sobre la situación jurídica de las personas discapacitadas, incapaces e incapacitadas conforme a criterios normativos, doctrinales y jurisprudenciales. Se hace además un examen de la problemática en torno a la validez y eficacia de sus actos y negocios jurídicos, haciendo una breve referencia a las principales novedades del Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho Civil; discapacitados; incapaces; nulidad; anulabilidad.

ABSTRACT: *In this study, different views on the legal situation of incapable and disabled people are analysed according to normative, doctrinal and jurisprudential criteria. An examination of the problem regarding the validity and effectiveness of their legal acts and businesses is also made, making a brief reference to the main novelties of the Draft Law on Civil and Procedural Reform on Disability.*

KEY WORDS: *Civil Law; disabled; incapable; nullity; annulability.*

SUMARIO.- I. MARCO NORMATIVO-TERMINOLÓGICO. LOS CONCEPTOS DE DISCAPACITADO, INCAPAZ E INCAPACITADO. - II. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS DE MENORES O INCAPACITADOS. - 1. Incapaz vs. incapacitado. Matices y teorías a la luz de la doctrina y la jurisprudencia. - 2. Tratamiento jurídico de la controvertida figura de la persona discapacitada o con diversidad funcional. - 3. Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. El Derecho Civil ante nuevas realidades.

I. MARCO NORMATIVO-TERMINOLÓGICO. LOS CONCEPTOS DE DISCAPACITADO, INCAPAZ E INCAPACITADO.

La cuestión relativa a la nulidad y anulabilidad de los actos y negocios jurídicos constituye uno de los temas más complejos en la órbita iusprivatista del ordenamiento jurídico español. La confusa regulación y la imprecisión terminológica reinante en nuestro CC añaden, más si cabe, dificultad a su estudio.

Asimismo, si se circunscribe esta cuestión al ámbito de menores e incapacitados el análisis de este tema cobra una especial relevancia, dadas las diferentes situaciones que pueden producirse. A este respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aportado razonamientos diversos y heterogéneos¹.

A lo largo de esta disertación se pretende exponer una teorización sobre el estatuto jurídico de las personas discapacitadas, incapaces e incapacitadas conforme a criterios normativos, doctrinales y jurisprudenciales. A pesar de su elevado interés dogmático, esta cuestión tiene una innegable practicidad dado los numerosos casos que surgen en el tráfico jurídico habitual.

Ello sirve como punto de partida para abordar el examen del objeto principal del presente análisis: la delimitación de las no siempre claras categorías de nulidad y anulabilidad, con especial referencia a la problemática que se genera en torno a los actos y negocios jurídicos de estas personas, teniendo muy presentes los numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo.

¹ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, núm. 23, 1, 2011, pp. 53-81; MARTÍN PÉREZ, A.: "Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: revisión del modelo de protección basado en la incapacitación", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penedés* (coord. por F.P. BLASCO GASCÓ), vol. 2, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1469-1485.

• Borja del Campo Álvarez

Investigador pre-doctoral del área de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo. Correo electrónico: campoborja@uniovi.es

Antes de abordar el tema en profundidad, cabe realizar alguna precisión en relación con su marco normativo-terminológico. Cabe distinguir entre los conceptos de discapacitado, incapaz e incapacitado. Huelga señalar que esta categorización responde a criterios técnicos y no tiene *per se* connotación peyorativa alguna.

Bien es cierto que son términos que, aparentemente, pueden tener significados sinónimos. Sin embargo, desde una perspectiva técnica, no son conceptos jurídicos análogos y su uso no es, por tanto, indistinto independientemente de que se encuentren, en buena medida, muy interconectados.

Esta habitual confusión terminológica viene motivada, entre otras razones, porque cada uno de estos términos tienen como raíz el vocablo “capacidad”, de origen etimológico latino (*capacitas-capacitatis*). Asimismo, son situaciones jurídicas en las que, con cierta frecuencia, pueden concurrir en una misma persona².

Todo ello sumado a que, en la actualidad, se muestra especial cuidado en el uso del lenguaje para referirse a este y otros colectivos³. Se trata, en definitiva, de evitar un léxico despectivo que pueda dañar la dignidad de aquellas personas que tienen modificada su capacidad de obrar y/o que presentan “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, como recoge la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad de 2008 (en inglés, CRPD)⁴.

Al margen de estas consideraciones de naturaleza semántica, existen matices jurídicos de gran trascendencia. Este estudio no tiene por objeto realizar un análisis de los ya muy clarificados conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar⁵,

-
- 2 Como señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Capacidad”, cit., p. 55, a este respecto “la relación entre incapacidad y discapacidad es poliédrica. Así, no parece concebible, en la práctica, que una persona incapacitada no sufra algún tipo de discapacidad y, por el contrario, la mayoría de las personas con discapacidad no están incapacitadas, o bien porque no resulta necesario este grado de limitación de su capacidad de obrar o bien porque, no obstante su condición de personas incapacitadas de hecho, debido a la ausencia de capacidad para el autogobierno, no han sido incapacitadas por sentencia judicial. Constituye, por ello, lo usual, que las personas incapacitadas, cuya tutela ha sido conferida a una persona jurídica fundacional, sufran algún tipo de discapacidad”.
 - 3 A este respecto algún autor ha señalado que “cabe subrayar que la terminología empleada para referirse a las mismas ha sufrido un profundo cambio, que ha tendido a la dignificación del nombre con que se las designa y así, desde la utilización de vocablos como anormales, subnormales, deficientes mentales o minusválidos psíquicos, se ha llegado a la actual denominación de discapacitados psíquicos. Se ha producido asimismo una evolución tanto en la clasificación científica de los distintos tipos de discapacidades, como en el tratamiento y la ayuda requerida por las personas que se encuentran en estas situaciones. Cabe subrayar, por otra parte, que existen discapacidades de muy diferente naturaleza y que, en consecuencia, requieren un tratamiento específico y diferenciado”. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Capacidad”, cit., p. 57.
 - 4 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. por S. DE SALAS MURILLO), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 15-40.
 - 5 Cfr. DE CASTRO CID, B.: “Personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar”, en AA.VV.: *Manual de teoría del Derecho*, Universitas, Madrid, 2004, pp. 213-228; GULLÓN BALLESTER, A.: “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, en AA.VV.: *Estudios de derecho judicial*, Ediciones del Consejo General del Poder Judicial (coord.

nociones básicas del Derecho de la persona. Sin embargo, conviene aludir a alguna idea general a este respecto.

Como bien sabemos, la capacidad jurídica está vinculada directamente con la adquisición de la personalidad y, en consecuencia, con el nacimiento. Así, el concepto de capacidad jurídica está construido en paralelo al de personalidad. Por ello, toda persona, por el hecho de nacer conforme a los requisitos del art. 30 CC, tiene capacidad jurídica.

La capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas, es decir, se traduce fundamentalmente en la capacidad de ser sujetos de derechos. Algo que, por muy evidente que pueda parecer hoy en día, no siempre se ha concebido de esta manera a lo largo de la Historia⁶.

De otro lado, la capacidad de obrar es esa facultad para ejercer los derechos subjetivos y cumplir con las obligaciones jurídicas. Como regla general, puede afirmarse que todas las personas mayores de edad tienen capacidad de obrar, salvo que incurran en alguna de las causas modificativas.

Es de sobra conocida la idea de que la capacidad de obrar se adquiere de forma progresiva. Con el cumplimiento de la mayoría de edad, se adquiere plena capacidad de obrar, por lo menos, para actos y negocios jurídicos de la órbita iusprivatista. No obstante, existen en nuestro ordenamiento figuras que, como la emancipación, permiten adelantar sus efectos cumpliendo una serie de previsiones legales⁷.

Dos son las circunstancias que pueden modular la capacidad de obrar. En primer lugar, la edad. Los menores de edad están sometidos, hasta que se emancipan o adquieren la mayoría de edad, a la figura de la patria potestad⁸, la cual se puede prorrogar en determinados supuestos.

En segundo lugar, pueden existir sujetos mayores de edad con enfermedades o deficiencias físicas, psíquicas y/o sensoriales persistentes que le impiden gobernarse por sí mismo. Así y por estas circunstancias, no han alcanzado o han perdido de

por P. GONZÁLEZ POVEDA y J.M. PICÓ MARTÍN), núm. 22 (ejemplar dedicado a los discapacitados y su protección jurídica), Madrid, 1999, pp. 11-22.

6 Cfr. BUIGUES OLIVER, G.: "Algunas consideraciones acerca de la capacidad jurídica de la mujer en Roma: ¿era posible que el marido ejerciera la tutela?", en AA.VV.: *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, vol. I, Universitat de Valencia, Valencia, 1989, pp. 169-180; FORTUNAT STAGL, J.: "La concepción gayana de persona y la capacidad jurídica parcial de los esclavos", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 30, 2018.

7 Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C.: "La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores", en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor* (coord. por M.P. POUS DE LA FLOR, R.A. LEONSEGUI GUILLOT y F. YÁÑEZ VIVERO), Exlibric Ediciones, Málaga, 2009, pp. 7-18.

8 Cfr. NIETO MARTÍNEZ, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 3 (julio-septiembre), 2016, pp. 1-47.

forma sobrevenida la aptitud natural de querer y entender: son, como se suele afirmar, incapaces. Pueden estar sometidos a alguna de las figuras especiales de protección tales como la tutela, la curatela o la guarda de hecho⁹. En cualquier caso, la relación entre estas circunstancias no conlleva, de forma directa, que cualquier problema psíquico, físico o sensorial suponga una incapacidad para el autogobierno de la persona.

En nuestro ordenamiento jurídico existe la presunción de que una persona mayor de edad es plenamente capaz. El art. 322 CC señala que “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”¹⁰. Sin embargo y pese a la existencia de esta presunción general de capacidad¹¹, puede darse algún supuesto en el que el sujeto no es consciente de las consecuencias del acto o negocio jurídico que está materializando.

La problemática gira, en este punto, en torno al consentimiento. De tal forma y manera que, si se desea dejar sin efectos tales actos o negocios, debe acudir a un procedimiento individualizado y probar que no pudo prestar el consentimiento o que éste se encontraba viciado, por ejemplo, por engaño. Ello conlleva la complejidad derivada e ineludible de la carga probatoria.

Para evitar este tipo de situaciones que pueden poner en riesgo la seguridad jurídica y el tráfico patrimonial, el legislador prevé la incapacitación como instrumento de protección bidireccional. Por un lado y, sin duda lo más importante, se salvaguardan los derechos de la persona con la capacidad de obrar limitada. De otro, se preservan las expectativas del resto de sujetos con capacidad e interés negocial.

9 Cfr. HEREDIA PUENTE, M. y FÁBREGA RUIZ, C.F.: “Algunas ideas sobre el modelo institucional de protección de incapaces en el Derecho civil español”, *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 497-516; MARTÍNEZ DIEZ, R.: “La formulación notarial del Derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”, en AA.VV.: *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 27-44; PEREÑA VICENTE, M.: *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad. Las soluciones del Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2006.

10 Para determinados supuestos la mayoría de edad no es requisito bastante. Así, en el caso de la adopción (art. 175 CC), no solo se exige ser mayor de edad para poder adoptar, sino que se requiere, además, la edad mínima de veinticinco años. Es un claro ejemplo de un supuesto en el que el legislador prevé un refuerzo en la capacidad de uno de los sujetos intervinientes en el negocio jurídico.

Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “Artículo 322. Capacidad del mayor de edad”. en AA.VV.: *Código Civil comentado*, (coord. por R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, F.J. ORDUÑA MORENO, A. LEGERÉN-MOLINA y M. JUAN PÉREZ GARCÍA), vol. I (Título preliminar: De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I: De las personas. Libro II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones. Artículos 1 a 608), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 1333-1335.

11 Cfr. GORDILLO CAÑAS, A.: “Incapacidad de obrar. Presunción de capacidad mediante no se acredite la incapacidad”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 16, 1988, pp. 209-220; TEMPRANO VÁZQUEZ, C.: “La presunción de capacidad de los discapacitados judicialmente. Flexibilización de la presunción de capacidad para realizar actos mortis causa frente a los actos inter vivos”, *Diario La Ley*, núm. 9267, 2018.

La incapacidad supone un reconocimiento judicial, mediante sentencia, de la incapacidad total o parcial de una determinada persona para gobernarse por sí mismo, para querer y entender y, en definitiva y expresándolo de forma más práctica, para poder tomar autónomamente decisiones que atañen a su esfera personal y/o patrimonial¹².

En estos procedimientos, el juez determina qué actos y negocios una persona puede realizar por sí mismo y cuándo es necesario suplir su falta de capacidad con alguna de las instituciones tutelares previstas en nuestro ordenamiento para este tipo de casos, más abundantes en los últimos años debido al repunte de enfermedades neurológicas asociadas al envejecimiento poblacional.

Si la persona carece totalmente de capacidad lo más aconsejable es optar por nombrarle un tutor. En cambio, si el sujeto mantiene cierto grado de autonomía, voluntad y entendimiento un curador será el responsable de asistirle en aquellas ocasiones que el juez así determine en la sentencia de incapacidad¹³. Para todo ello debe tenerse en cuenta las causas dispuestas en el art. 200 CC y la jurisprudencia que interpreta los preceptos relativos a la incapacidad¹⁴.

A diferencia de lo que sucedía en el caso de que la incapacidad fuese una circunstancia de facto no reconocida judicialmente, basta con referenciar la

- 12 Cfr. CABRERA MERCADO, R. "El proceso de incapacidad", en AA.VV.: *Estudios de Derecho judicial*, núm. 22: ejemplar dedicado a los discapacitados y su protección jurídica, (coord. por P. GONZÁLEZ POVEDA y J.M. PICÓN MARTÍN), 1999, pp. 207-230; LETE DEL RIO, J.M.: "El proceso de incapacidad", *Actualidad civil*, núm. 4, 2001, pp. 1475-1510; RODRÍGUEZ ESCUDERO, M.V.: "La incapacidad y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida", en AA.VV.: *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad* (coord. por J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ y M. PEREÑA VICENTE), vol. 2, Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 373-392; TORRES GARCÍA, T.F.: "Discapacidad e incapacidad", en AA.VV.: *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. por J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ), Wolters Kluwer, Madrid, 2007, pp. 437-460.
- 13 Como señala la STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901), "la incapacidad, con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y por tanto, se toma en su beneficio y no en el de familiares o de otras personas del entorno. En consecuencia, no es posible someter a una persona que sufre las limitaciones que quedan probadas en el presente procedimiento a una medida cautelar como es la curatela, que es una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda realizar determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 289 del Código Civil; la curatela es un órgano estable, pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad (...). No se trata de medidas discriminatorias, sino que se deben tomar para adaptar la medida de protección a la situación de la persona, ya que sólo en los casos de falta de capacidad deberá tomarse la medida más drástica, que implica representación".
- 14 Cfr. DE SALAS MURILLO, S.: "Artículo 200. Causas de incapacidad", en AA.VV.: *Código Civil comentado*, (coord. por R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, F.J. ORDUÑA MORENO, A. LEGERÉN-MOLINA y M. JUAN PÉREZ GARCÍA), vol. I (Título preliminar: De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I: De las personas. Libro II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones. Artículos 1 a 608), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 1000-1004; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C.: "Sentencia de 29 de abril de 2009. Incapacidad judicial. Interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil y demás legislación vigente en materia de incapacidad a efectos de acreditar su adecuación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil* (CCJC), núm. 82, 2010, pp. 317-350.

sentencia de incapacitación para dejar sin efecto todos los actos y negocios jurídicos que una persona incapacitada haya podido realizar fuera de los límites establecidos por el juez.

Como se puede observar, la incapacitación judicial implica mayores garantías y una menor necesidad de actividad probatoria¹⁵. Ello permite clarificar, con mayor celeridad, la validez y vigencia de los actos y negocios jurídicos llevados a cabo por una persona incapaz lo que, a la postre, supone un plus de protección en cuanto sus derechos y legítimos intereses se refiere¹⁶.

Así, en una primera categorización puede distinguirse entre persona incapaz y persona incapacitada. La diferencia es sutil, pero de gran trascendencia. La distinción entre una persona incapaz y una persona incapacitada estriba en que la primera es una mera cuestión fáctica y la segunda, por su parte, tiene una trascendencia fáctico-jurídica.

Así, una persona incapacitada es siempre incapaz porque carece de las aptitudes de querer y entender y el juez, mediante una resolución judicial, así lo reconoce. En cambio, un sujeto incapaz no siempre se encuentra incapacitado; es decir, pueden darse casos de personas cuya incapacidad no ha sido reconocida en sede judicial: son los conocidos como incapaces naturales o de hecho¹⁷.

Cabe recalcar que para declarar la incapacidad de una persona se requiere una disfunción desde el punto de vista intelectual, causado por razones psíquicas

-
- 15 Como se ha recogido en las SSTs 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901) y 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518), "la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado (...). [Es un] traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda".
- 16 Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Modificación judicial de la capacidad de obrar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana (AJI)*, núm. 10, 2019, pp. 224-269; TORRES GARCÍA, T.F.: "Efectos de la incapacitación", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la persona física*, vol. 2, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, 123-171.
- 17 Como señala ESCRIBANO TORTAJADA, P.: "La anulabilidad de los actos de las personas discapacitadas", *Actualidad civil*, núm. 19, septiembre, 2007, p. 2229, "(...) podemos encontrarnos con situaciones de diversa índole. Incapaces que pro distintas circunstancias no han sido incapacitadas judicialmente, es decir, los denominados incapaces naturales o de hecho, o aquéllos en los que concurriendo los requisitos del art. 200 del Código Civil (enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico e imposibilidad de autogobernarse), mediante sentencia judicial, se haya declarado su incapacidad. Pero la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria (en adelante, LPPPD) con esta finalidad, introduce un nuevo concepto, cual es el de discapacidad que ya se empleaba en el ámbito laboral". Sobre el concepto y alcance de los incapaces naturales o de hecho, cfr. EVANGELIO LLORCA, R.: *Los contratos celebrados por los incapaces naturales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 30 y ss.; SEISDEDOS MUIÑO, A.: *Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales: a propósito de los artículos 118.1 1º del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil*, *Actualidad civil*, núm. 1, 1999, pp. 261-270.

(padecer la enfermedad de Alzheimer) o físicas (presentar parálisis cerebral por un accidente); es decir, pueden presentarse otras problemáticas de salud que no inciden en la capacidad de obrar de una persona como, por ejemplo, alteraciones sensoriales.

Por tanto, la incapacitación constituye un concepto de naturaleza civil que implica el reconocimiento judicial de la incapacidad de una persona de querer y entender y, por tanto, de tomar decisiones que afecten a su esfera personal y/o patrimonial¹⁸. El incapaz de hecho o natural tendrá también la consideración de incapacitado si se materializa un procedimiento de estas características, con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal.

Incapaz e incapacitado¹⁹. Junto a estas dos categorías, profundamente interrelacionadas y de marcado perfil civil, nos podemos encontrar con la discapacidad cuyo concepto puede plantear alguna dificultad, dada la existencia de diferentes normativas reguladoras de esta cuestión²⁰.

El procedimiento de declaración de una discapacidad tiene, al contrario del procedimiento de incapacitación, naturaleza administrativa. El concepto de discapacidad es administrativo. La conclusión de uno y otro procedimiento conlleva el reconocimiento de una situación en el ámbito civil, por un lado, y en el ámbito administrativo, por otro.

Elo supone que puede darse, sin que sea del todo infrecuente, que una persona se le reconozca, administrativamente, una discapacidad y se le deniegue, civilmente, una incapacidad (por ejemplo, una persona con problemas severos

18 Cfr. O'CALLAGHAN, X.: "La declaración de incapacidad", en AA.VV.: *La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 45 y ss.; ROVIRA SUEIRO, M.E.: *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia capacidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2018, pp. 27 y ss.

19 Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M.: "Los derechos de los incapaces e incapacitados. Aspectos sustantivos y procesales", en AA.VV.: *Derecho de las minorías y grupos diferenciados*, 199, pp. 103-124; ROMERO COLOMA, M.A.: "Incapacitados judicialmente e incapaces: problemática jurídica", *Revista jurídica del notariado*, núm. 69, 2009, pp. 363-406.

20 Como señala ESCRIBANO TORTAJADA, P. "La anulabilidad", cit. pp. 2229, "las personas con discapacidad son aquéllas que, según el art. 2 de la citada Ley [Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad] poseen un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100, o un grado de minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, minusvalía que deberá ser reconocida por el órgano competente, según los parámetros establecidos en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Es decir, son personas con un grado de minusvalía muy elevado, los más graves, por decirlo de algún modo". Por su parte, en la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada en el año 2008 por España, se considera personas con discapacidad a "aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Más recientemente, en 2013, en el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad se dispuso "la discapacidad es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

de movilidad). Pese a la recurrente confusión terminológica, el matiz es más que relevante²¹.

Bien es cierto que, de algún modo, ambos conceptos van inexorablemente unidos porque, en un gran número de ocasiones, una de las situaciones incide notablemente en la otra²². Por consiguiente, las opciones son múltiples. Así, es posible encontrarse con un discapacitado incapacitado, un discapacitado incapaz o un discapacitado capaz²³.

A efectos civiles, la relevancia de esta clasificación gira en torno a la capacidad de obrar de la persona discapacitada cuya principal protección se traduce en la constitución del conocido como “patrimonio protegido”²⁴, concepto que, en todo caso, excede del objeto del presente estudio.

II. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS DE DISCAPACITADOS, INCAPACES E INCAPACITADOS.

I. Incapaz vs. incapacitado. Matices y teorías a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.

El tema de la nulidad y la anulabilidad de los actos y negocios jurídicos de las personas discapacitadas, incapaces e incapacitadas ha generado siempre una gran controversia en la doctrina y en la jurisprudencia y ha sido objeto de estudio de diferentes autores interesados en aclarar toda la problemática que se cierne sobre esta cuestión²⁵.

21 Cfr. GÁZQUEZ SERRANO, L. y MÉNDEZ SERRANO, M.M.: “Tratamiento jurídico de la discapacidad desde la perspectiva del derecho civil”, en AA.VV.: *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea* (coord. por C. MOLINA FERNÁNDEZ, E. ALCAÍN MARTÍNEZ, M.T. ALAMEDA CASTILLO y J. GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA), Comares, Granada, 2006, pp. 95-158; RUBIO TORRANO, E.: “Protección patrimonial de las personas con discapacidad y competencias autonómicas en Derecho Civil y en materia tributaria”, *Aranzadi civil-mercantil: revista doctrinal*, vol. I, núm. 11, marzo, 2013, pp. 35-39.

22 Cfr. CORDERO CUTILLAS, L.: “La discapacidad e incapacitación judicial en el derecho civil: ¿conceptos sinónimos?”, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 55-56, 2005.

23 “La introducción en el CC de este concepto amplía el abanico de posibilidades que se presentaba hasta el momento, porque ahora además, podemos encontrarnos con personas discapacitadas que no han sido incapacitadas judicialmente con personas discapacitadas que han incurrido en un proceso de incapacitación, con discapacitados capaces y con discapacitados incapaces”. Cfr. ESCRIBANO TORTAJADA, P.: “La anulabilidad”, cit. pp. 2229.

24 Para mayor abundamiento sobre esta cuestión, cfr. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, en AA.VV.: *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. por J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ), Wolters Kluwer, Madrid, pp. 113-180; MARTÍN ROMERO, J.A. “Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado”, *Revista jurídica del notariado*, núm. 60, 2006, pp. 105-160.

25 Cfr. ESCRIBANO TORTAJADA, P.: “La anulabilidad”, cit. pp. 2228 y ss.; NÚÑEZ NÚÑEZ, M.: “Puntualizaciones a la capacidad contractual: delimitación de los conceptos de incapacitación, incapacidad y discapacidad”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, 2007, pp. 453-464.

A este respecto cabe distinguir dos grandes grupos de supuestos. Por un lado, aquellos actos y negocios jurídicos llevados a cabo por personas incapacitadas judicialmente. De otro, aquellos actos y negocios jurídicos materializados por personas incapaces de hecho o naturales.

El art. 1.263.2° CC²⁶ establece que “no pueden prestar consentimiento los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados en la resolución judicial”. Por tanto, sobre los incapacitados existe un régimen normativo más claro: si no pueden prestar consentimiento, sus actos y negocios jurídicos adolecerán de nulidad, conforme a las previsiones establecidas en los arts. 1.261 y 1.263 CC. En todo caso, habrá que estar a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación.

Respecto de la figura del sujeto con diversidad funcional, como en la actualidad comienza a denominarse a las personas discapacitadas, cabe recordar que la validez y eficacia de sus actos y negocios jurídicos dependerá de si su discapacidad incide en su capacidad de obrar. Sobre este punto se ahondará con mayor profundidad en líneas posteriores.

En cambio, sobre los actos y negocios jurídicos de los incapaces no incapacitados no se puede establecer una regla general puesto que dependerá, en gran medida, de los pormenores del caso concreto. La ausencia de regulación específica dificulta enormemente el estudio de esta materia.

Consecuentemente, por analogía con el art. 1.263.2° CC no parece descabellado pensar que los actos y negocios jurídicos de una persona incapaz no declarada judicialmente sean también nulos, puesto que no han podido prestar consentimiento alguno.

No hay diferencia de fondo entre una incapacidad natural o de hecho y una incapacitación judicial, por lo menos, en cuanto a aptitud de querer y entender se refiere. La disimilitud entre los incapaces naturales y los incapacitados radica en una mera cuestión de reconocimiento judicial. Por consiguiente, que no exista una incapacitación en sede judicial no implica que todos los actos de una persona incapaz no incapacitada judicialmente sean válidos.

26 Cfr. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Artículo 1263. Incapacidad para consentir”, en AA.VV.: *Código civil comentado*, pp. 638-641.

Este razonamiento es el abrazado por un sector mayoritario de la doctrina²⁷ y por el Tribunal Supremo en varios pronunciamientos²⁸. Sin embargo, esta idea tampoco puede generalizarse ya que pueden existir intervalos lúcidos en los que la persona tiene las aptitudes necesarias para prestar su consentimiento en determinados negocios jurídicos²⁹.

Asimismo, pueden darse supuestos en los que la persona recupera su capacidad de obrar, bien porque su incapacidad era transitoria bien porque ésta era reversible. Así, en estos supuestos es perfectamente defendible la coexistencia de los regímenes de nulidad y anulabilidad³⁰.

En casos de incapacidad transitoria (por ejemplo, un episodio de amnesia global transitoria) cabría la anulabilidad. La persona incapaz puede decidir, toda vez recobrada la plena capacidad de obrar, acudir a un procedimiento judicial para anular aquellos actos y negocios jurídicos que hayan supuesto un perjuicio para sus intereses y derechos.

Por el contrario, si la incapacidad es permanente (por ejemplo, una enfermedad de Alzheimer en estado avanzado) cabría hablar de nulidad puesto que, en ningún momento, puede recuperar su capacidad de obrar por la irreversibilidad de la circunstancia que motiva su incapacidad.

La nulidad de pleno derecho para los actos y negocios de personas con incapacidad permanente supone una mayor protección del incapaz. Si se optara por defender la anulabilidad para todos los actos y negocios de una persona

27 Cfr. ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, tomo IV, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 456 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Común y Foral*, tomo III, Reus, Madrid, 1983, pp. 507 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 279 y ss.

28 Cfr. SSTS 30 junio 1944 (RJ 1944, 948), 21 marzo 1952 (RJ 1952, 504), 27 marzo 1963 (RJ 1963, 2121), 5 julio 1966 (RJ 1966/3671), 4 abril 1984 (RJ 1984/1926), 1 febrero 1986 (RJ 1986/408), 4 de mayo 1998 (RJ 1998, 3230), 19 noviembre 2004 (RJ 2004, 6910) y 17 marzo 2016 (RJ 2016, 846), entre otras.

En esta última se señala que “[no] es preciso que exista una declaración judicial de incapacidad para que el acto sea nulo si el sujeto que lo realiza carece de la capacidad natural para llevarlo a cabo. Por tanto, como indica la STS de 19-11-2004, debe partirse de la distinción entre incapacidad natural -a consecuencia de que un sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer al acto que realiza-, e incapacidad resultante del estado civil de incapacitado (...). Sin embargo, el hecho de que una persona no haya sido judicialmente incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso, porque esa carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración (como indica la STS de 4-4-1984 la incapacidad mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial, y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable)”.

29 Cfr. DURÁN RIVACOBA, R.: “El matrimonio en intervalo lúcido”, en AA.VV.: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1251-1272; ROMERO COLOMA, A.M. “Testamento e intervalos lúcidos” en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 55, 2012, pp. 281-294.

30 Cfr. TORRALBA SORIANO, V.: “La llamada incapacidad natural”, en AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Luis Martín Ballester* (coord. por R. DE ÁNGEL YAGÜEZ), Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1983, pp. 569 y ss.

incapaz³¹ la interposición de la acción de nulidad en un plazo de caducidad de cuatro años se hace materialmente imposible.

2. Tratamiento jurídico de la controvertida figura de la persona discapacitada o con diversidad funcional.

En los últimos tiempos ha emergido, con fuerza y determinación, una corriente en favor de la protección jurídica de los conocidos como grupos vulnerables³². Las reformas legislativas más recientes van encaminadas a defender los derechos e intereses de colectivos que, por diferentes razones, se pueden encontrar en una situación de desamparo o desigualdad.

Entre esos grupos, cabe destacar la figura del discapacitado o persona con diversidad funcional³³. La discapacidad no tiene por qué implicar ni una incapacidad natural o de hecho, ni una incapacitación judicial. Son conceptos ciertamente cercanos, pero en absoluto sinónimos. Pertenecen a distintas órbitas y son procedimentalmente diferentes, algo que ya se expuso de forma reiterada en líneas anteriores del presente estudio.

Así, la cuestión a delimitar es si los actos y negocios jurídicos de las personas discapacitadas pueden incurrir en un supuesto de nulidad o anulabilidad. Entre otras cosas, resulta necesario determinar si la teoría a este respecto sobre los incapaces e incapacitados es aplicable también a los discapacitados.

A priori, no existe obstáculo ni argumento contrario a esta idea. Máxime si se tiene en cuenta que es perfectamente posible que el reconocimiento de una discapacidad no tenga consecuencias en la capacidad de obrar de un determinado sujeto.

31 Algunos autores, como DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 190 y ss., defienden la anulabilidad porque “no se comprende bien por qué razón habrían de otorgarse una acción de diversa naturaleza y mayor alcance a los enfermos y disminuidos psíquicos no incapacitados judicialmente, sin olvidar que preconizar una nulidad de carácter absoluto significa permitir que el contrato pueda ser atacado por la otra parte contratante, para lo que no hay argumentos jurídicos de peso”.

En la misma línea cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “De la nulidad de los contratos. Comentario a los artículos 1.300 a 1.314 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (coord. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), tomo XVII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1995, pp. 286 y ss.; ESCRIBANO TORTAJADA, P.: “La anulabilidad”, cit. p. 2231; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 190 y ss.

32 Cfr. PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: “Autonomía y discriminación de colectivos vulnerables: nuevos límites a la contratación privada en relación con el rechazo a contratar por motivos discriminatorios”, en AA.VV. *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa* (coord. por M.M. HERAS HERNÁNDEZ, M. PEREÑA VICENTE y P. DELGADO MARTÍN), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 541-553.

33 Cfr. CORTES MARGALLO, B.: “Derecho Civil y protección del discapacitado”, *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 15, 2003, pp. 175-178; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, N.: “Autonomía y protección de las personas con discapacidad”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2017, pp. 127-152; PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: “Protección jurídica de las personas con discapacidad y dependencia: la defensa de los derechos de las personas con discapacidad psíquica”, en AA.VV.: *Derechos y garantías frente a las situaciones de vulnerabilidad* (coord. por M. VALVIDARES SUÁREZ), Ediciones Universidad de Oviedo, 2016, pp. 39-62.

La problemática no se plantea, evidentemente, respecto de los discapitados incapacitados judicialmente. En este caso, la propia sentencia de incapacitación detalla en qué actos y negocios el declarado incapacitado tiene aptitudes volitivas y cognitivas suficientes.

Más dificultades podemos encontrar en relación con los discapitados no incapacitados judicialmente, aunque la solución es idéntica a la planteada en conexión con los incapaces de hecho o naturales. Si bien, cabe señalar que, en primer lugar, debe valorarse si la discapacidad en cuestión afecta a la capacidad de obrar.

Una vez que se ha llegado a la conclusión de que la discapacidad, por su propia naturaleza, puede tener incidencia en la capacidad natural de querer y entender debe considerarse si su repercusión en la capacidad volitiva y cognoscitiva es permanente, reversible o puede presentar cuadros en los que se encuentra intacta.

Pueden existir discapacidades que incidan en la capacidad de obrar de forma transitoria o reversible (sirva, a modo de ejemplo, un trastorno bipolar que alterna episodios depresivos, normales y maniacos). Los actos y negocios jurídicos de estas personas discapacitadas deben regirse por las reglas de la anulabilidad. Esto le permitirá impugnar todo aquel perjuicio provocado durante sus fases anormales, probando la correspondiente pérdida de voluntad.

En cambio, para los actos y negocios jurídicos de las personas cuya discapacidad es permanente y no presenta fases de recuperación el régimen aplicable debe ser el de la nulidad de pleno derecho por falta de consentimiento. Se produce pues cuando el sujeto carece autogobierno y es incapaz para prestar su consentimiento negocial.

Defender la nulidad para estos casos supone un mayor amparo para los intereses de la persona discapacitada no incapacitada judicialmente. Si se defendiera la vía de la anulabilidad los representantes legales no podrían alegarla –porque no ha sido incapacitado judicialmente– y porque la persona, por motivos obvios, no podría instarla.

3. Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. El Derecho Civil ante nuevas realidades.

No sería correcto concluir este análisis sin hacer, por breve que resulte, una referencia al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, propuesto el 21 de septiembre de 2018. Este anteproyecto supone una importante revolución respecto de figuras tan

arraigadas en nuestro ordenamiento como la modificación judicial de la capacidad de obrar o la tutela, entre otras.

En la exposición de motivos se señala que “con esta reforma se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, fundamentalmente en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, estableciendo las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”³⁴.

Una gran mayoría de las reformas recogidas en el anteproyecto pueden suponer un sustancial cambio, entre otras normas, del CC³⁵. De ellas, cabe destacar las referidas a la incapacitación y a la tutela. Así, se suprime toda regulación respecto de la incapacitación o modificación de la capacidad de obrar para regular en el título XI las medidas de apoyo a la discapacidad³⁶.

En este sentido, se procede a la eliminación de las causas de modificación de la capacidad de obrar vigentes en el actual art. 200 CC y de la tutela como se ha concebido has la actualidad. Esta institución, de innegable aplicabilidad práctica y muy arraigada en nuestro ordenamiento como medida de protección de las personas incapacitadas, vería muy mermado su campo de actuación³⁷.

34 Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Modificación”, cit. pp. 270.

35 Se verían afectados preceptos relativos a la nacionalidad (arts. 9.6, 10.8, 15.1, 20.2, 21.3 y 22.2), a la separación y al divorcio y a los efectos comunes derivados de dichas situaciones (arts. 81, 82.2, 91, 94 y 96), a la filiación (arts. 112, 121, 124, 125 y 137), a la patria potestad (arts. 156 y 171), a la tutela (arts. 199 a 237), curatela (arts. 266 a 292), defensor judicial (arts. 293 a 296) y guarda de hecho (art. 261 a 265), a la mayoría edad y emancipación (arts. 238 a 247) y la prodigalidad (art. 298). Se añaden unas disposiciones comunes (arts. 299 a 300) y algún otro cambio en materia de sucesiones, contratos y posesión. Asimismo, las modificaciones afectarían también a la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

36 El art. 248 de dicho título señala que “constituye el objeto del presente título la regulación de las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad. Las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”. Sobre esta cuestión, ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Modificación”, cit. pp. 272, indica que tal y como se recoge en la exposición de motivos, “no se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de ‘incapacidad’ e ‘incapacitación’ por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado. Parece ser que, por ello, se han suprimido en la Ley de reforma las causas que daban lugar a la modificación judicial de la capacidad de obrar (recogidas en el art. 200 CC)”.

37 Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La protección de personas con discapacidad: se acabó la tutela”, *Familia y Sucesiones ICAV*, núm 6, abril, 2019, pp. 22-25.

Junto con ella, también desaparecería la patria potestad prorrogada y rehabilitada en detrimento de la curatela. El Anteproyecto quiere potenciar la curatela y, en menor medida, la guarda de hecho como los principales medios de defensa jurídica de los intereses y derechos de las personas con discapacidad³⁸. En esencia, la reforma mantiene las funciones del curador intactas³⁹.

Sin embargo, plantea que, de forma muy excepcional y en aquellos casos cuya gravedad así lo recomiende, se puedan ampliar y tengan un carácter más general. Supone, como resulta bastante evidente, una especie de absorción de la tutela en favor de la curatela en consonancia con el espíritu de la reforma: dotar a las personas discapacitadas de un superior grado de autonomía y preservar su capacidad de decisión.

El Anteproyecto supone, en caso de que llegue a materializarse, una intensa transformación en la protección del discapacitado, algo que ha sido objeto de múltiples y recientes estudios doctrinales⁴⁰. A mi modo de ver, la reforma en ciernes esconde una finalidad muy legítima y positiva, como es la de reforzar la independencia de las personas con discapacidad para la toma de decisiones relativas a su esfera personal o patrimonial⁴¹.

No obstante, cabe señalar que, dada la muy inestable situación política actual en la que los consensos se han convertido en un ideal inalcanzable, resulta sumamente complejo que reformas tan ambiciosas puedan acometerse en un

38 Cfr. ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M. "La curatela como medida de protección idónea en los casos de incapacitación", *Actualidad civil*, núm. 2, 2015.

39 La reforma no solo plantea cambios desde el punto de vista procesal o procedimental. Como muy bien resumen ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Modificación", cit. pp. 272-273, "se establece que el procedimiento de provisión de apoyos se realice a través de una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo (...), se realizan las necesarias adaptaciones terminológicas en (...) la Ley de Enjuiciamiento Civil. (...) La primera modificación relevante (...) establece que el proceso judicial solo procede cuando, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador. (...) Se da solución al problema derivado del cambio de residencia habitual de la persona con discapacidad cuando se encuentra pendiente el proceso de provisión de apoyos., que se remite al Juez de la nueva residencia, siempre que no se haya celebrado aún la vista. Asimismo, entre otras, se reforman otros preceptos en los que se permite la presentación de alegaciones por aquella persona que en la demanda aparezca propuesta como curador de la persona con discapacidad, se admite la intervención a su costa en el proceso de cualquiera los legitimados que no sea promotor del procedimiento [sic], o de cualquier sujeto con interés legítimo, y se reordenan las pruebas que preceptivamente deben practicarse en este tipo de procesos, posibilitándose que puedan no llevarse a cabo las audiencias preceptivas cuando la demanda presente el propio afectado y aquéllas puedan invadir su privacidad, al dar a conocer a su familia datos íntimos que él prefiera mantener reservados".

40 Cfr. CUENCA GÓMEZ, P.: "Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad," *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 38, 2019, pp. 82-101; MARGARIÑOS BLANCO, V.: "Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, pp.199-225; MARTÍNEZ GÁLVEZ, A.C.: "Instituciones tutelares y de apoyo en el Anteproyecto de Ley que Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 9449, 2019; PAU PEDRÓN, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, pp. 5-28.

41 Cfr. PARRA LUCÁN, M.A.: "Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. por M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 183-232.

corto plazo de tiempo. Es, por tanto, posible que este Anteproyecto quede en una mera propuesta.

Supone, en todo caso, un importante cambio de paradigma. Es un nuevo paso en favor de la protección de las personas con diversidad funcional cuyo tratamiento jurídico ha ido y debe seguir evolucionando, de forma paulatina, en favor del reconocimiento de sus derechos en todas las parcelas de nuestro ordenamiento jurídico⁴².

42 Cfr. ALCÁIN MARTÍNEZ, E.: "Hacia la actualización del Derecho civil conforme a la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad. Apuntes para su reforma", en AA.VV.: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (coord. por B. ANDREU MARTÍNEZ, A. LECIÑENA IBARRA, J. MARTÍNEZ MOYA, J.A. COBACHO GÓMEZ y F. LEGAZ CERVANTES), Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 165-200; GARCÍA CANTERO, G.: "Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad", en AA.VV.: *Los mecanismos*, cit. pp. 41-56; GARCÍA RUBIO, M.P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, pp. 173-197; GOÑI HUARTE, C.: "La necesaria reforma del Código Civil en materia de discapacidad", en AA.VV.: *La persona en el S. XXI: una visión desde el derecho* (coord. por E. ALBA FERRE y A. ROLDÁN MARTÍNEZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 191-204.

BIBLIOGRAFÍA.

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, t. IV, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 456 y ss.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M. "La curatela como medida de protección idónea en los casos de incapacitación", *Actualidad civil*, núm. 2, 2015.

ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: "Hacia la actualización del Derecho civil conforme a la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad. Apuntes para su reforma", en AA.VV.: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (coord. por B. ANDREU MARTÍNEZ, A. LECIÑENA IBARRA, J. MARTÍNEZ MOYA, J.A. COBACHO GÓMEZ y F. LEGAZ CERVANTES), Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 165-200.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Modificación judicial de la capacidad de obrar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana (AJI)*, núm. 10, 2019, pp. 224-269.

BUIGUES OLIVER, G.: "Algunas consideraciones acerca de la capacidad jurídica de la mujer en Roma: ¿era posible que el marido ejerciera la tutela?", en AA.VV.: *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, vol. I, Universitat de Valencia, Valencia, 1989, pp. 169-180.

CABRERA MERCADO, R. "El proceso de incapacitación, en AA.VV.: *Estudios de Derecho judicial*, núm. 22: ejemplar dedicado a los discapacitados y su protección jurídica, (coord. por P. GONZÁLEZ POVEDA y J.M. PICÓN MARTÍN), 1999, pp. 207-230.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Común y Foral*, t. III, Reus, Madrid, 1983, pp. 507 y ss.

CORDERO CUTILLAS, L.: "La discapacidad e incapacitación judicial en el derecho civil: ¿conceptos sinónimos?", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 55-56, 2005.

CORTES MARGALLO, B.: "Derecho Civil y protección del discapacitado", *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 15, 2003, pp. 175-178.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, N. "Autonomía y protección de las personas con discapacidad", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2017, pp. 127-152.

CUENCA GÓMEZ, P.: "Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 38, 2019, pp. 82-101.

DE CASTRO CID, B. "Personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar", en AA.VV.: *Manual de teoría del Derecho*, Universitas, Madrid, 2004, pp. 213-228.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 279 y ss.

DE SALAS MURILLO, S.: "Artículo 200. Causas de incapacitación", en AA.VV.: *Código Civil comentado*, (coord. por R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO, ANTONIO LEGERÉN-MOLINA y MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA), vol. I (Título preliminar: De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I: De las personas. Libro II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones. Artículos 1 a 608), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 1000-1004.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La protección de personas con discapacidad: se acabó la tutela", *Familia y Sucesiones ICAV*, núm. 6, abril, 2019, pp. 22-25.

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: "De la nulidad de los contratos. Comentario a los artículos 1.300 a 1.314 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (coord. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), t. XVII, vol. 2, Edersa, Madrid, 1995, pp. 286 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, t. I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 190 y ss.

DURÁN RIVACOBIA, R.: "El matrimonio en intervalo lúcido", en AA.VV.: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1251-1272.

ESCRIBANO TORTAJADA, P.: "La anulabilidad de los actos de las personas discapacitadas", *Actualidad civil*, núm. 19, septiembre, 2007, p. 2228-2235.

EVANGELIO LLORCA, R.: *Los contratos celebrados por los incapaces naturales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 30 y ss.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, núm. 23, I, 2011, pp. 53-81.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M.: "Los derechos de los incapaces e incapacitados. Aspectos sustantivos y procesales", en AA.VV.: *Derecho de las minorías y grupos diferenciados*, 199, pp. 103-124.

FORTUNAT STAGL, J.: "La concepción gayana de persona y la capacidad jurídica parcial de los esclavos", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 30, 2018.

GALLEGRO DOMÍNGUEZ, I. "Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado", en AA.VV.: *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. por J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ), Wolters Kluwer, Madrid, pp. 113-180.

GARCÍA CANTERO, G.: "Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad", en AA.VV.: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. por S. DE SALAS MURILLO), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 15-40.

GARCÍA RUBIO, M.P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, pp. 173-197.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 190 y ss.

GÁZQUEZ SERRANO, L. y MÉNDEZ SERRANO, M.M.: "Tratamiento jurídico de la discapacidad desde la perspectiva del derecho civil", en AA.VV.: *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea* (coord. por C. MOLINA FERNÁNDEZ, E. ALCAÍN MARTÍNEZ, M.T. ALAMEDA CASTILLO y J. GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA), Comares, Granada, 2006, pp. 95-158.

GOÑI HUARTE, C.: "La necesaria reforma del Código Civil en materia de discapacidad", en AA.VV.: *La persona en el S. XXI: una visión desde el derecho* (coord. por E. ALBA FERRÉ y A. ROLDÁN MARTÍNEZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 191-204.

GORDILLO CAÑAS, A.: "Incapacidad de obrar. Presunción de capacidad mediante no se acredite la incapacidad", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 16, 1988, pp. 209-220.

GULLÓN BALLESTER, A.: "Capacidad jurídica y capacidad de obrar", en AA.VV.: *Estudios de derecho judicial*, Ediciones del Consejo General del Poder Judicial (coord. por P. GONZÁLEZ POVEDA y J.M. PICÓ MARTÍN), núm. 22 (ejemplar dedicado a los discapacitados y su protección jurídica), Madrid, 1999, pp. 11-22.

HEREDIA PUENTE, M. y FÁBREGA RUIZ, C.F.: "Algunas ideas sobre el modelo institucional de protección de incapaces en el Derecho civil español", *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 497-516.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: "La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores", en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor* (coord. por M.P. POUS DE LA FLOR, R.A. LEONSEGUI GUILLOT y F. YAÑEZ VIVERO), Exlibric Ediciones, Málaga, 2009, pp. 7-18.

LETE DEL RÍO, J.M.: "El proceso de incapacitación", *Actualidad civil*, núm. 4, 2001, pp. 1475-1510.

MARGARIÑOS BLANCO, V.: "Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, pp.199-225.

MARTÍN PÉREZ, A.: "Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: revisión del modelo de protección basado en la incapacitación", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penedés* (coord. por F.P. BLASCO GASCÓ), vol. 2, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1469-1485.

MARTÍN ROMERO, J.A. "Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado", *Revista jurídica del notariado*, núm. 60, 2006, pp. 105-160.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "Artículo 322. Capacidad del mayor de edad", en AA.VV.: *Código Civil comentado*, (coord. por R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, F.J. ORDUÑA MORENO, A. LEGERÉN-MOLINA y M.J. PÉREZ GARCÍA), vol. I (Título preliminar: De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I: De las personas. Libro II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones. Artículos 1 a 608), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 1333-1335.

- "El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. S. DE SALAS MURILLO), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 15-40.

MARTÍNEZ DÍEZ, R. "La formulación notarial del Derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales", en AA.VV.: *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 27-44.

MARTÍNEZ GÁLVEZ, A.C.: "Instituciones tutelares y de apoyo en el Anteproyecto de Ley que Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 9449, 2019.

NIETO MARTÍNEZ, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 3 (julio-septiembre), 2016, pp. 1-47.

NÚÑEZ NÚÑEZ, M.: "Puntualizaciones a la capacidad contractual: delimitación de los conceptos de incapacitación, incapacidad y discapacidad", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, 2007, pp. 453-464.

O'CALLAGHAN, X.: "La declaración de incapacidad", en AA.VV.: *La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 45 y ss.

PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: "Autonomía y discriminación de colectivos vulnerables: nuevos límites a la contratación privada en relación con el rechazo a contratar por motivos discriminatorios", en AA.VV.: *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa* (coord. por M.M. HERAS HERNÁNDEZ, M. PEREÑA VICENTE y P. DELGADO MARTÍN), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 541-553.

- "Protección jurídica de las personas con discapacidad y dependencia: la defensa de los derechos de las personas con discapacidad psíquica", en AA.VV.: *Derechos y garantías frente a las situaciones de vulnerabilidad* (coord. por M. VALVIDARES SUÁREZ), Ediciones Universidad de Oviedo, 2016, pp. 39-62.

PARRA LUCÁN, M.A.: "Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. por M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 183-232.

PAU PEDRÓN, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, pp. 5-28.

PEREÑA VICENTE, M.: *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad. Las soluciones del Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2006.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C.: "Sentencia de 29 de abril de 2009. Incapacitación judicial. Interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil y demás legislación vigente en materia de incapacitación a efectos de acreditar su adecuación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con,

discapacidad, ratificada por España”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil (CCJC)*, núm. 82, 2010, pp. 317-350.

RODRÍGUEZ ESCUDERO, M.V.: “La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida”, en AA.VV.: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (coord. por J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ y M. PEREÑA VICENTE), vol. 2, Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 373-392.

ROMERO COLOMA, A.M.: “Testamento e intervalos lúcidos”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 55, 2012, pp. 281-294.

- “Incapacitados judicialmente e incapaces: problemática jurídica” en *Revista jurídica del notariado*, núm. 69, 2009, pp. 363-406.

ROVIRA SUEIRO, M.E.: *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia capacidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2018, pp. 27 y ss.

RUBIO TORRANO, E.: “Protección patrimonial de las personas con discapacidad y competencias autonómicas en Derecho Civil y en materia tributaria”, *Aranzadi civil-mercantil: revista doctrinal*, vol. I, núm. 11, marzo, 2013, pp. 35-39.

SEISDEDOS MUIÑO, A.: Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales: a propósito de los artículos 118.1 1ª del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil, *Actualidad civil*, núm. 1, 1999, pp. 261-270.

TEMPRANO VÁZQUEZ, C.: “La presunción de capacidad de los discapacitados judicialmente. Flexibilización de la presunción de capacidad para realizar actos mortis causa frente a los actos inter vivos”, *Diario La Ley*, núm. 9267, 2018.

TORRALBA SORIANO, V.: “La llamada incapacidad natural”, en AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Luis Martín Ballester* (coord. por R. DE ÁNGEL YAGÜEZ), Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1983, pp. 569 y ss.

TORRES GARCÍA, T.F.: “Discapacidad e incapacitación”, en AA.VV.: *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. por J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ), Wolters Kluwer, Madrid, 2007, pp. 437-460.

- “Efectos de la incapacitación”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la persona física*, vol. 2, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, 123-171.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Artículo 1263. Incapacidad para consentir”, en AA.VV. *Código civil comentado*, pp. 638-641.

