

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS MAYORES *ELDERLY PERSONS' CIVIL LIABILITY*

Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN*

Resumen

Los ordenamientos jurídicos europeos pueden clasificarse en dos modelos principales en función de su tratamiento de la responsabilidad civil de las personas mayores con discapacidad psíquica. El modelo de la culpabilidad civil es seguido en sistemas jurídicos tales como Alemania, Italia o Portugal. Para ellos la capacidad de entender y de querer es un presupuesto para la existencia de la responsabilidad por culpa. A diferencia de este primer modelo, un segundo modelo sujeta a las personas mayores con discapacidad intelectual a un régimen más riguroso de responsabilidad. Así, en Francia, la falta de capacidad no constituye una causa de exoneración de responsabilidad por culpa desde 1968. Además, este trabajo se ocupa del estudio de la materia en algunos textos internacionales dirigidos a modernizar el Derecho de Daños europeo (Borrador de Marco Común de Referencia y Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil). Finalmente, analiza la reciente modificación del Código Civil con el fin de adaptar el ordenamiento español a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Palabras clave

Responsabilidad civil, personas mayores, discapacidad, capacidad jurídica, culpa, imputabilidad.

* Profesora Catedrática de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid. Dirección de correo electrónico: alma.guitian@uam.es. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros», financiado por PID2019-104226GB-I00 / AEI / 10.13039/501100011033 (Ministerio de Ciencia e Innovación), y cuyas IP son Alma Rodríguez Guitián y Pilar Benavente Moreda.

La presente contribución se ha cerrado en abril de 2021, estando el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, durante su tramitación parlamentaria en el Senado, habiéndose aprobado con carácter previo por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados con competencia legislativa plena. Tras el citado cierre y entrega de este trabajo se aprobó la Ley 8/2021 de 2 de junio, que modifica sustancialmente algunos de los preceptos legales citados en el mismo. En pruebas solo se ha podido hacer referencia a tales textos en notas a pie de página, no en el texto.

Abstract

European legal systems can be classified into two main models as regards their approach to mentally disabled elderly people's civil liability. The civil culpability model is followed in legal systems such as Germany, Italy or Portugal. For them the ability to reason is a precondition for liability in negligence. Unlike this first model, a second model subjects mentally disabled elderly persons to a more rigorous regime of liability. So, in France the lack of capacity is no longer a defence against liability in negligence from 1968. In addition this paper deals with the study of the subject in some international instruments directed to modernizing the European Tort Law (Draft of Common Frame of Reference and Principles of European Tort Law). Finally, it analyzes the recent modification of the Civil Code in order to adapt the Spanish system to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Keywords

Civil Liability, Elderly People, Disability, Legal Capacity, Fault, Imputability.

Sumario. I. Notas introductorias; II. Breve apunte histórico de la tradicional ausencia de responsabilidad de las personas con discapacidad psíquica; III. Posibles fórmulas en la regulación actual de la responsabilidad civil de las personas mayores con discapacidad intelectual o psíquica; 1. Primer grupo de sistemas jurídicos: análisis casuístico de la capacidad de discernimiento como presupuesto de la responsabilidad civil por culpa; A. Ejemplo jurisprudencial: sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 10 de julio de 2007; B. Ligazón intrínseca de los conceptos de imputabilidad civil y culpa; C. Consecuencias jurídicas de la falta de imputabilidad civil de la persona mayor con discapacidad; a. Ausencia de responsabilidad civil extracontractual de la persona mayor sin capacidad de discernimiento; b. Deber de resarcimiento por razones de equidad; b.1. Especial atención al DCFR; 2. Segundo grupo de sistemas jurídicos: desvinculación del análisis de la capacidad de discernimiento para la determinación de la responsabilidad civil por culpa; A. Ejemplo jurisprudencial: sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de febrero de 2012; B. Adopción de un concepto objetivo de culpa; a. Ejemplo de un ordenamiento con un concepto objetivo de culpa: Francia; b. Solución intermedia entre un concepto objetivo y subjetivo de culpa: PETL; C. Análisis de la conciliación del principio de responsabilidad por hecho propio de la persona mayor con discapacidad intelectual o psíquica con el ordenamiento jurídico español vigente; D. Reforma del Código Civil en materia de discapacidad. IV. Bibliografía.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

LA llegada a la ancianidad no implica necesariamente la tenencia de alguna discapacidad intelectual o psíquica, pero sí es cierto que la predisposición de las personas a sufrir las mismas se acrecienta con la edad. Así, un porcentaje importante de personas mayores padece alguna enfermedad neurodegenerativa que afecta a sus facultades intelectivas y volitivas, que en la práctica implica, entre otros trastornos, alteraciones de la personalidad con pérdidas de memoria, desorientación,

inquietud, confusión o agresividad. Todo ello tiene como consecuencia que las personas mayores con una discapacidad intelectual o psíquica puedan ser, por una parte, especialmente vulnerables a ser víctimas de lesiones en su esfera personal y patrimonial y, por otra, que ellas mismas se conviertan con mayor facilidad en potenciales creadoras de riesgos y de efectivos daños en la persona o en el patrimonio de terceros (2).

El objeto de este trabajo se va a centrar en la hipótesis de la responsabilidad civil extracontractual de personas mayores con discapacidad intelectual o psíquica, en cuanto, sin duda, se reputa como la más polémica en la actualidad. Por razones lógicas de espacio, se excluye el tratamiento de la responsabilidad de las personas mayores que padecen alguna clase de discapacidad física, siendo muy frecuente esta situación en personas de edad avanzada que lógicamente sufren una severa disminución de sus aptitudes y habilidades. Sí me gustaría dejar constancia, no obstante, de la divergencia que existe en este último supuesto entre el Borrador de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*) y los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (*Principles of European Tort Law*). Ambos son dos textos privados, redactados por grupos de académicos [el primero por el *Study Group and European Civil Code* y el *Research Group on ECP Private Law (Acquis Group)*], y el segundo por el *European Group on Tort Law*] y, por tanto, no vinculantes desde el punto de vista jurídico. Pero gozan de bastante relevancia en la medida en que buscan la armonización del Derecho de la Responsabilidad Civil europeo, aunque el *Draft Common Frame of Reference* posee un ámbito objetivo más extenso, ya que incide en más sectores del Derecho Patrimonial.

El *Draft Common Frame of Reference* (en adelante *DCFR*), al referirse expresamente a las personas con discapacidad física, sostiene que estas estarán sujetas a los mismos requisitos de diligencia que el resto de las personas. En concreto, en el comentario al artículo VI.-3:102 (que se inserta en el Libro VI que regula «La responsabilidad no contractual derivada del daño causado a otro»), al ocuparse del concepto de negligencia, se cita el siguiente ejemplo: Un anciano mayor con problemas auditivos quita nieve de la acera y, al no poder oír los gritos de advertencia de un transeúnte que se está aproximando por detrás, le golpea en la cara con la pala. Según el citado comentario, el hecho de que el anciano no oiga bien no cambia que el movimiento que hizo con la pala pueda considerarse una conducta voluntaria que suponía un peligro. Por ello puede afirmarse que esta persona mayor actuó con negligencia, ya que conocía sus problemas de audición y, por consiguiente, debería haber sido consciente del peligro y haber mirado hacia atrás antes de mover la pala (3).

(2) En este sentido, BERENGUER ALBALADEJO, M. C., *Responsabilidad de la persona mayor con discapacidad y de sus guardadores por los daños causados a tercero*, Colección de Derecho Español Contemporáneo, Reus, Madrid, 2017, pp. 7-8.

(3) CONSÚLTASE STUDY GROUP AND EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full edition, edited by Ch. von Bar and E. Clive, vol. 4, München, 2009, pp. 3402-3403. El art. VI-3:102 considera negligente la conducta de una persona cuando, o bien no alcanza el nivel de diligencia señalado por una disposición legal cuyo fin es la tutela de la víctima del daño causado, o bien de cualquier otra manera no alcanza el nivel de diligencia exigible a una persona razonablemente diligente en las circunstancias del caso.

Difiere del texto anterior el tratamiento jurídico que llevan a cabo los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (en adelante PETL). En el citado texto la culpa viene definida en el artículo 4:101 señalando que «*Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible*». Mediante la enumeración de una serie de factores se determina en el artículo 4:102 (1) cuál es dicho estándar de conducta:

«El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos» (4).

Como puede observarse, los PETL recogen, siguiendo el pensamiento de la mayoría de los componentes del *European Group on Tort Law*, un concepto objetivo de culpa que se basa en un estándar objetivo de conducta que cualquier persona en principio ha de seguir, con independencia de sus características personales. No obstante, en el artículo 4:102 (2) PETL se lleva a cabo una corrección, para ciertos casos particulares y en circunstancias excepcionales, de la noción objetiva de culpa recogida como regla general en el párrafo primero del citado precepto, con el objetivo de evitar un excesivo rigor a la de hora valorar las posibilidades efectivas que tiene una persona de actuar conforme a dicha regla general. Se prevé una adaptación, pues, de tal regla cuando no sea exigible que una persona la cumpla, por causa de la edad, la discapacidad física o psíquica o de la concurrencia de circunstancias extraordinarias (5).

Los comentarios al precepto explican que estamos ante una causa de exoneración que está en cierto modo implícita en el concepto de culpa y que por esta razón no se recoge como un concepto separado e independiente en el capítulo previsto para las causas de exoneración. También establecen que no se señala un determinado límite de edad por debajo del cual una persona no ha de estimarse responsable y elogian que la ausencia de fijación de una edad límite permita la aplicación de esta cláusula a personas de edad avanzada, cuyas habilidades se han deteriorado (6).

(4) Cuando el artículo 4: 102 (1) PETL menciona el término de «*persona razonable*» está aludiendo al modelo moderno del *bonus pater familias* del Derecho Romano, que es un sujeto que tiene en cuenta los posibles intereses ajenos que puedan lesionarse. Esta figura se adapta, no a la personalidad individual del causante del daño, sino a la categoría que representa. Por ejemplo, especialista razonable en cirugía estética frente a especialista razonable en medicina general. Consúltese MARTÍN-CASALS, M. (coordinador), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC), Thomson Aranzadi, 2008, p. 116.

(5) (2) «El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla».

(6) Consúltese al respecto MARTÍN-CASALS, M. (coordinador), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., pp. 115 y 119-120. PANTALEÓN PRIETO, F., voz «culpa» (Derecho Civil), *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, 1995, p. 1864, en relación con el ordenamiento jurídico español, señala que en el Derecho Civil en principio rige un patrón de diligencia abstracto u objetivo: actúa con culpa quien no prevé o evita un hecho lesivo que podría haberse previsto o evitado

Como apuntaba antes, el objeto del presente trabajo se restringe al tratamiento de la responsabilidad civil extracontractual de las personas mayores con discapacidad intelectual o psíquica. Teóricamente son dos las cuestiones que aquí se plantean: primero, la propia responsabilidad de la persona mayor como causante material del daño y, segundo, la posible declaración de responsabilidad de las personas encargadas de la supervisión y guarda de las anteriores (7). Hasta el momento actual el acento siempre se ha puesto en el segundo de los planos, siendo muy escasos los estudios de la responsabilidad civil por hecho propio del anciano con esta clase de discapacidad (8). De ahí que me centraré en el primero de los planos, sin perjuicio de llevar a cabo ciertas consideraciones sobre el segundo plano cuando el hilo argumental lo requiera.

Las razones para tal escaso tratamiento del primero de los planos son de variada índole. En primer lugar, desde el punto de vista de la normativa legal, el Código Civil español guarda silencio acerca de la responsabilidad civil tanto de los menores de edad como de las personas con capacidad judicial modificada y de aquellas personas denominadas incapaces de hecho. Por el contrario, el artículo 1903 del Código Civil sí que se refiere de modo explícito a la responsabilidad de padres y tutores por el daño causado a terceros por parte de las personas sujetas su supervisión, es decir, menores o incapacitados (9). La segunda razón es de carácter procesal, y consiste en la falta de frecuencia con que el demandante interpone la acción de daños, además de contra los guardadores, frente al

empleando la diligencia que, en las particulares circunstancias, era razonablemente exigible a una persona de aptitudes físicas e intelectuales normales, prudente y cuidadosa (la propia, pues, de un buen padre de familia). Ahora bien, este autor también explica que la inclusión en el artículo 1104. I del Código Civil de determinadas expresiones, como «naturaleza de la obligación» y «circunstancias de las personas» conducen a sostener que la objetivación del patrón de diligencia exigible no es de carácter absoluto, sino «tipológico». Esto es, han de distinguirse grupos de actividades, profesores, grupos de edad o de habilidades físicas o intelectuales generalizables. Cita como ejemplo el cuidado exigible a un anciano impedido, que será el razonablemente exigido a los ancianos impedidos, y no a las personas adultas sanas. Por ello entiende que el modelo de diligencia no es estrictamente objetivo sino objetivo-típico.

(7) Señalan ambos planos SEUBA TORREBLANCA, J. C./FARNÓS AMORÓS, E./FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Daños causados por personas con trastornos mentales», *Indret*, 2/2004, p. 1 (www.indret.com),

(8) Excepcionalmente cabe enumerar los trabajos de BERENGUER ALBALADEJO, M. C., *Responsabilidad de la persona mayor con discapacidad y de sus guardadores por los daños causados a tercero*, Colección de Derecho Español Contemporáneo, Reus, Madrid, 2017 y YÁÑEZ VIVERO, M. F., «La responsabilidad de los daños causados por las personas mayores incapaces», *La protección de las personas mayores*, Lasarte Álvarez (dir.), Tecnos, Madrid, 2007 y «El tratamiento de los daños causados por personas con discapacidad psíquica en los *Principles on European Tort Law*», *Actualidad Civil*, núm. 5, tomo I, quincena del 1 al 15 de marzo, 2009 (consulta de la edición *online* en *laleydigital*).

(9) Artículo 1903 CC: 2. «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

3. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. (...)

6. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

La Ley 8/2021 de 2 de junio modifica el tercer párrafo del artículo 1903 del Código Civil y añade un párrafo cuarto, con el texto que se indica a continuación:

«Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien prestan apoyo, siempre que convivan con ella».

autor material del daño, probablemente llevado por la idea de que aquellos disfrutan de un patrimonio más solvente (10).

Por último, la cuestión de la responsabilidad por hecho propio de la persona mayor con discapacidad intelectual o psíquica ha devenido de gran relevancia en la actualidad debido al tratamiento jurídico que se hace de la misma en el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, cuya remisión a las Cortes Generales acordó el Consejo de Ministros el pasado 7 de julio de 2020. Su objetivo general es la adaptación del ordenamiento español a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006 (en adelante CDPD). En particular, el artículo 12.2 de dicha Convención sostiene que «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 tal expresión abarca tanto la titularidad de derechos como la capacidad para ejercer los mismos. El texto enviado a las Cortes Generales recoge sustancialmente el aprobado como Anteproyecto en otoño de 2018 (11). Ahora mismo el Proyecto de Ley se encuentra en tramitación parlamentaria, en concreto, en el Senado tras su aprobación por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados con competencia legislativa plena.

Tal reforma legislativa implica una reforma de calado tanto en buena parte de las normas del Código Civil como en el resto de los textos legales que no reconocen la plena capacidad jurídica de estas personas, en su doble perspectiva de titularidad y de derecho a actuar. Como se ha señalado por solvente doctrina, la capacidad y la responsabilidad son dos conceptos íntimamente ligados entre sí, de modo que el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (en nuestro caso de las personas mayores) en las mismas condiciones que el resto de las personas supone que ellas serán responsables de sus actos de forma idéntica a los demás (12).

Ello afecta, por supuesto, a la esfera contractual, de modo que el incumplimiento de un contrato llevará consigo, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios. Pero también al ámbito extracontractual, de modo que, tal y como se verá *infra*, el citado Proyecto de Ley consagra expresamente, frente al silencio del Código Civil vigente, la responsabilidad por hecho propio de la persona con disca-

(10) YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 5.ª edición, Dykinson, Madrid, 2019, p. 346.

(11) GARCÍA RUBIO, M. P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, p. 30, explica que ni la Convención ni el Anteproyecto de modificación del código civil español para la adaptación del sistema español a tal Convención definen la discapacidad, aunque la mayoría de la problemática abordada se refiere a personas adultas con dificultades para comprender y tomar decisiones, incluyendo la comprensión de sus consecuencias en todos los ámbitos de la vida. Por consiguiente, dentro de tal concepto se incluyen las discapacidades de orden intelectual, las que impiden adoptar decisiones, los daños cerebrales, las demencias de toda clase y otras hipótesis similares. Solo de modo excepcional el texto contiene algunas disposiciones específicas sobre discapacidades de tipo sensorial o física.

(12) GARCÍA RUBIO, M. P., «La nueva regulación de la capacidad jurídica se remite por fin a las Cortes Generales», *Hay Derecho y Expansión*, 14 de julio de 2020 (disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/07/14/la-nueva-regulacion-de-la-capacidad-juridica-se-remite-por-fin-a-las-cortes-generales/>) (fecha de consulta: 9 de octubre de 2020).

pacidad, con independencia de si dicha persona tenía o no suficiente capacidad de discernimiento en el momento de la comisión del ilícito civil (13).

II. BREVE APUNTE HISTÓRICO DE LA TRADICIONAL AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA

En el Derecho Romano los actos de los furiosos y de los dementes se equiparaban, al igual que el de los infantes, a los daños causados por el hecho de un animal sin dueño ni guardador o los producidos por la caída de una teja. Así, se excluyen tales actos lesivos del ámbito de la *Lex Aquilia*: «(...) Si un loco hubiese causado daño ¿se aplica la acción de la Ley Aquilia? Pegaso lo negó, porque, ¿qué culpa tiene el que no es cuerdo? Y esto es certísimo. De ahí que cesará en este caso la acción de la Ley Aquilia, como cesa si un cuadrúpedo hubiese causado daño o si cayere una teja. Si hubiere causado el daño un infante, deberá decirse lo mismo, pero si lo hubiese hecho un impúber, dice Labeón que, toda vez que se obliga por el hurto, queda obligado también por la Ley Aquilia. Y opino que esto es cierto con tal que sea capaz de discernir la injusticia» (14).

Se entiende, pues, que la falta de discernimiento del denominado furioso o demente que causa el daño es equiparable al caso fortuito. La enfermedad mental (*furor*) provoca que la persona que la padece carece por completo de capacidad negocial y delictual (15). Dicha irresponsabilidad por los actos lesivos de estas personas va acompañada de una ausencia de responsabilidad del guardador por dicho acto (16). El *furiosus* se halla desde antiguo sujeto a un *curator*, que cuidaba y administraba el patrimonio de aquel (17).

(13) Apunta García Rubio, M. P., que el cambio de paradigma que implica la Convención de NU de Nueva York de 2006, con la adopción de un modelo social de discapacidad, va a suponer mayor interacción entre las personas con discapacidad y el resto de las personas, lo que, sin duda, va a implicar, a su vez, el incremento de daños provocados por las primeras y el correlativo aumento de los litigios. Por otra parte, este hecho irá acompañado de un mayor número de personas con discapacidad por el crecimiento exponencial de personas mayores en la sociedad actual. Véase «La responsabilidad de las personas mayores con discapacidad y de quienes le prestan apoyo en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo II, Ataz, J./Cobacho, J.A. (dirs), Aranzadi, 2021, p. 970.

(14) Digesto 9,2,5: «Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis aquiliae actio sit? et pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. cessabit igitur aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. quodsi impubes id fecerit, labeo ait, quia furti tenetur, teneri et aquilia eum: et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax» (<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest9.shtml>).

(15) KASER, M., *Derecho Romano Privado*, traducción de la 5.ª edición por Santa Cruz Teijeiro, J., Reus, 1968, p. 75. Este autor señala que los negocios llevados a cabo en intervalos lúcidos (*lucida intervalla*) son objeto de apreciación, caso por caso, en la época clásica, pero posteriormente son apreciados de modo general.

(16) CASAS PLANES, M. D., «Antecedentes históricos de la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, y la de sus guardadores (estudio comparativo de su criterio de imputación)», *Anuario de Derecho Civil*, volumen I, 2008, p. 166.

(17) KASER, M., *Derecho Romano Privado*, cit., p. 296.

Es en el Derecho común en la Baja Edad Media donde se vislumbran ya los primeros atisbos de la responsabilidad por hecho ajeno de los familiares del incapaz. A pesar de que en el derecho medieval se parte de la aceptación del principio romano de la falta de responsabilidad por los daños causados por incapaces, simultáneamente surge la necesidad social de individualizar las personas que se hagan cargo de las consecuencias de los hechos lesivos de aquellos bajo su supervisión. De los escasos textos medievales españoles de inspiración germánica relativos a la guarda del loco o del enajenado y a la responsabilidad derivada de los daños por ellos cometidos, la referencia más significativa es la incluida en el Fuero de Cuenca, de gran autoridad en Castilla en el siglo XII, que alude a la responsabilidad del familiar del incapaz: «Si un padre, o una madre tiene un hijo perturbado y teme pagar las penas pecuniarias de los delitos que pueda cometer, téngalo cautivo o atado hasta que se calme o se cure, mientras continúe fuera de sí, para que no cause daño; pues por cualquier daño que cause, los padres tienen que responder, y no le valdrá a aquél que haya renegado de él ante el Concejo o lo haya desheredado. Este precepto está establecido para que nadie diga que su hijo está loco o perturbado y que renuncia ante él ante el Concejo y luego, con ocultación y engaño, haga que él mate a alguien o cause un incendio o cualquier otro daño» (18).

A la configuración del Derecho Medieval en esta materia también han contribuido las Partidas. En particular, la Ley 9.^a del título I de la Partida séptima puede estimarse el antecedente del artículo 1903.3 del vigente Código Civil, en la medida que mantiene, refiriéndose a los parientes del loco, furioso o desmemoriado, que no están exentos de culpa cuando no los hacen guardar de modo que no puedan causar mal a otro (19). Parece, pues, que los parientes de estas personas son las únicas responsables del daño ocasionado por estas últimas en cuanto la Ley 3.^a del título XV de la Partida séptima consagra la irresponsabilidad del loco y del desmemoriado, en lógica coherencia con su incapacidad para prestar consentimiento, contraer matrimonio, otorgar testamento o llevar a cabo cualquier otro acto civil (20).

Por consiguiente, en el derecho histórico se parte de la irresponsabilidad civil del incapaz. La causa subyacente a la fórmula de la irresponsabilidad en estos casos se hallaba en la concepción negativa existente acerca de la enfermedad psíquica, en particular, y del incapaz en general (21). El estudio histórico

(18) CASAS PLANES, M. D., «Antecedentes históricos de la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, y la de sus guardadores», cit., pp. 167-168.

(19) El artículo 1903 del Código Civil ha sido modificado por la Ley 8/2021 de 2 de junio, con la redacción apuntada en la nota de pie de página 9 del presente trabajo.

(20) CASAS PLANES, M. D., «Antecedentes históricos de la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, y la de sus guardadores», cit., p. 172. Según esta autora, ha existido una desconexión clara entre el tratamiento del menor de edad y el incapaz pues, así como consta una posible responsabilidad del menor de edad púber o cercano a la edad de la pubertad en el Derecho Romano posclásico y la responsabilidad del menor mayor de diez años y medio en las Partidas, en ningún texto se reconoce la posible responsabilidad del incapaz (p. 182).

(21) Así CASAS PLANES, M. D., «Antecedentes históricos de la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, y la de sus guardadores», cit., p. 192. En este mismo sentido explica PAU, 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, septiembre-diciembre 2018, pp. 6-7, que hasta tiempos muy recientes la situación de las personas con alteraciones mentales era contemplada como un problema cuya resolución pasaba por la adopción de una medida drástica, como era sacarles de la sociedad.

de la materia permite concluir, tal y como se ha sostenido, las razones paternalistas que subyacen a dicha tesis, que en absoluto son conciliables ya con el querido fomento actual de la autonomía de las personas con discapacidad (22).

III. POSIBLES FÓRMULAS EN LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS MAYORES CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL O PSÍQUICA

A continuación, se profundiza en los dos grandes modelos de regulaciones normativas que pueden encontrarse en la actualidad acerca de la responsabilidad civil de las personas mayores con discapacidad intelectual o psíquica (23). Para una mayor aclaración de la exposición se toma siempre como punto de partida una sentencia judicial española que resuelve la cuestión desde el tratamiento jurídico por el que ha optado cada uno de los dos modelos de ordenamientos jurídicos. Ambos pronunciamientos se han escogido por la similitud del contexto donde se produce el hecho lesivo y de los sujetos que lo causan.

1. PRIMER GRUPO DE SISTEMAS JURÍDICOS: ANÁLISIS CASUÍSTICO DE LA CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA.

A. Ejemplo jurisprudencial: sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 10 de julio de 2007 (24)

Un anciano de 78 años, mientras fuma en la habitación de la residencia donde se encuentra internado, provoca un incendio y, además de cuantiosos daños materiales, causa su propia muerte. La AP concluye la responsabilidad civil de este último argumentando que se trata de un anciano enfermo con ciertos padecimientos físicos, pero sin ninguna enfermedad que le impida gobernarse por sí mismo. Por consiguiente, ha de responder de sus actos libres y voluntarios y de las consecuencias de los mismos. Solo se alude en la sentencia, como problema psíquico, a un deterioro cognoscitivo, que, al calificarse de leve, como es usual que suceda en los ancianos que sufren pequeños despistes, es irrelevante para exonerarle de responsabilidad.

Esta decisión judicial es reflejo de una primera perspectiva a la hora de resolver la responsabilidad civil extracontractual de las personas mayores: se

(22) CASAS PLANES, M. D., «La responsabilidad por hecho propio del incapaz y del menor de edad (estudio comparativo, en especial, de su criterio de imputación)», *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 47, Sección Estudios, marzo 2007, p. 9 (*La Ley* 1045/2007).

(23) Consúltese PANTALEÓN DÍAZ, M., «Children's Liability in Negligence», *JETL*, 9 (1), 2018, pp. 25 ss, que, a propósito del estudio de la responsabilidad por el *tort of negligence* de los menores de edad en Inglaterra y en Gales, distingue dos grandes grupos de ordenamientos jurídicos, que ella denomina «the civil culpability model» y «the objective misconduct model». Están explicados con detenimiento especialmente en las pp. 31-39.

(24) AC 2008/163.

analiza si el anciano demandado, de acuerdo con sus características individuales y circunstancias personales, posee capacidad de entender y de querer y, puesto que en el caso concreto así es, se concluye su responsabilidad.

Ahora bien, como suele ser habitual en la práctica, solo se interpone la demanda de daños contra la residencia en la que vive el anciano y contra la compañía de seguros de esta última, pero no contra los herederos del anciano. Respecto a la responsabilidad civil de la residencia, se considera que no existe la misma debido a que no se aprecia culpa *in vigilando* por su parte, en cuanto que, dadas las facultades mentales normales del anciano, no se requería más que una normal supervisión sobre el mismo. Es cierto que al ingresar en la residencia se conoce ya que tenía el vicio de fumar, o tabaquismo, pero queda acreditado que la Residencia vigiló que no fumase en la habitación. Pese a ello, el interno, por lo que consta en autos, decidió libremente fumar, logrando eludir la vigilancia que se le hizo. No cabe, pues, según el tribunal, hablar de culpa alguna de la demandada por no haber extremado la vigilancia para un anciano cuyas facultades mentales nadie ha cuestionado y que, por tanto, era plenamente responsable de sus actos.

Resuelve la sentencia en el fundamento de derecho 2.º que «De suerte que si un anciano de estas características, pese a la normal vigilancia de la Residencia, causa un incendio por fumar en su habitación, dicha residencia carece de culpa y responsabilidad alguna, por hallarnos ante un supuesto de culpa exclusiva de la víctima, persona mayor de edad y capaz síquica y por ello legalmente, que decide voluntariamente fumar a escondidas en su habitación pese a la prohibición expresa y vigilada de la Residencia. Por todo lo cual, no cabe sino concluir que el citado incendio y sus consecuencias no es imputable objetivamente a la demandada por ninguno de los criterios existentes de imputación objetiva –el del riesgo general de la vida, prohibición del regreso, provocación, fin de protección de la norma y adecuación–; y sí solo a la víctima que con su negligente a todas luces actuar provocó dicho incendio».

B. Ligazón intrínseca de los conceptos de imputabilidad civil y culpa

La culpa es uno de los criterios de imputación de la responsabilidad civil extracontractual, una de las razones que permiten explicar que del daño sufrido por una persona deba hacerse cargo el patrimonio del causante del hecho lesivo. En un primer grupo de ordenamientos jurídicos, para poder responder civilmente por culpa es requisito *sine qua non* ser capaz de culpa civil, es decir, ser civilmente imputable. Incapaces de culpa civil son aquellos sujetos que no tienen capacidad natural de entender y de querer. En particular, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, se trata de aquellas personas incapaces, o bien de percibir el riesgo que su conducta puede llevar consigo para los bienes de otros, o bien de determinarse libremente (25).

Esta tesis implica, trasladada a la materia objeto del presente trabajo, que habrá que atender a las condiciones personales del causante del daño y analizar en cada caso, para poder apreciar la existencia de responsabilidad civil extracon-

(25) En este sentido PANTALEÓN PRIETO, F., voz «culpa» (Derecho Civil), cit., pp. 1864-1865.

tractual, si la persona mayor poseía o no capacidad de discernimiento en el momento de la comisión del ilícito civil. El juez, en vez de establecer una automática presunción de inimputabilidad en la hipótesis de una persona mayor con discapacidad intelectual, ha de valorar casuísticamente si tal persona, en el momento de la realización del hecho lesivo, es capaz de entender y de querer (26). Tal tesis presupone, por consiguiente, la adopción de un concepto subjetivo de culpa y la afirmación de que no puede ser jurídicamente responsable quien no lo es desde el punto de vista moral.

Ciertos sistemas jurídicos sí prevén de forma expresa en su articulado esta afirmación de que solo los imputables responden civilmente por culpa. Así, cabe citar, a título ejemplificativo, el artículo 2046 del Código Civil italiano (27), el parágrafo 827 BGB (28) o el artículo 488 del Código Civil portugués (29).

En el ordenamiento español la doctrina civilista, de modo prácticamente unánime, comparte esta tesis, afirmando que la culpa o negligencia exigida por el artículo 1902 del Código Civil presupone la imputabilidad civil de la persona a la

(26) Así lo afirma CASAS PLANES, M. D., «La responsabilidad por hecho propio del incapaz y del menor de edad (estudio comparativo, en especial, de su criterio de imputación)», cit., p. 10. Cita el ejemplo concreto de la demencia senil. Explica que en el comienzo de la enfermedad las personas que la padecen suelen ser imputables civiles, que coincide además con el momento temporal en que tienen más propensión a causar daños, porque esta fase se caracteriza por síntomas como la irritabilidad, vehemencia, rencor e intemperancia. Sin embargo, en la medida en que la enfermedad progresa y hay una pérdida total de las facultades mentales, se evidencia su inimputabilidad penal y civil (cit., p. 21).

(27) «Non risponde delle conseguenze dal fatto dannoso chi non aveva la capacità d' intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato d' incapacità derivi da sua colpa». La disposición legal remite al juez la tarea de verificar, caso por caso, si el autor del daño tiene dicha capacidad de entender y de querer. Según doctrina dominante el elemento de la capacidad de discernimiento no es relevante en las hipótesis en que juega un criterio distinto al de la culpa, como son los casos de responsabilidad objetiva o de responsabilidad por el hecho de otro. Por último, la doctrina italiana más reciente (*Salvi, Franzoni, Cossu*) estima anacrónico el precepto, proponiendo eliminar, en cuanto muestra de un trato diferenciado, la irresponsabilidad civil por los ilícitos civiles cometidos por las personas con falta de discernimiento. Véase CIAN, G./TRABUCCHI, A., «Commentario art. 2046 Codice Civile», *Commentario breve al Codice Civile*, 10.^a ed., Cedam, Padova, 2011, p. 2200.

(28) § 827. Ausschluss und Minderung der Verantwortlichkeit. «Wer im Zustand der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit einem anderen Schaden zufügt, ist für den Schaden nicht verantwortlich. Hat er sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er für einen Schaden, den er in diesem Zustand widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiel; die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er ohne Verschulden in den Zustand geraten ist». Señalan MARKESINIS, B. S./UNBERATH, H., *The German Law of Torts, A Comparative Treatise*, 4th ed, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 899, que, aunque ninguna responsabilidad pueda ser impuesta a las personas que sufren una perturbación mental que les impide la libre determinación de la voluntad en el momento de la causación del daño, ello no impide que otra persona pueda responder por tal daño, tal y como se verá más adelante, en virtud del parágrafo 832 BGB.

(29) «1. Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório. 2. Presume-se falta de imputabilidade nos menores de sete anos.» Sobre el precepto véanse las notas de Derecho Comparado al artículo VI.-5: 301 DCFR, en *Principles, Definitions and Model Rules*, cit., pp. 3695-3696.

que pretende estimarse responsable (30). Pero desde luego el requisito de la imputabilidad no aparece recogido de forma expresa, frente a otros ordenamientos jurídicos enumerados *supra*, en el citado precepto del Código Civil («El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»). Además, esta afirmación de la doctrina civilista mayoritaria de exigir la capacidad de culpa como presupuesto de la responsabilidad civil no acaba de comprenderse bien a la luz de las funciones de la responsabilidad civil. Desde luego tal exigencia sería coherente si se mantuviera la función preventivo-punitiva de esta última figura jurídica. Pero si la función es reparadora, como se sostiene por unanimidad (31), carece de relevancia, para considerar responsable civil a una persona, requerir que, efectivamente, esta tenga capacidad de discernimiento (32).

C. Consecuencias jurídicas de la falta de imputabilidad civil de la persona mayor con discapacidad

a. Ausencia de responsabilidad civil extracontractual de la persona mayor sin capacidad de discernimiento

En este primer bloque de sistemas jurídicos la persona mayor que no posea discernimiento suficiente para poder ser declarado imputable civil no tendrá que hacerse cargo con su propio patrimonio de los daños causados en virtud de la normativa reguladora de la responsabilidad civil extracontractual. Por tanto, en esta hipótesis surge, entonces, el problema de quién repara a la víctima los daños ocasionados. En todos los ordenamientos jurídicos antes mencionados se prevé un doble mecanismo: Por una parte, se regula, en mayor o menor extensión, la responsabilidad civil extracontractual de los sujetos que tienen bajo su supervisión legal o negocial a los inimputables. Así sucede en el artículo 1903.3 del Código Civil español (33), en el inciso 1.º del artícu-

(30) A título ejemplificativo, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, La Responsabilidad civil extracontractual*, Volumen 5, Thomson Reuters Civitas, 1.ª edición, 2011, p. 278; PANTALEÓN PRIETO, F., voz «culpa» (Derecho Civil), cit., pp. 1864-1865, MARTÍN CASALS, M./SOLÉ FELIÚ, J., «Comentario al artículo 1902 CC», *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo, A. (dir), Lex Nova, Valladolid, 2010-1, p. 2051, y ROCA TRÍAS, E./ NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de Daños: textos y materiales*, 7.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 (vid. capítulo IV apartado 4. La imputabilidad subjetiva) (consulta de la edición *online* de la obra). Ahora bien, hay un cierto cambio en PANTALEÓN PRIETO, F., «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas)», *La responsabilidad civil en el Derecho*, AFDUAM, 4, UAM-BOE, 2000, p. 172, nota 12 (véase *infra* nota de pie de p. 66).

(31) Por todos PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, tomo II, Paz-Ares, C., et al. (dirs), 2.ª edición, Civitas, 1993, p. 1971.

(32) En tal sentido, PANTALEÓN DÍAZ, M., «La enigmática regla 1.ª del artículo 118.1 del Código Penal sobre la responsabilidad civil de los inimputables», *Indret 3/2017*, p. 13 (www.indret.com)

(33) Señala el párrafo 3.º que los tutores son responsables de «los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía». El precepto solo prevé de modo expreso la responsabilidad del tutor, discutiéndose con carácter general si el precepto encierra o no una lista cerrada en cuanto a otros posibles responsables. PANTALEÓN PRIETO, F.: «Responsabilidad por hecho ajeno», *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen IV, Civitas, 1995, p. 5956,

lo 2047 del Código Civil italiano (34), en el párrafo 832 BGB (35) o en el artículo 491 del Código Civil portugués (36).

sostiene que una cierta extensión analógica puede admitirse, como, por ejemplo, al guardador legal o al defensor judicial, pero duda de la misma respecto a las personas que asumen de modo voluntario el deber de vigilar a menores o enfermos mentales, ya que a estos últimos cabría aplicarles en todo caso el artículo 1902 CC. Para que surja tal responsabilidad del artículo 1903 CC la conducta dañosa del causante material del daño ha de haber sido objetivamente intencional o negligente (es decir, idónea para hacer surgir la responsabilidad civil si es llevada a cabo por una persona media, capaz de culpa civil). La responsabilidad del tutor es directa y, en su caso, solidaria con la del causante material del daño (en caso de que este sea imputable). Se trata de una responsabilidad subjetiva si bien con inversión de la carga de la prueba de la culpa. Ampliamente sobre el artículo 1903 CC véase GÓMEZ CALLE, E., «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Reglero Campos, L. F./Busto Lago, J. M. (coords.), 5.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 1054 ss. Como he apuntado con anterioridad, el artículo 1903 del Código Civil ha sido reformado por la Ley 8/2021 de 2 de junio, con el contenido incluido en la nota de pie de página 9 del presente trabajo.

(34) «In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell' incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto».

Este precepto recoge, en el inciso 1.º, la regla general de la responsabilidad de las personas o instituciones que se encargan de la supervisión tanto de menores como de adultos con discapacidad psíquica (el precepto habla de personas incapaces de entender y de querer). El ejercicio de supervisión sobre la persona es la única condición que exige el precepto para que surja tal responsabilidad, que es, según la jurisprudencia, de carácter directo y se fundamenta en una presunción de culpa. La única causa de exoneración posible es que la persona o la institución responsables acrediten que el cumplimiento de su labor de supervisión ha resultado imposible por causa a ellos no imputable. En la práctica la mayoría de los pronunciamientos judiciales no se muestran favorables a la exoneración de responsabilidad de las personas que tienen bajo su custodia a estas personas con capacidad de discernimiento limitada. Sobre ello véase BUSNELLI, F. D./BARGELLI, E./COMANDÉ, G., «Liability for Damage Caused by Others under Italian Law», *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Spier, J. (ed.), Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003, p. 164.

(35) § 832 *Haftung des Aufsichtspflichtigen*.

«(1) Wer kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustands der Beaufsichtigung bedarf, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den diese Person einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde.

(2) Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernimmt.»

En el párrafo (1) se establece la responsabilidad de quien tiene, en virtud de una disposición legal, el deber de vigilancia de una persona en atención a sus condiciones físicas o psíquicas. Los familiares que no ostentan más que una guarda de hecho sobre una persona con discapacidad mental no son responsables, pues, en virtud de este párrafo 832 BGB, sino que su responsabilidad puede solo derivar de la lesión de un *Verkehrssicherungspflicht* (deber general de cuidado) en virtud del párrafo 823 BGB (por ejemplo, no hay responsabilidad vicaria de un esposo hacia su esposa con discapacidad mental). Las personas también pueden ser responsables por el hecho lesivo de otro si aquellos ostentan deberes contractuales cuyo objeto es la ejecución de la vigilancia [832 (2) BGB], por ejemplo, el personal de instituciones psiquiátricas u hospitales. Estas últimas instituciones responderán por el hecho de otro si no cumplen sus deberes generales de organización respecto al deber contractual de supervisar y cuidar a los adultos que se hallan bajo su supervisión (por ejemplo, si no emplean un personal debidamente especializado o formado). Consúltese FEDTKE, J./MAGNUS, U., «Liability for Damage Caused by Others under German Law», *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Spier, J. (ed.), Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003, p. 118.

(36) «As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido».

Ahora bien, qué sucede cuando por determinadas circunstancias la persona encargada de la supervisión legal o negocial del inimputable no puede responder (o porque no exista tal figura o, porque existiendo, consiga probar su falta de culpa o negligencia en la supervisión de la persona inimputable, o sea insolvente). Se ha puesto de relieve la injusticia que puede implicar en este tipo de situaciones que la víctima del daño quede sin reparación. Hace ya tiempo se cita el siguiente ejemplo por parte de la doctrina argentina (37): Un demente millonario mata con su automóvil, a causa de su imprudencia, a un padre de familia sin recursos materiales, del que dependían económicamente su esposa y sus hijos. A juicio de *Borda*, la justicia de que a la persona con trastornos mentales se le obligue, a la luz de las circunstancias del caso, a pagar la indemnización a la víctima es clara. El ya derogado Código Civil argentino de 1869 quiso colmar esa laguna sobre la irresponsabilidad civil del demente con la responsabilidad del curador (antiguo artículo 1117 del Código Civil), pero explica el autor que ello no siempre va a suponer una solución porque, por una parte, los dementes no declarados no tienen designado curador y, aunque lo tengan, a veces el curador puede quedar exento de culpa tras probar la imposibilidad de impedir el hecho ilícito del insano; por último, puede ser insolvente.

b. *Deber de resarcimiento por razones de equidad*

Para casos, pues, como el anterior apuntado por *Borda*, se prevé en este segundo bloque de ordenamientos, ante la ausencia de responsabilidad civil extracontractual de la persona que supervisa legal o negocialmente al inimputable civil, la denominada responsabilidad por equidad del causante material del daño. Su finalidad no es sino la consecución de una justicia distributiva: es decir, si la víctima es particularmente vulnerable y el demandado posee una gran fortuna, razones de justicia social pueden requerir, excepcionalmente, que el daño sea indemnizado (38).

El primer código que en el siglo XIX adopta semejante institución es el BGB, seguido más tarde por otros códigos, como el italiano o el portugués (39). El deber de reparar por equidad del causante material del daño posee carácter subsidiario a la responsabilidad civil de las personas encargadas de su vigilancia. Ahora bien, debido a que los adultos que carecen de capacidad de discernimiento, por razones prácticas o jurídicas varias, no están sujetos con frecuencia a una supervisión legal, la figura de la responsabilidad por equidad posee un mayor margen de aplicabilidad respecto a adultos inimputables civiles que en otros casos donde también se regula, como en el caso de los menores de edad (40). Tal

(37) BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, tomo I, 9.^a edición, Abeledo-Perrot, 1999, § 550.

(38) VON BAR, C., *The Common European Law of Torts*, Volume One, C. H. Beck, München, 1998, p. 101.

(39) CASAS PLANES, M. D., «Antecedentes históricos de la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, y la de sus guardadores», cit., p. 183 explica que en el siglo XVIII la Escuela del Derecho Natural defendió, entre sus postulados, la responsabilidad sin culpa o la responsabilidad basada en la equidad que tomaba en consideración la situación económica de las partes, y que tanta influencia ejerció en las Codificaciones de ascendencia germánica.

(40) VON BAR, C., *The Common European Law of Torts*, cit., p. 113. Extensamente sobre la responsabilidad por equidad en menores de edad en el Derecho Comparado en las pp. 101-112.

figura se recoge en el inciso 2.º del artículo 2047 del Código Civil italiano (41), el parágrafo 829 BGB (42) o el artículo 489 del Código Civil portugués (43). En el Código Civil portugués y en el BGB solo se alude, para la fijación por el juez de la cuantía de la indemnización, a las condiciones económicas del incapaz, mientras que en el Código Civil italiano se hace referencia a las condiciones económicas de ambas partes. En concreto, en el BGB y en el Código Civil portugués se incluyen, como límites a este deber de reparar por equidad, que la persona con perturbación mental no se vea privado de los medios necesarios para su razonable sustento y que no se vea privado de los recursos suficientes para cumplir con su deber legal de alimentos (44).

Interesante es también, fuera del continente europeo, la regulación prevista en el Código Civil de la Nación Argentina de 2014, donde parece establecerse también una responsabilidad por equidad del incapaz. Para que surja la responsabilidad extracontractual directa prevista en el artículo 1749 («Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión») es preciso que el acto sea imputable al agente, ya sea a título de culpa o dolo. Además, se requiere que el acto desarrollado sea voluntario, es decir, que haya sido ejecutado con discernimiento, intención y libertad (45). Cuando falta

(41) «Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l' autore del danno a un' equa indennità». CIAN, G./TRABUCCHI, A., «Commentario art. 2047 Codice Civile», *Commentario breve al Codice Civile*, 10.ª ed., Cedam, Padova, 2011, p. 2202, precisan que la víctima no tiene un derecho a la reparación, sino solo una potestad para ejercitar la acción dirigida a solicitar el pronunciamiento del juez, que va a ser discrecional tanto sobre la cuantía como sobre la concesión de la propia indemnización. En la edición del año 2020 de la obra estos autores literalmente califican este deber de indemnizar del agente del daño como una «responsabilidad objetiva atenuada» de la persona incapaz (CIAN, G./TRABUCCHI, A., «Commentario art. 2047 Codice Civile», *Commentario breve al Codice Civile*, 11.ª ed., Cedam, Padova, 2020, pp. 2682-2683).

(42) § 829 *Ersatzpflicht aus Billigkeitsgründen*.

«Wer in einem der in den §§ 823 bis 826 bezeichneten Fälle für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§ 827, 828 nicht verantwortlich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum angemessenen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf.»

Subrayan el carácter subsidiario de esta responsabilidad por equidad de la persona con perturbación mental, que solo entra en juego cuando no hay deber legal o negocial de supervisar al autor del daño, o cuando la indemnización no puede lograrse de la persona encargada de su vigilancia, bien por razones legales o fácticas, las notas de Derecho Comparado al artículo VI.-5:301 DCFR. Véase *Principles, Definitions and Model Rules*, cit., p. 3695.

(43) «1. Se o acto causador dos danos tiver sido praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo de equidade, ser condenada a repará-los, total ou parcialmente, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância.

2. A indemnização será, todavia, calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos.» Consúltese VON BAR, C., *The Common European Law of Torts*, cit. p. 113 y *Principles, Definitions and Model Rules*, cit., p. 3696.

(44) Señala YÁÑEZ VIVERO, F., «Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho Europeo de Daños», Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* número 22, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 101, que el criterio de las circunstancias económicas de la víctima del daño es prescindible en cuanto lo importante es la consistencia y la solvencia del patrimonio de la persona obligada.

(45) Véase artículos 260 y 261 del citado código.

alguno de dichos elementos, aunque no puede imputarse responsabilidad en virtud del artículo 1749 ya citado, el autor del daño causado por un acto involuntario (por ejemplo, por ausencia de discernimiento) responde por razones de equidad. Así lo dispone el artículo 1750 del Código Civil: «El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el artículo 1742 (...)» (46).

A su vez el artículo 1742 establece que «El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable». El artículo otorga, pues, al juez que interviene en el litigio la facultad de reducir la indemnización por motivos de equidad.

Con anterioridad a la reforma legislativa se había discutido si esta posibilidad, consagrada ya en el artículo 1069 del Código Civil de Vélez Sarsfield, era aplicable solo al ámbito extracontractual –en razón de la ubicación en dicho cuerpo legal de la norma– o también al incumplimiento de obligaciones. Dicha discusión carece ya de sentido en el nuevo Código Civil y Comercial, dado que la unificación de ambas clases de responsabilidad permite sostener la aplicación del artículo 1742 del código en el ámbito obligacional y extracontractual, sin distinciones.

El artículo 1742 contempla diversas pautas que el juez debe tener en cuenta a la hora de apreciar si procede atenuar la indemnización. Así, en primer lugar, la norma atiende a la situación patrimonial del responsable. En atención al carácter excepcional de la atenuación de la responsabilidad, ha de analizarse si su patrimonio está seriamente comprometido y si, ya sea por una mala situación anterior al hecho lesivo, o producto de la elevada cuantía del resarcimiento, el deudor únicamente cuenta con los recursos suficientes para su subsistencia.

El precepto también alude a la situación personal de la víctima. Un sector de la doctrina ha mantenido que la atenuación del resarcimiento debe excluirse cuando la víctima se encuentre en una situación patrimonial difícil, que le impida, por ejemplo, atender a su subsistencia o a la de sus familiares. Resultaría injusto atender exclusivamente a la condición económica del obligado, y prescindir de aquella en la que se encuentra la víctima.

Finalmente, el artículo deja abierta la posibilidad de que el juez también tome en cuenta las demás características del hecho dañoso con el fin de valorar debidamente la procedencia o no de la atenuación de la indemnización.

Más allá de los requisitos antes citados, el precepto impide la atenuación de la indemnización en los supuestos en que el agente haya actuado con dolo. Es una aplicación del principio tradicional según el cual el dolo no permite al responsable beneficiarse de limitaciones a la reparación, ya sean convencionales o legales. Cabe recordar que en el Código Civil argentino el dolo no consiste únicamente en

(46) PICASSO, S./SÁENZ, L. R. J., «Comentario a los arts. 1708 a 1756», *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo IV, libro III (arts. 1251 a 1881), Caramelo, G./Picasso, S./Herre-
ra, M. (dirs.), 1.ª ed., Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 466-467 y 665 ([http://www.saij.gov.ar/docs-f/
codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf](http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf))

la intención de ocasionar el daño, sino también en la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724, *in fine*, CCyC) (47).

b.1 *Especial atención al DCFR*

Por último, se recoge una responsabilidad por equidad en el artículo VI-5:301 (1) del Borrador del Marco Común de Referencia, que es significativa en cuanto se trata de un texto privado que busca la armonización del derecho patrimonial europeo (48). En este texto la situación de los discapacitados psíquicos, a diferencia de la de los menores de edad, no es tomada en cuenta a los efectos de adaptar o flexibilizar el estándar objetivo de conducta exigible y concluir, pues, cuándo una persona ha actuado de forma negligente. Pero, sin embargo, el hecho de ser una persona con discapacidad psíquica sí es considerado en el capítulo relativo a las causas de exoneración (Chapter V: *Defences*). Ello implica, tal y como se ha señalado (49), que el comportamiento de la persona con discapacidad puede ser negligente de acuerdo a la regla general (objetiva) del art. VI-3:102 DCFR (50), aunque sea civilmente inimputable (lo único no puede incurrir en dolo art. VI.-3:101).

Pero, a la vez, aunque se haya declarado la negligencia de la persona con discapacidad, ésta podría alegar la causa de exoneración de incapacidad psíquica (*mental incompetence*) recogida en el artículo VI.-5:301 (1) DCFR, de modo que, en su caso, quien carece de discernimiento suficiente para comprender la naturaleza de su conducta solo responderá en virtud del principio de la equidad, habiendo examinado sus medios económicos y las demás circunstancias del supuesto (51). Como señala *Gómez Calle* (52), el citado precepto restringe las consecuencias normales de la responsabilidad por culpa cuando el responsable es un discapacitado psíquico. Entre las opciones a favor de la responsabilidad o a favor de la irresponsabilidad de la persona con discapacidad, elige una opción intermedia a favor de la responsabilidad por equidad.

Se estima en el número (2) del artículo VI-5: 301 DCFR que padece discapacidad psíquica quien no es capaz de comprender el alcance de su propia conducta, salvo que tal falta de comprensión sea consecuencia transitoria de su propia culpa. Esto es, se trata de una persona, según los comentarios al precepto (53),

(47) Sobre el artículo 1742 del Código Civil y Comercial consúltese ampliamente PICASSO, S./SÁENZ, L. R. J., «Comentario a los arts. 1708 a 1756», cit., pp. 455-456.

(48) *Principles, Definitions and Model Rules*, cit., p. 3689.

(49) En este sentido, GÓMEZ CALLE, E., «La responsabilidad por otros en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil y en el Borrador del Marco Común de Referencia», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, p. 77.

(50) De acuerdo con el citado VI.-3:102 DCFR una conducta se estima negligente cuando, o bien no cumple el estándar de diligencia requerido por una disposición legal cuyo fin es la protección de la víctima del daño causado (apartado a), o bien no alcanza de otro modo el estándar de diligencia que podría esperarse de una persona razonablemente cuidadosa en las circunstancias del caso (apartado b).

(51) «A person who is mentally incompetent at the time of conduct causing legally relevant damage is liable only if this is equitable, having regard to the mentally incompetent person's financial means and all the other circumstances of the case. Liability is limited to reasonable recompense».

(52) GÓMEZ CALLE, E., «La responsabilidad por otros en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil y en el Borrador del Marco Común de Referencia», cit., p. 77.

(53) *Principles, Definitions and Model Rules*, cit., pp. 3690-3691.

que no puede prever las posibles consecuencias de su conducta y que no puede comprender cuál será el juicio de la sociedad al respecto. Según el precepto la falta de comprensión puede ser de carácter transitorio o permanente. Si es de naturaleza transitoria la conducta de la persona deberá ser sometida a evaluación para concluir si la ausencia de entendimiento es causa de exoneración de responsabilidad o no.

Los comentarios al precepto explican (54) que la solución a la que se llega a favor de la responsabilidad por equidad busca resolver el conflicto de intereses existente entre la protección de la víctima y las circunstancias adversas de la persona causante material del daño, esto es, una persona que, por su enfermedad mental, no puede diferenciar el bien del mal. Los efectos ordinarios de la responsabilidad por culpa quedan limitados en tres extremos (55): Primero, no se prevé el pago de una indemnización en especie, restringiéndose al deber de pagar una suma de dinero. Segundo, la responsabilidad se concreta en una compensación razonable (56), que queda sujeta al principio de justicia y de equidad según las circunstancias (57). Por último, tal compensación razonable solo se justifica si la persona responsable puede afrontarla porque posee una buena situación económica.

Se cita el siguiente ejemplo explicativo (58): A sufre esquizofrenia, dándose cuenta de repente de que una persona ha apagado la luz en su hogar. Dispara con una escopeta a dos individuos que se hallaban al lado del contador de la luz. Finalmente, solo se trataba de su propio padre y un electricista. Ambos fallecen. A pertenece a una familia solvente económicamente y cuenta con un importante patrimonio propio. Las personas dependientes del electricista podrán reclamar una indemnización razonable, pero, sin embargo, A deberá contar con los medios

(54) *Principles, Definitions and Model Rules*, cit., pp. 3689-3690.

(55) *Principles, Definitions and Model Rules*, cit.p. 3690.

(56) El concepto de responsabilidad por una compensación económica razonable se explica en los comentarios al art. VI.-5:202 (legítima defensa, gestión oficiosa de negocios ajenos y necesidad). En concreto, en los comentarios al apartado 3 (estado de necesidad: «Cuando, para evitar un peligro inminente a la vida, integridad física, salud o libertad propias o de un tercero, una persona cause un daño jurídicamente relevante al patrimonio de otra, y ese peligro no pueda haberse evitado sin causar dicho daño, no responderá del mismo más allá del pago de una compensación razonable») (*Principles, Definitions and Model Rules*, cit., p. 3669), la búsqueda de una solución que compense los daños y que, a la vez, respete los intereses de ambas partes por igual se considera una fórmula compleja. En este sentido el precepto considera que la persona que actúa en legítima defensa en una situación de emergencia solo debe pagar una indemnización razonable. Se deja a los tribunales un cierto margen de discrecionalidad. No es preciso –se explica– indemnizar el daño íntegro, siendo más correcto equilibrar los intereses en juego. La cantidad a pagar dependerá de la antigüedad y del valor de mercado del bien dañado. No obstante, no serán objeto de reparación los daños de carácter general, como las indemnizaciones por lucro cesante o las pérdidas de carácter no patrimonial.

(57) La responsabilidad sujeta al principio de justicia y equidad se explica en los comentarios al artículo VI.-3:103 (3) DCFR (menores de 18 años). Se indica (*Principles, Definitions and Model Rules*, cit., p. 3427) que lo relevante es el análisis de las circunstancias del caso, entre las cuales adquiere gran importancia la situación económica de las partes, aunque no es el único factor decisivo. También es importante analizar otros factores, como la existencia de culpa concurrente por parte de la víctima del daño, o si las partes disponen de un seguro. Así, cuando la víctima está suficientemente cubierta por un seguro personal, la equidad y la justicia no justifican la demanda frente al causante material del daño.

(58) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 3692.

precisos para su propio sustento y el de su madre, ya que esta depende de él desde el punto de vista económico (59).

Por su parte, frente al DCFR, en los ya aludidos Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL) se ha optado por la no incorporación de una cláusula de equidad, subrayándose (60) la dudosa utilidad práctica de dicha figura por su excepcional aplicación en los ordenamientos jurídicos que la contemplan y por la multitud de cuestiones abiertas que plantea su regulación, como, por ejemplo, qué factores entran en la valoración de la equidad, qué peso se otorga a cada uno de ellos, la relevancia de la existencia de un seguro privado y de un seguro público... (61).

Cabe preguntarse, por último, si podría sostenerse en el ordenamiento español actual una responsabilidad subsidiaria del incapaz por equidad. Es cierto que el artículo 3.2 del Código Civil prohíbe que las decisiones judiciales se basen de forma exclusiva en la equidad si no existe ley que expresamente lo admita, y desde luego en el Código Civil español actual no hay una norma semejante (62). Ahora bien, señala Yzquierdo Tolsada, que lo que el Código Civil prohíbe es el uso exclusivo de la equidad (sin ley), pero no la utilización de la equidad al servicio de la ley (63). A su juicio cabe argumentar en favor de una aplicación equitativa del artículo 1902 Código Civil en cuanto la equidad ha de ponderarse en toda operación de aplicación de la norma («habrá de ponderarse», señala el artículo 3.2 del Código Civil) (64).

(59) Por otra parte, el DCFR contempla un segundo plano, además de la ya analizada posible responsabilidad personal del causante directo del daño: la responsabilidad de las instituciones y demás organismos en los que habitan personas (ya sean mayores o menores de 18 años) que podrán causar daños personales o a la propiedad a terceros de no ser vigilados. Esto es, se refiere a la responsabilidad de tales instituciones que poseen el deber de supervisar a aquellas personas que implican un peligro para terceros. Véase el comentario al art. VI-3:104 DCFR (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., pp. 3437 ss)

(60) MARTÍN-CASALS, M., «La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual», *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editum, Universidad de Murcia, 2011, p. 86.

(61) Interesante para comprobar las dificultades prácticas planteadas por la responsabilidad por equidad es el caso resuelto por el *Bundesgerichtshof* de 11 de octubre de 1994 (*NJW* 1995, 452), en el que se plantea la conveniencia de aplicar la responsabilidad por equidad del párrafo 829 BGB en un supuesto en que el demandante tenía cubiertos los daños materiales ocasionados en un accidente de tráfico por el seguro obligatorio y reclamaba una compensación por los daños morales sufridos. Véase ampliamente en MARKESTINIS, B. S./ÜNBERATH, H., *The German Law of Torts*, cit., pp. 1000-1004.

(62) No obstante, la *Propuesta del Código Civil*, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil y publicada en Tecnos en 2018, sí prevé esta figura en el artículo 519.1-9, respecto a la persona inimputable por dolo o culpa por razones de plena capacidad. Está obligada a pagar una indemnización por el daño causado a la víctima siempre que se den tres requisitos: Su comportamiento es objetivamente negligente, no existe otra persona solvente a la que se declare responsable y la indemnización ha de ser conforme a las circunstancias económicas y sociales de perjudicado y autor del daño.

(63) *Responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 280. Parece apuntar esta posibilidad también PANTALEÓN PRIETO, F., «Culpa (Derecho Civil)», cit., p. 1865, en cuanto, al referirse a los incapaces de culpa civil, afirma que podrán responder del daño causado en la medida en que el Juez lo considere equitativo, pero de modo subsidiario de las personas encargadas de su vigilancia.

(64) Se afirma con cierta razón por SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad e incapacidad. La responsabilidad por daños causados por personas en las que concurre una causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 308, que en última instancia se trataría de una indemnización ex

2. SEGUNDO GRUPO DE SISTEMAS JURÍDICOS: DESVINCULACIÓN DEL ANÁLISIS DE LA CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA

A. EJEMPLO JURISPRUDENCIAL: SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 1 DE FEBRERO DE 2012 (65)

Los hechos de la citada sentencia con los siguientes: Un anciano, Victoriano, de 77 años de edad, al que se le había diagnosticado un deterioro cognitivo progresivo con ideas de autorreferencia-delirio paranoide, provocó un incendio en la residencia donde vivía al no apagar correctamente el cigarrillo que estaba fumando en su habitación. Al parecer era un fumador empedernido, de 3 a 4 cajetillas diarias. El gerente de la residencia, el mismo día del incendio, declara que conocía que el anciano solía fumar en la habitación a pesar de reiterados avisos que se le habían dado desde el día de su internamiento en la residencia.

En la inspección ocular realizada en la habitación el día del incendio se encontraron restos de una colilla y un encendedor. Se acredita que el fuego no solo causa su propia muerte, sino también la de su compañero de habitación, D. Carlos Miguel. Igualmente queda probado que, aunque la causa inmediata de la muerte fue una trombosis pulmonar, su origen se debe buscar «*sin ninguna duda*» en las quemaduras sufridas a raíz del incendio.

La demandante, hija del fallecido con el que compartía habitación el causante material del daño, solo demanda a la Residencia Sant Roc de Canet S. L., y a la compañía de seguros Bilbao Seguros (no a los herederos del anciano causante del daño). Mientras que el JPI absuelve a las entidades demandadas, la AP las condena al pago solidario de 78.993, 25 euros por aplicación de los artículos 1902 del Código civil y 76 de la Ley del Contrato de Seguro.

En esta sentencia se vislumbran muy bien los dos problemas planteados en la hipótesis estudiada en el trabajo: En primer lugar, la responsabilidad civil extracontractual del anciano: ¿cabe hacerle responsable civil a pesar de que no tiene capacidad para comprender las consecuencias de sus actos? La AP parece que entiende que sí, ya que no tiene en cuenta para apreciar su responsabilidad su deterioro psíquico: así, el tribunal declara que «la causa del siniestro nos permite afirmar que el primer responsable de lo ocurrido es el Sr. Victoriano...», quien eludía el cumplimiento de la norma que prohibía fumar, posiblemente por causa del deterioro cognitivo que padecía. Parece, pues, que implícitamente hace responsable al anciano por la mera infracción de un deber de cuidado, con independencia de su capacidad de discernimiento para comprender las consecuencias de sus actos. Pero, como antes explicaba, no se demanda a sus herederos sino solo a la residencia y a la compañía de seguros.

El segundo problema es el de la responsabilidad de la residencia. La Audiencia no condena a la residencia en virtud del artículo 1903 del Código Civil «por no concurrir ninguna de las previsiones» del citado precepto. Como he apuntado con

artículo 1902 del Código Civil y que este precepto presupone, según tesis mayoritaria en la doctrina española, la imputabilidad civil del autor.

(65) AC 2012/645.

anterioridad, este precepto simplemente menciona al tutor como responsable de los daños causados por menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía; por tanto, omite cualquier mención a la responsabilidad civil de las personas que sin título legal alguno se encargan de otras que necesitan protección, independientemente de que tengan o no su capacidad modificada judicialmente (66).

Se plantea la AP, sin embargo, que la residencia tenga responsabilidad por el artículo 1902 del Código Civil: «... Es preciso examinar si la mercantil recurrida, por sí o por sus empleados, infringió alguna norma de cuidado que merezca un reproche jurídico». Y tras el examen de los hechos, concluye que incurrió en culpa por hecho propio (sin perjuicio –señala– de las acciones de repetición que pudiera tener frente a los herederos del causante). Concurren dos datos fundamentales para demostrar la concurrencia de su comportamiento negligente: conocía tanto la patología mental del autor del daño como el hecho de que el anciano fumaba en su habitación. Señala la sentencia que la residencia «no ha demostrado haber extremado las medidas oportunas (p. ej., resolución negocial o rondas más continuas) para evitar que se produjera un daño al sr. Carlos Miguel por quien debía velar con especial cuidado por razón del contrato que había suscrito (cláusula 7.ª al folio 230) atendido su precario estado de salud (demencia senil y movilidad reducida)».

B. ADOPCIÓN DE UN CONCEPTO OBJETIVO DE CULPA

Desde este segundo modelo o fórmula cabe enfocar la responsabilidad civil extracontractual de la persona mayor con discapacidad intelectual de una forma muy distinta a la ya examinada con anterioridad en el epígrafe 1. Este segundo modelo prescinde, para estimar responsable por culpa a una persona con discapacidad intelectual o psíquica, del examen de su capacidad de discernimiento, esto es, de sus facultades intelectivas y volitivas en el momento de la comisión del daño. La imputabilidad no es, pues, un presupuesto para la determinación de la culpa y la ausencia de discernimiento no se considera una causa de exoneración de la responsabilidad.

Ello conduce, frente al concepto subjetivo de culpa mantenido por los ordenamientos antes analizados en el anterior apartado, a la adopción de un concepto objetivo de culpa. La culpa o negligencia no se entiende como culpabilidad de la conducta lesiva concebida como un reproche moral, sino como infracción de un deber de cuidado (67). Esto es, dicha noción presupone como criterio un estándar

(66) BERENGUER ALBALADEJO, M. C., *Responsabilidad de la persona mayor con discapacidad*, cit., p. 86, nota 103, apunta que el centro no asumirá la condición de guardador cuando el interno ya tenga guardador legal o de hecho (que normalmente serán las personas que lo han ingresado). Como he indicado con anterioridad, el artículo 1903 del Código Civil ha sido modificado por la Ley 8/2021 de 2 de junio, con el texto que he incluido en la nota de pie de página 9 del presente trabajo.

(67) PANTALEÓN PRIETO, F., «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas)», cit., p. 172, nota 12, afirma que el concepto de culpa no es necesariamente un concepto «moral», si con ello se está exigiendo la posibilidad de dirigir al concreto causante del daño un reproche moral. La culpabilidad moral, más próxima a la penal, no es un presupuesto de la culpa civil. Por eso en materias como la inimputabilidad la solución civil puede ser distin-

de conducta objetivo y abstracto al cual cualquier persona ha de adaptarse, cualesquiera que sean sus capacidades individuales y concretas. Toda desviación del estándar se estimará como culpa (68).

Desde luego se han esgrimido críticas a esta noción de culpa objetiva, en el sentido de que hacer responder a personas con discapacidad bajo un estándar que, con frecuencia, y en función de sus circunstancias específicas individuales no van a poder asumir, es contrario a criterios de justicia, poniéndose en duda que con tal sistema se esté protegiendo verdaderamente a esta categoría de personas (69). Frente a ello se argumenta que la exoneración de responsabilidad civil por los propios actos podría provocar que estas personas se sintiesen diferentes del resto de la colectividad y, al final, conduciría a su marginación social (70). Otro argumento añadido a este último y a favor de un concepto objetivo de culpa, es que la exoneración de responsabilidad de la persona con discapacidad conduciría a que la víctima se quedara sin obtener una indemnización por el daño sufrido en los casos de inexistencia, falta de solvencia o ausencia de negligencia por parte de la persona que se encarga de su supervisión.

Se trata de una elección entre «*dos partes inocentes*»: la pérdida debe recaer necesariamente en algún patrimonio, y entre recaer sobre la víctima o sobre una persona con discapacidad intelectual, se prefiere atribuir dicha pérdida a esta segunda (71). En este sentido se han propuesto ciertas fórmulas para evitar que el

ta de la penal pudiendo protegerse con ello los intereses de los perjudicados. Puede existir, pues, responsabilidad civil sin reproche moral.

(68) La evolución hacia un concepto de culpa objetiva se explica con detalle en MARTÍN-CASALS, M. (coordinador), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., pp. 106-107. Durante el proceso de codificación decimonónica el concepto de culpa adopta un significado más novedoso y de carácter subjetivo: así, con el fin de no asfixiar la libertad, la responsabilidad solo se declara cuando podía atribuirse a la persona responsable no haber evitado un daño que, efectivamente, podría haber sido capaz de impedir. Pero con el desarrollo industrial y tecnológico de la segunda mitad del siglo XIX, ante la inutilidad de un concepto subjetivo de culpa en vista de los resultados insatisfactorios a los que conducía su adopción desde el punto de vista social y de justicia material, se adoptaron dos vías: La primera vía fue el paso a fórmulas de responsabilidad no fundamentadas en un comportamiento individual que pudiera calificarse culpable, sino que, para ciertas actividades que suponían un riesgo más allá de lo tolerable, se atribuyó los efectos dañinos de las mismas al sujeto que poseía el control sobre dicha actividad y que se lucraba con ella. Se sentaron las bases para los futuros sistemas de responsabilidad objetiva. La segunda vía fue la objetivación de la culpa. La capacidad de discernimiento no se consideraba ya un presupuesto de la responsabilidad por culpa, y la culpa se equipara con la apreciación puramente objetiva de una desviación de conducta de una persona respecto de la de un modelo abstracto.

(69) En este sentido BERENGUER ALBALADEJO, M. C., *Responsabilidad de la persona mayor con discapacidad*, cit., p. 45.

(70) Este argumento se sostiene con frecuencia en los sistemas de *Common Law*, en los que prevalece la tesis de que la discapacidad mental no es una causa de exoneración de responsabilidad. Se mantiene que la admisión de una *defense of mental illness* a la responsabilidad por *tort* podría incrementar la resistencia pública a tener a estas personas dentro de la sociedad. Si se les da una inmunidad en caso de comisión de daños la sociedad misma les restringiría sus posibilidades para provocar esos hechos lesivos: se les reducirían sus oportunidades de obtener empleo o vivienda. Tal inmunidad exacerbaría probablemente los problemas de segregación social y estigmatización de estas personas, desde que dicha inmunidad les catalogaría como una clase especial de personas irresponsables e incompetentes que la sociedad en general querría evitar. Explica dicho argumento GOUDKAMP, J., «Insanity as a Tort Defence», *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 31, núm. 4, 2011, pp. 743-744.

(71) En este sentido DOBBS, D. B., *The Law of Torts*, Hornbook Series, West Group, St. Paul (Minn.), 2000, pp. 284 y 286-287. En EEUU la regla general sobre los daños ocasionados por personas

perjudicado quede sin indemnización, como es la constitución de un sistema de seguro obligatorio para las personas con discapacidad cuando están sujetas a un supervisor legal, o un fondo de garantía cuando aquellas no lo tengan (72). Fórmulas que, desde luego, no dejan de plantear ciertos problemas en el marco socioeconómico actual: un sistema de seguro no contará con el beneplácito inicial de las compañías de seguros ante la infrecuencia práctica de casos de daños causados por personas con discapacidad, y las creaciones de fondos de garantía por parte de las Administraciones plantean en la actualidad un grave problema de financiación (73).

Por último, en relación con las funciones de la responsabilidad civil, cabe sostener que con un sistema de afirmación de la responsabilidad civil de las personas con discapacidad intelectual, si bien la función compensatoria de la responsabilidad se despliega en toda su extensión (una vez afirmada dicha responsabilidad, la reparación a la víctima es integral), no cabe afirmar lo mismo respecto a la función preventiva, ya que la ausencia de comprensión del alcance del hecho lesivo por el demandado llevará consigo para él la inutilidad de un mensaje disuasorio de conductas semejantes futuras (también para otras personas que se hallen en sus mismas circunstancias), pero la función preventiva sí jugará, en cambio, para las personas que se encargan de su supervisión, que extremarán seguramente su diligencia a la hora de vigilarles para que no causen daños a terceros (74).

a. Ejemplo de un ordenamiento con un concepto objetivo de culpa: Francia

Es muy ilustrativo examinar la evolución del ordenamiento jurídico francés y su tránsito de un criterio subjetivo a un criterio objetivo de culpa (75).

con trastornos psíquicos es la de la afirmación de su responsabilidad por *tort*. El estándar que se aplica a estas personas es el de una persona razonable y prudente, de normal inteligencia, juicio y racionalidad. Es, pues, un estándar objetivo. El añade otros argumentos, además, para justificar la aplicación de tal estándar en estos casos, como la dificultad para el demandante, en caso de que se adoptara una noción de culpa subjetiva, de probar que el demandado llevó o no llevó a cabo todo lo que pudo para evitar el daño; o la dificultad para los jueces de establecer un adecuado estándar subjetivo, que implicaría determinar qué se estima como demencia o alteración mental y qué específica alteración mental derivó en una conducta negligente del demandado. Defienden igualmente la irrelevancia de la circunstancia de la discapacidad mental para estimar responsable al sujeto que la sufre PROSSER, W. L./KEETON, W., *Prosser and Keaton on Torts*, 5.ª ed., St. Paul (Minn.), 1985, p. 176.

(72) VINEY, G., *Les Obligations. La responsabilité: conditions*, sous la direction de J. Ghestin, L. G. D. J., París, 1982, p. 707.

(73) En este sentido YÁÑEZ VIVERO, F., *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz.*, cit., pp. 93 y 223.

(74) SEUBA TORREBLANCA, J. C./FARNÓS AMORÓS, E./FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Daños causados por personas con trastornos mentales», cit., p. 24.

(75) En la misma línea que el ordenamiento francés se halla el derecho inglés, donde, como antes ya he explicado, se establece que el hecho de que el demandado tenga una enfermedad mental en el momento de la comisión del *tort* no constituye una causa de exoneración de responsabilidad bajo las reglas del *tort* de *negligence*. En este sentido consúltese *Dunnage v. Randall* [2015] *England and Wales Court of Appeal, Civil Division* (ECWA Civ 673) (<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>), caso en el que se considera responsable al demandado, con esquizofrenia paranoide cuando se prende fuego y causa graves heridas al demandante, su sobrino. El tribunal no estima que la acción del demandado sea completamente involuntaria y fuera de su propio control, al revés de lo que sucedería cuando uno sufre una pérdida de conciencia repentina mientras conduce. Solo hipótesis como esta última justificaría la exoneración de

En un primer momento, antes del año 1968, el artículo 1382 del Código Civil francés, en el cual se inspira el artículo 1902 del Código Civil español, establecía que «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer». Mayoritariamente se entendía por doctrina y jurisprudencia que la «faute» era una culpa en sentido subjetivo. Tal concepción de la culpa, que estaba formada por dos elementos, esto es, un comportamiento objetivamente incorrecto y una capacidad personal de discernimiento, tenía dos efectos o consecuencias: por una parte, la irresponsabilidad de las personas privadas de razón (personas con trastornos mentales y menores de baja edad) y, por otra parte, dudas sobre la afirmación de la responsabilidad de las personas jurídicas (76). Esta ausencia de responsabilidad basada en la falta de discernimiento era acorde con el Derecho Romano y el antiguo Derecho francés. La jurisprudencia francesa únicamente admitía la responsabilidad de las personas con trastornos mentales en aquellos casos en que tales sujetos ostentaban la guarda o tutela de la cosa o del animal que causara el daño y debían responder por los daños causados por tal cosa o animal (77).

Pero un relevante sector doctrinal (*Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud y Jean-François Chabas*) empezó a elaborar una concepción objetiva de la culpa consistente en una mera violación de una regla de conducta, concluyendo así con ello la imputabilidad de los dementes (78). De modo que para determinar la responsabilidad de estos sujetos se debía comparar su conducta con la que hubiese

responsabilidad. A su juicio debe aplicarse el mismo estándar de diligencia a una persona con problemas mentales que el que se aplica a cualquier otro ciudadano. No obstante, existen voces críticas en este sentido, como la de GOUDKAMP, J., «Insanity as a Tort Defence», cit., pp. 746-747 y 753-754. De acuerdo con este autor, en primer lugar, se debería admitir la discapacidad mental como una *defence* fundamentalmente por dos tipos de razones. Primero, porque la admisión de la responsabilidad en estos casos sería coherente con el concepto de libre voluntad, esto es, con la idea de que los seres humanos son agentes con libertad de autodeterminación. El mencionado concepto es una manifestación de la mayoría de los principios básicos del *Tort Law*. Como, a su juicio, la discapacidad mental destruye o, al menos, disminuye en buena medida la capacidad de libre autodeterminación de una persona, el *Tort Law*, al no garantizar esta *defence*, no se adhiere con fidelidad al principio de libre voluntad. En segundo lugar, considera que la responsabilidad por *tort*, como sucede con la responsabilidad penal, implica una sanción y que, por consiguiente, es injusto imponerla a una persona con problemas mentales. Así, explica que la imposición de una responsabilidad por *tort*, al igual que la penal, está dirigida a señalar la desaprobación de la sociedad por una conducta contraria a derecho llevada a cabo por el demandado. En los países escandinavos tampoco se aprecia distinción en el tratamiento jurídico de la responsabilidad civil entre las personas con discapacidad mental y el resto de las personas; sobre ello VON BAR, C., *The Common European Law of Torts*, cit., p. 345.

(76) FLOUR, J./AUBERT, J.-L./SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations*, 2. Le fait juridique, 14 ed, Sirey, París, 2011, pp. 122-123.

(77) Article 1384 Code Civil français: «On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde».

Article 1385 Code Civil français: «Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé».

Véase esta información sobre esta jurisprudencia en VINEY, G., *Les Obligations. La responsabilité: conditions*, sous la direction de J. Ghestin, L. G. D. J. París, 1982, pp. 697-699

(78) *Leçons de Droit Civil*, tome II, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, premier volume, 9 édition, Paris, 1998, p. 466.

llevado a cabo en su lugar, en las mismas condiciones, una persona con una prudencia y diligencia media.

Una segunda etapa se corresponde con el año 1968, en el que se introduce en el Código Civil el artículo 489-2, redactado por la Loi n.º 68-5, du 3 janvier 1968: «Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation». Esto es, quien causa un daño a otro mientras se encuentra bajo el efecto de un trastorno mental, no está menos obligado a su reparación. Como se ha señalado, con este precepto el ordenamiento francés abandona la vieja idea moral de «faute» para acoger un concepto puramente objetivo, que ha abandonado el requisito de la imputabilidad subjetiva como condición de la responsabilidad (79). Se produce, pues, una verdadera revolución de la responsabilidad por hecho propio con la consagración de la *faute objective*: la mera constatación de un comportamiento incorrecto basta para hacer surgir la responsabilidad del causante material del daño (80).

El artículo 489-2 del *Code Civil*, como puede apreciarse de su tenor literal, solo se refiere expresamente a que los sujetos adultos con problemas mentales en el momento de la causación del daño son civilmente responsables de los daños que causen, y ello se ha extendido, por obra de la jurisprudencia, también a la responsabilidad de los menores, sufran o no problemas mentales (81). Así, la sentencia de la Casación Civil de 20 de julio de 1976, que mantiene que la ley debe aplicarse, no solo a los mayores con una alteración mental, sino también a los menores que se hallen en el mismo estado y, por su parte, varias decisiones de la Asamblea Plenaria dictadas el 9 de mayo de 1984 admiten que, para afirmar la responsabilidad de un menor de edad, los jueces no tienen que examinar su capacidad de discernimiento (82).

En la actualidad está vigente el artículo 414-3 del Código Civil francés, que se incluyó por la Loi n. 2007-308 du 5 mars 2007 de reforma de la protección jurídica de los mayores, que se limita a reproducir el contenido del artículo 489-2 introducido en 1968.

(79) Consúltense GARCÍA RUBIO, M. P., «El concepto de “faute” en el avant projet de loi réforme de la responsabilité civile. Novedad y continuidad en el código civil francés», *Culpa y responsabilidad*, Prats Albentosa, L./Tomás Martínez, G. (coords.), 1.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 381-382.

(80) FLOUR, J./AUBERT, J.-L./SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations*, cit., p. 124.

(81) Da cuenta VINEY, G. (*Les Obligations. La responsabilité*, cit., pp. 700 ss., núms. 586 a 588) de las dos interpretaciones doctrinales que surgen sobre el precepto introducido en 1968. Por una parte, la restrictiva, que defiende que tal ley ha creado un principio nuevo que nada tiene que ver con el derecho común de la responsabilidad por culpa: no hay ningún fundamento en favor de una modificación de la definición de culpa. Así, pues, tal sector doctrinal considera que la afirmación de la culpa de una persona sin discernimiento en sí misma es un absurdo. Mientras que, por otra parte, la interpretación doctrinal extensiva considera que el legislador ha querido, admitiendo la plena e íntegra responsabilidad del *aliéné* por los daños causados bajo la influencia de su problema mental, proporcionar su apoyo a la concepción objetiva de la culpa civil y suprimir, al mismo tiempo, el componente subjetivo de la cual la irresponsabilidad del discapacitado constituía su concreción más clara. Esta autora parece conforme con la idea de que el texto nuevo no ha creado un régimen específico de reparación de los daños causados bajo la influencia de la discapacidad mental, sino que ha elegido someter al incapaz al derecho común de la responsabilidad civil y comprender la responsabilidad por culpa.

(82) FLOUR, J./AUBERT, J.-L./SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations*, cit., p. 124.

b. Solución intermedia entre un concepto objetivo y subjetivo de culpa: PETL

Los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, como se ha apuntado con anterioridad, son fruto del deseo de armonización del Derecho de la Responsabilidad Civil extracontractual en el ámbito europeo. En el citado texto la culpa viene definida en el artículo 4:101PETL señalando que «Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible». Este precepto se completa con el artículo 4:102 (1), que precisa cuál es dicho estándar de conducta mediante la enumeración de una serie de factores:

«El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos» (83).

Los PETL recogen en este párrafo 1.º del citado artículo, siguiendo el pensamiento de la mayoría de los componentes del *European Group on Tort Law* que los redacta, un concepto objetivo de culpa fundamentado en un estándar objetivo de conducta que cualquier persona en principio ha de seguir, con independencia de sus características personales, y que en absoluto implica ya un reproche culpabilístico. Una desviación del estándar se estimará como una conducta negligente. Pero el artículo 4:102 (2), que es fruto de los últimos debates y de la idea de que puede resultar injusto aplicar en todo caso un estándar estrictamente objetivo, introduce algunos elementos subjetivos que permiten tomar en consideración, en circunstancias excepcionales, ciertas características individuales del causante del daño:

«El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla» (84).

Es decir, tanto la edad como la discapacidad física o psíquica son factores que se tienen en cuenta para adaptar el estándar objetivo de conducta exigible y, por tanto, para concluir cuándo una persona determinada incurre o no en una conducta culposa. Habrá que examinar, caso por caso, si el causante material del daño actuó

(83) Como ya he apuntado, este artículo, cuando menciona el término de «persona razonable», está aludiendo al modelo moderno del *bonus pater familias* del Derecho Romano, que es un sujeto que tiene en cuenta los posibles intereses ajenos que puedan lesionarse. Esta figura se adapta, no a la personalidad individual del causante del daño, sino a la categoría que representa. Consúltense *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 116.

(84) *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., pp. 104 y 107. Esta corrección del estándar puramente objetivo tiene como finalidad evitar que, de obligar a determinadas personas a seguir dicho estándar, estos últimos puedan quedar sujetos de hecho a un sistema de responsabilidad objetiva en vez de a uno de responsabilidad por culpa (cit., p. 119).

o no con arreglo a lo que resulta normal o razonable en una persona de su mismo grupo de edad o condición mental (85).

Si finalmente el agente del daño se comporta conforme al estándar de conducta previsto para su misma categoría quedará exonerado de responsabilidad, pero ello no significa que no deban responder, por culpa propia, las personas encargadas de su vigilancia, en caso de que la conducta del menor o del discapacitado sea objetivamente negligente por no haber observado la conducta exigible a un adulto razonable conforme al artículo 4: 102 (1) PETL (86). Así, el artículo 6:101 PETL, que regula la responsabilidad por los daños causados por los menores o por los discapacitados psíquicos, establece: «La persona que tiene a su cargo otra persona que es menor o que sufre discapacidad psíquica responde por el daño causado por esa otra persona a menos que demuestre que ella misma cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión».

Los comentarios a este último precepto señalan que se decidió adoptar el mismo modelo del ordenamiento suizo y alemán para daños causados por menores de edad, que consiste en la presunción de negligencia de padres y guardadores, presunción que cede ante la prueba de que han ejercitado de forma adecuada el deber de vigilancia sobre los menores. Se optó por el mismo tratamiento para las personas que asumen la supervisión de las personas con discapacidad psíquica, ya que no hay razones prácticas ni de política legislativa que justifiquen un trato diferente para estas últimas respecto a las que ejercen el control sobre los menores. La cuestión crucial será concluir si hay un deber de diligencia que establezca la vigilancia sobre el discapacitado. Sí que se precisa que tal deber puede ser más riguroso cuando se está ante personas o instituciones que cuidan a enfermos mentales en cuanto que en estas hipótesis el peligro es mayor (87).

(85) Para YÁÑEZ VIVERO, F., «El tratamiento de los daños causados por personas con discapacidad psíquica en los *Principles on European Tort Law*», cit., pp. 5-6, los PETL se inclinan por una solución intermedia entre la culpa objetiva y la subjetiva. La subjetivización del estándar objetivo implica, a su juicio, una modulación de ese canon a determinados grupos de personas. Lo que debería tenerse en cuenta, según la autora, no son las circunstancias particulares del sujeto que ha ocasionado el daño sino las características del grupo o categoría de individuos a las que pertenece el causante material del daño. Por consiguiente, para ella es posible admitir una cierta culpa en personas con discapacidad psíquica cuando lesionan el estándar de conducta exigible al grupo en el que se inserta. Ahora bien, MARTÍN-CASALS, M., «La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual», cit. pp. 58-59, explica, a propósito de los menores de edad, que los PETL adoptan un criterio subjetivo, es decir, analizan la conducta del menor en concreto y no en relación con la capacidad de otros menores de la misma edad. Cree que no hay razones que justifiquen un tratamiento distinto entre menores y personas con anomalías psíquicas.

(86) GÓMEZ CALLE, E., «La responsabilidad por otros en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil y en el Borrador del Marco Común de Referencia», cit., p. 77, pone el siguiente ejemplo relativo a un menor de edad: «(...) si un niño de tres años hiere a otro en un ojo arrojándole arena a la cara, él no incurre en culpa porque los niños de su edad no son capaces de percibir el peligro que encierran acciones de ese tipo [observa el estándar de conducta exigible a los niños de su grupo de edad (art 4:102 (2))], pero su conducta al mismo tiempo sería considerada culpable si hubiera sido llevada a cabo por una persona con capacidad de discernimiento suficiente para comprender el alcance sus actos y actuar en consecuencia (esto es, por una persona civilmente imputable); en los términos del art. 4:102 (1) PETL no se habría observado el estándar –objetivo– de conducta exigible a una persona razonable».

(87) *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 160.

C. ANÁLISIS DE LA CONCILIACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO DE LA PERSONA MAYOR CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL O PSÍQUICA CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL VIGENTE (88)

Cabe preguntarse si el ordenamiento jurídico español vigente impediría un modelo semejante en el que se declarase la responsabilidad por hecho propio de la persona mayor con este tipo de discapacidad. Es cierto que el artículo 32 del Código Civil, que en su momento se consideró una base normativa firme para apoyar la obligación de indemnizar de tales personas cuando producen daños en la persona o en el patrimonio de un tercero, está derogado tras la reforma de este cuerpo legal en materia de tutela por la Ley 13/1983 de 24 de octubre.

El precepto afirmaba que «La menor edad, la demencia o la imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de estos estados son susceptibles de derechos, y aun de obligaciones, cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero». Yzquierdo Tolsada (89) explica que el precepto fue suprimido porque la reforma de 1983 eliminó la lista cerrada de causas de incapacitación, al sustituirse el cuadro limitativo de supuestos por la fórmula flexible y abierta del actual artículo 200 del Código Civil («Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma»). Suprimida la lista, era necesario eliminar también la referencia a la misma contenida en el inciso 1.º del artículo 32. Como no era lógico mantener el inciso 2.º del precepto sin el primero con el que se coordinaba, el legislador hizo desaparecer la oración completa en vez de modificar el sujeto de la oración. Pero, a juicio del anterior autor citado, nadie puede dudar de que los menores o incapacitados son susceptibles de derechos y obligaciones, antes y después de la reforma, por muy limitada que tengan la capacidad de obrar. Mientras la personalidad jurídica exista pueden nacer obligaciones en su patrimonio.

Hay otros argumentos hoy que pueden apoyar la conciliación de un modelo semejante de responsabilidad con el ordenamiento español: en primer lugar, ninguna norma del ordenamiento se pronuncia de forma expresa excluyendo la responsabilidad civil extracontractual de la persona mayor con discapacidad (90). Por otra parte, el artículo 1902 del Código Civil se limita a mencionar los términos de «culpa» o «negligencia», pero sin adoptar de forma expresa un concepto determinado de culpa (91). Igualmente, el artículo 1903 del Código Civil tampoco

(88) Como he indicado con anterioridad, en la fecha de cierre del presente trabajo (abril de 2021) aún no se había aprobado la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que modifica algunos de los preceptos mencionados en este epígrafe, como el artículo 200 del Código Civil y el artículo 118.1.1ª del Código Penal».

(89) *Responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 282.

(90) Con la Ley 8/2021 de 2 de junio se consagra ex novo, en el artículo 299 del Código Civil, la responsabilidad civil extracontractual de la persona con discapacidad. Véase el epígrafe siguiente Reforma del Código Civil en materia de discapacidad.

(91) No obstante, GARCÍA RUBIO, M. P., «La responsabilidad de las personas mayores con discapacidad y de quienes le prestan apoyo en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legisla-

señala que los únicos responsables sean las personas allí recogidas, esto es, determinadas personas que se encargan de la supervisión legal o guarda del causante material del daño.

Existe, además, un precepto en el Código Penal vigente, el artículo 118.1.1.^a, del que podría derivarse la idea de que los inimputables penales a los que se refiere el citado precepto (es decir, los incluidos en los números 1.º y 3.º del artículo 20 del Código Penal (92)), aunque queden exentos de responsabilidad penal, sin embargo responden civilmente *ex delicto* en todo caso, es decir, tanto si son imputables como inimputables civiles. Sería una buena muestra de que en nuestro ordenamiento ya se ha aceptado la responsabilidad civil del inimputable civil, admitiendo un concepto objetivo de culpa y, por tanto, prescindiendo de la capacidad de discernimiento del sujeto autor del hecho.

En concreto, el artículo 118.1.1.^a señala que «La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:

1.^a En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables».

Un sector penalista ya viene sosteniendo desde hace tiempo que el término «imputables» con el que acaba el precepto es una errata por parte del legislador, y que el término correcto sería el de «inimputables» penales, refiriéndose, por tanto, a los exentos de responsabilidad penal ex artículo 20 números 1.º y 3.º (93). Por el contrario, una buena parte de la doctrina civilista afirma que no hay ningún error del legislador penal en el vigente artículo 118.1.1.^a CP y que, en realidad, la responsabilidad civil *ex delicto* del inimputable penal en virtud de los números 1.º y 3.º del artículo 20 queda supeditada a que este sea, a su vez, civilmente imputable,

ción civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», cit.p. 981, explica que en la Base 21 de la Ley de Bases de 1888 se encuentran indicios de una concepción de la culpa como hecho generador de la responsabilidad civil y no solo como criterio de imputación a su autor, ya que en la misma se califica como culpables a las personas sujetas a la supervisión de otras: «(...) se fijarán los efectos de la culpa o negligencia, que no constituyan delito ni falta, aun respecto de aquellos a cuyo cuidado o dependencia estuvieran los culpables o negligentes, siempre que sobrevenga perjuicio a tercera persona».

(92) «1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad».

(93) Da cuenta de tal doctrina, adhiriéndose a la misma, PANTALEÓN DÍAZ, M., «La enigmática regla 1.^a del artículo 118.1 del Código Penal sobre la responsabilidad civil de los inimputables», cit., p. 10. Cuando más adelante se analiza la modificación que de este precepto lleva a cabo el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se verá que el legislador da la razón a este sector doctrinal rectificando el término «imputable» por «inimputable». En igual sentido se pronuncia el texto legal finalmente aprobado (Ley 8/2021 de 2 de junio).

esto es, una persona con discernimiento suficiente (94). Desde luego la interpretación de la doctrina civilista señalando que la parte final del precepto únicamente se refiere a los imputables civiles tiene su razón de ser en la tesis, hoy mayoritaria, partidaria de que la responsabilidad civil, ya sea la derivada o la mal denominada derivada de delito, posee como presupuesto la imputabilidad civil.

D. REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

El 7 de julio de 2020 el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (95). El citado texto coincide, en buena medida, con el aprobado anteriormente como Anteproyecto en otoño de 2018 (96). Este último tiene su origen en el documento preparado por las Secciones Primera y Quinta de la Comisión General de Codificación. La razón de ser de esta reforma sustancial del Código Civil y de otros textos complementarios es la urgencia de modificar la regulación en materia de discapacidad por su falta de adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en Nueva York en 2006. En particular, el deseo de reconocer la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad en su doble faceta de titularidad y derecho a actuar. Pero la citada Convención guarda silencio sobre los deberes de tales personas, en particular y respecto a la temática que aquí interesa para el presente trabajo, sobre el deber general de no causar daño a otro del artículo 1902 del Código Civil (97).

(94) Por todos YÁÑEZ VIVERO, F., *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz*, cit., p. 198, y SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad e incapacidad*, cit., pp. 98-99. Entiende que debe darse para la aplicación del precepto una capacidad de culpa en el sujeto DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, La responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 246.

(95) *BOCG* Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 17 julio 2020, núm. 27-1, pp. 1 ss.

(96) <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>.

(97) GARCÍA RUBIO, M. P., «La responsabilidad de las personas mayores con discapacidad y de quienes le prestan apoyo en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», cit.p. 984, explica que, aunque efectivamente en el actual texto de la Convención no aparezca la idea de la responsabilidad, sin embargo la misma no fue ajena en el debate de los trabajos preparatorios. Un estudio profundo de tales trabajos preparatorios puede encontrarse en la monografía de TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, BOE, Madrid, 2020. Explica esta última autora (cit., pp. 328-329) que el concepto de responsabilidad ya surge en el tercer periodo de sesiones del Comité Especial constituido con el fin de preparar la Convención. México sugiere durante la sesión celebrada el 26 de mayo de 2004 el cambio de contenido del entonces artículo 9 de la Convención (que se corresponde con el actual artículo 12), en el sentido de incluir el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos y obligaciones ante la ley, en condiciones iguales a las de las personas sin discapacidad. La cuestión se retoma durante la celebración del séptimo periodo de sesiones, sobre todo en las que se celebraron el día 18 de enero de 2006. En varias intervenciones se explica que el concepto de «capacidad jurídica» también engloba, además de la titularidad y el ejercicio de los derechos, las obligaciones derivadas de ello. Así, por una parte, responde en este sentido el Presidente del Comité Especial ante una petición de aclaración y explicación de dicho concepto incluido en el ya artículo 12 de la Convención por parte de China. Igualmente, Liechtenstein sostiene que la persona con discapacidad

El Proyecto de Ley remitido en julio de 2020 a las Cortes Generales, como primera gran novedad en materia de responsabilidad civil extracontractual y en coherencia con el reconocimiento de la plena capacidad para actuar, afirmaba, en el nuevo artículo 299 (ubicado en el capítulo VI «Responsabilidad por daños causados a otros» del título XI del libro I), la responsabilidad por hecho propio de la persona con discapacidad y su deber, por tanto, de indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros («La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con los artículos 1902 y 1903, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables») (98).

En el texto del Proyecto de Ley citado en el párrafo anterior hubo ciertos cambios respecto al incluido en el Anteproyecto de 2018, en cuanto este último establecía en su artículo 297, recogido en el capítulo VI del título XI del libro I, bajo la rúbrica «Responsabilidad por daños causados a terceros», que «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». Las modificaciones que recoge el Proyecto de Ley que llega a las Cortes en julio de 2020 son fruto de las sugerencias que realiza con carácter previo el Dictamen del Consejo de Estado respecto al Anteproyecto, en concreto, en el mes de enero de 2019 (99). Por una parte, el Dictamen consideró que el Anteproyecto recogía una expresión de origen anglosajón, extraña a la tradición jurídica española, como es la de «third party». Aconsejaba para una mejor comprensión del precepto su reemplazo por la expresión «daños causados a otros».

Por otra parte, el Consejo de Estado recomendó la supresión de la expresión «en todo caso» y su remisión a los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, con la finalidad de que pudiera evitarse llegar a una interpretación errónea del precepto de acuerdo con la cual la persona con discapacidad estuviera obligada a responder incondicionalmente. Se subrayó también por parte de la doctrina este peligro de que una interpretación literal del precepto condujera a sujetar a las personas con discapacidad a un régimen de responsabilidad civil objetiva, que les obligaría a responder frente a terceros con independencia de la existencia de culpa o negligencia (100).

debería responsabilizarse de las consecuencias de sus actos. Por último, en idéntica línea de pensamiento se expresaron los representantes de la sociedad civil, en concreto, la *National Human Rights Institution*.

(98) Como precisa GARCÍA RUBIO, M. P., «Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Gete-Alonso y Calera, M. C. (coord.), Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2020, p. 56, el precepto no recoge una indemnización por equidad, sino una verdadera responsabilidad civil del autor del ilícito dañoso, incluso en el caso de aquellas personas que sufran una discapacidad mental o psicosocial que no les permita tener una clara percepción de la realidad y de los daños ocasionados por su comportamiento.

(99) Dictamen del Consejo de Estado núm. expediente 34/2019 sobre el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Fecha de aprobación: 11 de abril de 2019 (disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>)

(100) En este sentido PANTALEÓN DÍAZ, M. («La responsabilidad de las personas con discapacidad: reformas pendientes», *Almacén de derecho*, 9 de enero de 2020) (<https://almacendederecho.org/author/marta-pantaleon-diaz>) cita el siguiente ejemplo para destacar las consecuencias tan irrazonables que tendría el precepto de aplicarse según el tenor literal del Anteproyecto: «... Si voy paseando

En el momento de la redacción de la presente contribución (abril de 2021) el Proyecto de Ley, tras haber sido aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados con competencia legislativa plena, ha sido remitido, el 16 de marzo de 2021, al Senado para continuar la tramitación parlamentaria (101). El texto aprobado en la Comisión de Justicia y remitido al Senado posee otro tenor literal respecto al que fue remitido por el Gobierno a las Cortes Generales en julio de 2020. Así, el artículo 299, tras su paso por la Comisión de Justicia, señala que «La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el capítulo II del título XVI del libro cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables» (102).

Esta última redacción es fruto de dos enmiendas hechas en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados; así, la enmienda número 168, firmada por los Grupos Parlamentario Socialista y Grupo Parlamentario Confederado de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, y la enmienda número 384, presentada por el Grupo Parlamentario Popular. Con ellas se persigue exclusivamente la mejora técnica del precepto, que consiste en el alcance de la remisión a todos los preceptos reguladores de la responsabilidad extracontractual del Código Civil y no únicamente a los artículos 1902 y 1903 CC.

Tal y como señala la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, la consagración de la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio de las personas con discapacidad, por consiguiente, con independencia de si el demandado posee o no capacidad de discernimiento en el momento de la comisión del daño, lleva consigo un cambio en el concepto y significado de la culpa en el artículo 1902 del Código Civil (que, sin embargo, desde el punto de vista formal en la reforma no cambia). Es decir, la culpa deja de tener una connotación subjetiva (en cuanto ligada a la capacidad de entender y de querer) para pasar a poseer un significado objetivo (como infracción de un deber de cuidado) (103). Ahora bien, quizás hubiera sido deseable que se introdujera un cambio en el artículo 1902 del Código Civil vigente con la incorporación expresa de un nuevo concepto objetivo de culpa, porque siempre pueden suscitarse dudas, tal y como ocurrió en su momento en el ordenamiento francés, acerca de si solo en materia de discapacidad se ha adoptado

por la calle junto a una persona afectada por una profunda discapacidad intelectual, con tan mala suerte que resbalo al pisar una bolsa de papel tirada en la calle en la que alguien había dejado escondida una cáscara de plátano, provocando que las dos caigamos sobre la vitrina de un escaparate y la rompamos, solo una de las dos deberá resarcir los daños así causados al propietario de la tienda. Y esa no seré yo, sino mi acompañante discapacitada: precisamente la persona a la que el artículo 49 de la Constitución considera digna de un «especial amparo para el disfrute de sus derechos». Como el resto de los ciudadanos, yo únicamente respondo, como regla general, de los daños que causo con culpa: con mi conducta jurídicamente desaprobada (art. 1902 CC). Pero si el artículo 297 CC llegara a entrar en vigor en los términos en que ahora está redactado, mi compañera discapacitada respondería, en cambio, con total independencia de la culpa: aunque no hubiera creado con su conducta, finalmente dañosa, un riesgo jurídicamente desaprobado de dañar a otros; como sucede con quien explota una central nuclear, pero sin limitaciones de cuantía (...).

(101) *BOCG*, Senado, número 161, 24 de marzo de 2021, pp. 8-66.

(102) Con esta misma redacción es aprobado finalmente el artículo 299 de la Ley 8/2021 de 2 de junio.

(103) 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. V, número 3, julio-septiembre 2018, p. 192.

un principio nuevo y no con carácter general para todo el régimen de la responsabilidad civil extracontractual (104).

Desde luego la principal razón para la consagración de la responsabilidad civil por hecho propio de la persona con discapacidad es la coherencia con el principio de reconocimiento de plena capacidad incorporada en la Convención de Nueva York, conforme, a su vez, con el reconocimiento de la dignidad y autonomía de todas las personas. Sin duda ello es también acorde con el mandato a los poderes públicos de integración de las personas con discapacidad del artículo 49 CE 1978, que constituye un marco jurídico adecuado para sustentar la responsabilidad de la persona con discapacidad, en la medida en que la total integración de estas en la sociedad pasa, no solo por la asunción de derechos, sino también de deberes (105). Ello contribuye a la consecución de los ideales de la eliminación de la estigmatización y al logro de la mejor socialización (106).

No obstante, hay opiniones divergentes en este extremo, que apuntan que la reforma legal debería centrarse sobre todo en los derechos de estas personas, pero no en los deberes, en cuanto que con ello se ignora que la señal de identidad de ellas es el valor de la diferencia. Con el reconocimiento de la responsabilidad por hecho propio se argumenta que, en la mayor parte de los supuestos, las personas que necesitan apoyos no van a poder actuar de modo distinto al que lo han hecho, en parte porque ignoran el margen de las «elementales normas de prudencia», en parte por no haber previsto ni haberse representado el hecho lesivo (107).

Sí que es cierto que, a mi juicio, pueden suscitarse ciertas dudas sobre la conveniencia de la aplicación automática del principio de responsabilidad por hecho propio para todas las situaciones de discapacidad mental o intelectual. Por ejemplo, caso de una persona con una demencia senil avanzada que le impide la adopción de decisiones autónomas, y que cuenta con un patrimonio propio muy reducido. Puede que esta persona tenga que hacer frente a una elevada indemnización por el daño causado por ella a un tercero, o bien de forma exclusiva o bien de forma solidaria con la persona que le preste apoyo, que le deje sin apenas recursos económicos para poder hacer frente a todos los gastos que su situación de discapacidad puede implicar tanto

(104) GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad», cit., p. 192, señala, en este sentido que, aunque desde el punto de vista técnico hubiera sido más adecuada la introducción de la responsabilidad de la persona con discapacidad en el libro IV y no en el libro I del Código Civil, la Comisión General de Codificación eligió no cambiar los artículos 1902 y ss del Código Civil para llevar a cabo una modernización global futura de la citada normativa.

(105) «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos.»

(106) YÁÑEZ VIVERO, F., *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz*, cit., pp. 120-122. Apunta DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019, p. 59, nota de pie de p. 41, que este precepto relativo a la responsabilidad civil de las personas con discapacidad lleva a sus últimas consecuencias el principio de igualdad.

(107) En este sentido ALÍA ROBLES, A., «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero 2020, p. 4 (consulta de la versión *online* en *smarteca*).

en el momento presente como en el futuro (108). Pero, como apunta García Rubio, las normas que están en los códigos han de ser normas generales y no normas para casos límites, siendo en estos casos importante la labor judicial (109).

Hay una segunda razón que explica la novedad legal del reconocimiento de la responsabilidad por hecho propio de las personas con discapacidad, que no es otra que la protección jurídica de la víctima del daño. Si no se admitiera tal responsabilidad, el perjudicado no podría lograr, más que de modo excepcional, la reparación de la persona que se encarga de la supervisión o de la sustitución de la actuación de la persona con discapacidad (110). Efectivamente, las medidas de apoyo solo entran en juego en el nuevo texto cuando sea necesario y de acuerdo a un principio de mínima intervención, de modo que únicamente de una forma singular y tasada habrá deberes de vigilancia o control sobre la persona a la que se presta apoyo. La amplitud en el reconocimiento de la responsabilidad por hecho propio de la persona con discapacidad se corresponde una regulación mucho más parca de la responsabilidad por hecho ajeno.

En particular, en el Proyecto de Ley objeto de la tramitación parlamentaria actual se modifica el tercer párrafo del artículo 1903 CC y se añade un párrafo cuarto, con el texto que se indica a continuación:

«Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella.» (111)

(108) En este sentido parte de la doctrina ha esgrimido ciertas críticas contra la Convención de NU sobre los derechos de las personas con discapacidad. Así, se ha afirmado que, con el loable propósito de luchar contra la discriminación, se ignora la relevancia de ciertas discapacidades intelectuales y mentales cuyos problemas nada tienen que ver con una cuestión de trato discriminatorio (análogo al del sexo o al de la raza) sino con sus características propias objetivas ligadas a su dificultad para la adopción de decisiones, desconsiderando así o no protegiendo debidamente los intereses de importantes grupos de personas con este tipo de discapacidad (ALEMANY GARCÍA, M., «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad (Una crítica a la Observación General núm. 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad), *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, pp. 212-214). Por otra parte, ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad», *Ius et Veritas*, núm. 53, 2016, p. 265, crítica el principio que afirma que deben respetarse siempre la autonomía individual y la capacidad de las personas para adoptar sus propias decisiones, con independencia del examen de las circunstancias particulares del caso y, a la vez, propone la huida de una interpretación literal del artículo 12 de la citada Convención, admitiendo el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás pero añadiendo el matiz de «*en la medida de lo posible*». En una tesis intermedia, entre los «paternalistas» y «antipaternalistas» extremos, se apunta que la Convención de las personas con discapacidad no obliga a la supresión de toda norma de privilegio a favor de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, es decir, no necesariamente conduce a que deban eliminarse medidas protectoras que implican una medida de discriminación positiva. Véase PANTALEÓN PRIETO, F., «¿Otra vez la consumación? *Perseverare diabolicum*», *Almacén de Derecho*, 7 de abril de 2021 (<https://almacenederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum-i>), refiriéndose, en particular, al ámbito de la contratación y a la acción de anulación de los contratos.

(109) Comparecencia ante la Comisión de Justicia, Congreso de los Diputados, Comisiones, número 185, sesión de 20/10/2020 (www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/iniciativas).

(110) GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad», cit., p. 192.

(111) Esta redacción es la que se recoge en el texto final de la Ley 8/2021 de 2 de junio.

Por consiguiente, el precepto solo se refiere a la responsabilidad del curador con representación plena (y no solo para actos concretos, pues) por los daños cometidos por la persona con discapacidad, que se produzcan dentro de su ámbito de actuación, exigiendo, además, para que surja la responsabilidad, convivencia con esta última. Explica Antonio Pau (112), que según el grado de discapacidad que tenga una persona, el juez puede constituir, o una curatela asistencial, con la determinación casuística de los actos en que sea precisa la asistencia, o una curatela representativa, que será excepcional y que se restringe a las hipótesis de personas con tal grado de discapacidad que les impida decidir por sí mismas (113). Tal y como se ha apuntado, la persona con discapacidad y el curador responderán de forma solidaria y, eso sí, dicha regulación prevista en el artículo 1903 del Código Civil es independiente de la responsabilidad por hecho propio en la que podría incurrir cualquier otra persona encargada de proporcionar un apoyo en virtud del artículo 1902 del Código Civil (114).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY GARCÍA, M., «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad (Una crítica a la Observación General núm. 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, pp. 201 ss.
- ALÍA ROBLES, A., «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero 2020 (consulta de la versión *online* en *smarteca*).
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta del Código Civil*, Tecnos, 2018.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad», *Ius et Veritas*, núm. 53, 2016, pp. 262 ss.
- BERENGUER ALBALADEJO, M. C., *Responsabilidad de la persona mayor con discapacidad y de sus guardadores por los daños causados a tercero*, Colección de Derecho Español Contemporáneo, Reus, Madrid, 2017.

(112) «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», cit., p. 22.

(113) GARCÍA RUBIO, M. P., «Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», cit., p. 56, apunta que la existencia de un curador con representación plena solo está prevista para personas con discapacidad muy severa, y que no parece probable, a su juicio, que surjan en la práctica muchos casos de responsabilidad por ilícito dañoso de estas últimas hacia terceros, aunque tampoco cabe excluirlas totalmente.

(114) En este sentido GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad», cit. p. 193. TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit., p. 331, explica que ya carece de sentido hacer responder a un tercero por los daños causados por las personas apoyadas cuando dicho tercero, salvo en el caso excepcional del curador con representación plena, no tiene capacidad para controlar la actuación de la persona apoyada ni existe entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad relación de subordinación o de dependencia.

- BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, tomo I, 9.^a edición, Abeledo-Perrot, 1999.
- BUSNELLI, F. D./BARGELLI, E./COMANDÉ, G., «Liability for Damage Caused by Others under Italian Law», *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Spier, J. (ed.), Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003, pp. 159 ss
- CASAS PLANES, M. D., «La responsabilidad por hecho propio del incapaz y del menor de edad (estudio comparativo, en especial, de su criterio de imputación)», *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 47, Sección Estudios, marzo 2007 (*La Ley* 1045/2007) y «Antecedentes históricos de la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, y la de sus guardadores (estudio comparativo de su criterio de imputación)», *Anuario de Derecho Civil*, volumen I, 2008, pp. 147 ss.
- CIAN, G./TRABUCCHI, A., «Commentario art. 2046 Codice Civile», *Commentario breve al Codice Civile*, 10.^a ed., Cedam, Padova, 2011, pp. 2199 ss. y «Commentario art. 2047 Codice Civile», *Commentario breve al Codice Civile*, 10.^a ed., Cedam, Padova, 2011, pp. 2200 ss. y «Commentario art. 2047 Codice Civile», *Commentario breve al Codice Civile*, 11.^a ed., Cedam, Padova, 2020, pp. 2681 ss.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, La Responsabilidad civil extracontractual*, volumen 5, Thomson Reuters Civitas, 1.^a edición, 2011.
- DOBBS, D. B., *The Law of Torts*, Hornbook Series, West Group, St. Paul (Minn.), 2000.
- FEDTKE, J./MAGNUS, U., «Liability for Damage Caused by Other under German Law», *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Spier, J. (ed.), Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003, pp. 105 ss.
- FLOUR, J./AUBERT, J.-L./SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations, 2. Le fait juridique*, 14 ed, Sirey, París, 2011.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «El concepto de “faute” en el avant projet de loi reforme de la responsabilité civile. Novedad y continuidad en el código civil francés», *Culpa y responsabilidad*, Prats Albentosa, L./Tomás Martínez, G. (coords), 1.^a edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 373 ss.; «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. V, número 3, julio-septiembre 2018, pp. 173 ss.; «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 29 ss; «Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Gete-Alonso y Calera, M. C. (coord.), Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2020, pp. 39 ss.; «La nueva regulación de la capacidad jurídica se remite por fin a las Cortes Generales», *Hay Derecho y Expansión*, 14 de julio de 2020 (disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/07/14/la-nueva-regulacion-de-la-capacidad-juridica-se-remite-por-fin-a-las-cortes-generales/>) (fecha de consulta: 9 de octubre de 2020) y «La responsabilidad de las personas mayores con discapacidad y de quienes le prestan apoyo en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo II, Ataz, J./Cobacho, J.A. (dirs), Aranzadi, 2021, pp. 969 ss.

- GÓMEZ CALLE, E., «La responsabilidad por otros en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil y en el Borrador del Marco Común de Referencia», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, pp. 73 ss., y «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Reglero Campos, L. F./Busto Lago, J. M. (coords), 5.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 971 ss.
- GOUDKAMP, J., «Insanity as a Tort Defence», *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 31, núm. 4, 2011, pp. 727 ss.
- KASER, M., *Derecho Romano Privado*, traducción de la 5.ª edición por Santa Cruz Teijeiro, J., Reus, 1968.
- MARKESINIS, B. S./UNBERATH, H., *The German Law of Torts, A Comparative Treatise*, 4th ed, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002.
- MARTÍN-CASALS, M. (coordinador), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC), Thomson Aranzadi, 2008.
- «La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual», *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editum, Universidad de Murcia, 2011, pp. 11 ss.
- MARTÍN CASALS, M./SOLÉ FELIÚ, J., «Comentario al artículo 1902 CC», *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo, A. (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010-1, pp. 2046 ss
- MAZEAUD, H./MAZEAUD, J./MAZEAUD, L./CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*. Tome II, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, premier volume, 9 édition, Paris, 1998.
- PANTALEÓN DÍAZ, M., «Children's Liability in Negligence», *JETL*, 9 (1), 2018, pp. 25 ss; «La enigmática regla 1.ª del artículo 118.1 del Código Penal sobre la responsabilidad civil de los inimputables», *InDret 3/2017*, pp. 1 ss (www.indret.com) y «La responsabilidad de las personas con discapacidad: reformas pendientes», *Almacén de Derecho*, 9 de enero de 2020 (<https://almacenederecho.org/author/marta-pantaleon-diaz>)
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Paz-Ares, C. et al. (dirs.), 2.ª edición, 1993, pp. 1971 ss; Voz «culpa» (Derecho Civil), *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, 1995, pp. 1863 ss; Voz «Responsabilidad por hecho ajeno», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen IV, Civitas, 1995, pp. 5955 ss., «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas)», *La responsabilidad civil en el Derecho*, *AFDUAM*, 4, UAM-BOE, 2000, pp. 167 ss. y «¿Otra vez la consumación? Perseverare diabolicum», *Almacén de Derecho*, 7 de abril de 2021 (<https://almacenederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum-i>),
- PAU, 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, septiembre-diciembre 2018, pp. 5 ss.
- PICASSO, S./SÁENZ, L. R. J., «Comentario a los arts. 1708 a 1756», *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo IV, libro III (arts. 1251 a 1881), Caramelo, G./Picasso, S./Herrera, M. (dirs), 1ª ed., Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 407 ss. (http://www.saij.gob.ar/docs-fl/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf)
- PROSSER, W. L./KEETON, W., *Prosser and Keaton on Torts*, 5.ª ed., St. Paul (Minn.), 1985.
- ROCA TRÍAS, E./NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de Daños: textos y materiales*, 7.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad e incapacidad. La responsabilidad por daños causados por personas en las que concurre una causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SEUBA TORREBLANCA, J. C./FARNÓS AMORÓS, E./FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Daños causados por personas con trastornos mentales», *InDret*, 2/2004, pp. 1 ss. (www.indret.com)

- STUDY GROUP AND EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full edition, edited by Ch. von Bar and E. Clive, vol. 4, München, 2009.
- TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, BOE, Madrid, 2020.
- VINEY, G., *Les Obligations. La responsabilité: conditions*, sous la direction de J. Ghestin, L. G. D. J., París, 1982.
- VON BAR, C., *The Common European Law of Torts*, Volume One, C. H. Beck, München, 1998.
- YÁÑEZ VIVERO, M. F.: «La responsabilidad de los daños causados por las personas mayores incapaces», *La protección de las personas mayores*, Lasarte Alvarez (dir.), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 273 ss.; «El tratamiento de los daños causados por personas con discapacidad psíquica en los *Principles on European Tort Law*», *Actualidad Civil*, núm. 5, tomo I, quincena del 1 al 15 de marzo, 2009 (consulta de la edición *online* en *laleydigital*) y *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho Europeo de Daños*, Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, número 22, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 5.^a edición, Dykinson, Madrid, 2019.