

Ginebra Molins, M. E., “La capacidad para contratar en los Códigos civiles francés, español y catalán: el menor de edad”, *La réforme du droit des obligations en France: regard de l'autre côté des Pyrénées*, Collection Colloques, vol. 44, París: Société de législation comparée, 2020, pp. 105-118 (ISBN: 978.2-36517-103-8).

# LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR EN LOS CÓDIGOS CIVILES FRANCÉS, ESPAÑOL Y CATALÁN: EL MENOR DE EDAD

**M. Esperança Ginebra Molins<sup>1</sup>**

Departamento de Derecho privado  
Universidad de Barcelona

## I. INTRODUCCIÓN

En mi breve intervención me referiré a la capacidad, o, mejor, las capacidades –en plural– para celebrar contratos. En concreto, me ceñiré al supuesto del menor de edad.

Mi intención es empezar contrastando la regulación del *Code civil français* (CCfr) y del Código civil español (CCe), para acabar refiriéndome a la regulación catalana, partiendo de lo que ya prevé al respecto el Libro segundo del Código civil de Cataluña (CCCat), en relación a la persona, y apuntando posibles enfoques de la cuestión, en su caso, en el Libro sexto CCCat, relativo a las obligaciones y los contratos, cuyo Título I (dedicado a las disposiciones generales) está aún sin contenido<sup>2</sup>.

## II. LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR EN LOS CÓDIGOS CIVILES FRANCÉS Y ESPAÑOL

Hoy, una vez eliminada la causa de la obligación<sup>3</sup>, el CCfr (art. 1128) exige, para la validez de los contratos, además del consentimiento de las partes y del contenido lícito y cierto, la capacidad de contratar (art. 1128 CCfr, en su redacción de 2016).

El CCe, en cambio, no enumera la capacidad para contratar como uno de los requisitos necesarios para la validez del contrato. Según el art. 1261 CCe para que exista contrato deben concurrir: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca. En el CCe la capacidad se integra en

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P. La autora pertenece al “Grup de Dret civil català” 2017 SGR 151.

<sup>2</sup> *Vid.* art. 2 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del CCCat, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto: “Estructura del libro sexto.- El libro sexto del Código civil de Cataluña se estructura, inicialmente, en tres títulos: a) Título I, relativo a las disposiciones generales.- b) Título II, relativo a los tipos contractuales.- c) Título III, relativo a las fuentes no contractuales de las obligaciones.”

<sup>3</sup> *Cfr.* la redacción anterior del art. 1108 CCfr.

el consentimiento, como capacidad para prestarlo –capacidad para consentir–, en el art. 1263 CCe<sup>4</sup>.

Partiendo de este distinto punto de vista, de base, trataremos a continuación la capacidad de/para contratar en el CCfr y la capacidad de/para consentir en el CCe.

### A. *La capacidad de contratar en el Código civil francés*

En cuanto a la capacidad para contratar de las personas físicas, tras aludir en el art. 1145 CCfr (que recupera el anterior art. 1123 CCfr<sup>5</sup>) a que toda persona física puede contratar, salvo que exista una causa de incapacidad prevista por la ley (principio general de capacidad, de modo que la capacidad de contratar debe ser la regla, y la incapacidad la excepción, justificada por la ley)<sup>6</sup>, el art. 1146 CCfr (como su predecesor, el anterior art. 1124 CCfr) continúa refiriéndose a los menores<sup>7</sup> no emancipados como incapaces de contratar, “dans la mesure définie par la loi”<sup>8</sup>. Así, como antes de la reforma de 2016/18, el punto de partida del CCfr continúa siendo, la incapacidad general para contratar de los menores no emancipados (art. 1146 CCfr).

Sin embargo, no se trata de una incapacidad de obrar absoluta, puesto que el menor no emancipado puede celebrar eficazmente determinados contratos, como lo demuestra, por ejemplo, el art. 1925 CCfr, que permite a una persona incapaz actuar como depositante – asumir la posición activa de depositante– (art. 1925 CCfr)<sup>9</sup>. La incapacidad del art. 1146

<sup>4</sup> Vid. BADOSA COLL, F., “Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (Un estudio sobre el artículo 1263 Cc)”, *Centenario del Código civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tomo I, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, DL 1990, pp. 191-241. En concreto, en cuanto a la eliminación de la de la «capacidad de contratar» de la lista de los «requisitos de validez del contrato» y la inclusión de la «capacidad de consentir», vid. BADOSA COLL, F., “Incapacidad de consentir...”, *op. loc. cit.*, DL 1990, pp. 198-202.

<sup>5</sup> El art. 1123 CCfr anterior establecía: “Toute personne peut contracter, si elle n’en est pas déclarée incapable par la loi.”

<sup>6</sup> Art. 1145 CCfr : “Toute personne physique peut contracter sauf en cas d’incapacité prévue par la loi.- La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d’entre elles”. La redacción de este artículo proviene de Ley n°2018-287, de 20 de abril de 2018. La redacción según la Ordenanza de 2016 era distinta (“La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d’entre elles”).

<sup>7</sup> Según el párrafo primero del art. 388 CCfr: “Le mineur est l’individu de l’un ou l’autre sexe qui n’a point encore l’âge de dix-huit ans accomplis”. Conforme al art. 414 CCfr: “La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis; à cet âge, chacun est capable d’exercer les droits dont il a la jouissance.”

<sup>8</sup> Art: 1146 CCfr : “Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi: 1° Les mineurs non émancipés; 2° Les majeurs protégés au sens de l’article 425”. Conforme al art. 1147 CCfr : L’incapacité de contracter est une cause de nullité relative”.

<sup>9</sup> Pese a la afirmación general contenida en el art. 1146 CCfr, el propio CCfr admite, en algunos casos incluso desde la redacción originaria (art. 1925 CCfr), contratos celebrados por menores o incapaces; véase, en este sentido, el art. 1925 CCfr (en el que se inspiró el art. 1764 CCe), en cuanto a la capacidad requerida para celebrar, como depositante, un contrato de depósito eficaz: “Le dépôt volontaire ne peut avoir lieu qu’entre personnes capables de contracter.- Néanmoins, si une personne capable de contracter accepte le dépôt fait par une personne incapable, elle est tenue de toutes les obligations d’un véritable dépositaire ; elle peut être poursuivie par le tuteur ou administrateur de la personne qui a fait le dépôt” (art. 1925 CCfr). Y, según el art. 1926 CCfr (que equivale al art. 1765 CCe) “Si le dépôt a été fait par une personne capable à une personne qui ne l’est pas, la personne qui a fait le dépôt n’a que l’action en revendication de la chose déposée, tant qu’elle existe dans la main du dépositaire, ou action en restitution jusqu’à concurrence de ce

CCfr hay que entenderla referida a la capacidad de obrar pasiva, de asumir obligaciones, puesto que el menor no emancipado podía y puede asumir posiciones activas, tal y como lo demuestra el art. 1925 CCfr.

De ello se desprende que el “menor no emancipado” “puede” contratar: “con firmeza” si asume la posición de titular de derechos; o bien, “sin firmeza”, si asume la posición de titular de obligaciones (arts. 1147, 1151, 1152, 1181, 1182, 1352-4 CCfr) –siendo entonces el contrato impugnabile (“nullité relative”<sup>10</sup>: art. 1147 CCfr) [como beneficio] sólo a instancias del incapaz o de su representante (no de quien ha contratado con él: arts. 1181 CCfr actual<sup>11</sup> y 1125 anterior), la acción caducable (“prescriptible”, según el art. 1152 CCfr) y el negocio confirmable (arts. 1151.II y 1182 CCfr), pudiendo devenir inatacable–.

Además, la pretendida incapacidad general para contratar de los menores no emancipados queda matizada también cuando ésta se pone en relación con el ámbito de actuación de los representantes legales en su nombre (art. 388-1-1 y art. 408, párrafo 1, CCfr), del cual se excluyen expresamente aquellos casos en los que la ley o el uso autoriza a los menores a actuar por si mismos (“sauf les cas dans lesquels la loi ou l’usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes”)<sup>12</sup>. La incapacidad de los menores para asumir obligaciones es “quasi-générale”; la ley o el uso les permiten excepcionalmente asumirlas a través de ciertos actos<sup>13</sup>.

---

qui a tourné au profit de ce dernier”. Teniendo en cuenta lo previsto en los arts. 1947 y 1948 CCfr (eficacia eventual), se trata de un contrato bilateral imperfecto.

<sup>10</sup> *Cfr.*, en cambio, el art. 465.3º CCfr: “A compter de la publicité du jugement d’ouverture, l’irrégularité des actes accomplis par la personne protégée ou par la personne chargée de la protection est sanctionnée dans les conditions suivantes: (...) 3º Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être représentée, l’acte est nul de plein droit sans qu’il soit nécessaire de justifier d’un préjudice (...)”.

<sup>11</sup> Art. 1181 CCfr: “La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger.- Elle peut être couverte par la confirmation.- Si l’action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l’un n’empêche pas les autres d’agir.”

<sup>12</sup> Según el art. 388-1-1 CCfr (redacción de 2015 [*Ordonnance* nº 2015-1288 de 15 de octubre de 2015], en vigor desde 1-enero-2016): “L’administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l’usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes”. Esto mismo lo establecía ya el anterior art. 389-3, párrafo 1 (redacción según las Leyes nº 93-22 de enero de 1993 y 64-1130, de 14 de diciembre de 1964): “L’administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l’usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes”. Según el art. 382 CCfr (2015, en vigor desde 2016): “L’administration légale appartient aux parents. Si l’autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, chacun d’entre eux est administrateur légal. Dans les autres cas, l’administration légale appartient à celui des parents qui exerce l’autorité parentale”.

Cohérentemente, según el art. 408, párrafo 1, CCfr, “Le tuteur prend soin de la personne du mineur et le représente dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l’usage autorise le mineur à agir lui-même”. El precedente de este artículo es el art. 450 anterior (Ley 64-1130, de 14 de diciembre de 1964). Para el mayor en tutela, *vid.* el art. 473 CCfr.

En cuanto al origen de la referencia a la ley o “à l’usage” como criterio de capacidad del menor, *vid.* RAOUL-CORMEIL, G., comentario al art. 1148 CCfr, en DOUVILLE, T. (Dir.), ALLEAUME, Ch., CHONE-GRIMALDI, A.-S., EPSTEIN, A.S., LE BARS, T., MAUGER-VIELPEAU, L., RAOUL-CORMEIL, G., SALVAT, O., y THIBERGE, M., *La réforme du Droit des contrats*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2016, pp. 104-105; HOUTCIEFF, D., *Droit des contrats*, 3a ed., Collection Paradigme, Bruselas: Bruylant, 2017, pp. 229-230.

<sup>13</sup> *Vid.* HOUTCIEFF, D., *Droit des contrats...*, *op. cit.*, 2017, p. 229.

El menor puede también ser autorizado, a partir de los 16 años, para realizar ciertos actos de administración (art. 388-1-2 CCfr)<sup>14</sup>.

Finalmente, y en la misma línea favorable a la capacidad –pese a partir, el art. 1146 CCfr del principio general de incapacidad del menor de edad no emancipado–, desde 2016 el art. 1148 CCfr (*Ordonnance* n°2016-131 de 10 de febrero de 2016) admite, en general, que toda persona incapaz de contratar pueda realizar por sí sola los actos corrientes autorizados por la ley o los usos, siempre que sean concluidos en condiciones normales<sup>15</sup>.

El art. 1148 CCfr enuncia así un principio favorable a la capacidad de los menores y de los mayores protegidos en relación a los actos corrientes autorizados por la ley o los usos; admite una “capacidad usual” de los incapaces<sup>16</sup>. Se expresa, de este modo, algo que ya se desprende del art. 473 CCfr, párrafo primero, en cuanto al mayor protegido, y del art. 388-1-1 CCfr para los menores. El art. 1148 CCfr añade, sin embargo, “siempre que se he hayan concluido en condiciones normales” (“pourvu qu’ils soient conclus à des conditions normales”)<sup>17</sup>.

De todo ello se desprende que, en cuanto a los menores, queda claramente relativizada la incapacidad de contratar que prevé aún el art. 1146 CCfr.

*B. La capacidad de consentir en el Código civil español. El Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad (2018) y la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil (2017-2018)*

Desde la redacción originaria, el CCE establece que no pueden prestar consentimiento los menores [de edad] no emancipados (art. 1263 CCE)<sup>18</sup>. Se incorporó, así, a la incapacidad de consentir, y también en sentido negativo, lo que el CCfr preveía como incapacidad de contratar (art. 1146 CCfr vigente, y anterior art. 1124 CCfr).

Esta declaración de principios no excluía, sin embargo, que el menor pudiera consentir válidamente en relación a determinados contratos; que, en definitiva, pudiera contratar (*vid.*, en este sentido, los arts. 1716, 1764, 1301, 1302 y 1824.III CCE). Así, por ejemplo,

<sup>14</sup> Art. 388-1-2 CCfr (*Ordonnance* n°2015-1288 de 15 de octubre de 2015): “Un mineur âgé de seize ans révolus peut être autorisé, par son ou ses administrateurs légaux, à accomplir seul les actes d’administration nécessaires à la création et à la gestion d’une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d’une société unipersonnelle. Les actes de disposition ne peuvent être effectués que par son ou ses administrateurs légaux.- L’autorisation mentionnée au premier alinéa revêt la forme d’un acte sous seing privé ou d’un acte notarié et comporte la liste des actes d’administration pouvant être accomplis par le mineur.”

<sup>15</sup> Art. 1148 CCfr: “Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l’usage, pourvu qu’ils soient conclus à des conditions normales”.

<sup>16</sup> *Vid.* RAOUL-CORMEIL, G., comentario al art. 1148 CCfr, *op. loc. cit.*, 2016, p. 104.

<sup>17</sup> *Vid.* DESHAYES, O., GENICON, T., LAITHIER, Y.-M., *Réforme du Droit des Contrats, ru régime général et de la preuve des obligations*, París: LexisNexis, 2016, p. 234.

<sup>18</sup> La redacción originaria del art. 1263.1° CCE no contenía el inciso “salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”. El mismo fue añadido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

a imagen del art. 1925 CCfr, el art. 1764 CCE admite la eficacia del contrato de depósito celebrado por un depositante incapaz (*cf.*, en cambio, art. 1765 CCE)<sup>19</sup>. El menor no emancipado puede “contratar”, “con firmeza” si asume la posición de titular de derechos o “sin firmeza” si asume la posición de titular de obligaciones (*vid.* arts. 1302, 1304 y 1314.II CCE), siendo entonces el contrato impugnabile—sólo a instancias del incapaz o sus representantes—<sup>20</sup> y excepcionable (en caso de no haber sido cumplido), la acción caducable (art. 1301 CCE) y el contrato confirmable (art. 1309 CCE) —deviniendo entonces inatacable—. Tal y como destaca BADOSA COLL, la “incapacidad de contratar” debe interpretarse como “incapacidad para obligarse por contrato” y, por tanto, aplicarse, unilateralmente, al contratante que asume la posición de deudor; mientras que la “incapacidad de consentir” debe interpretarse bilateralmente, como incapacidad “para emitir las declaraciones de voluntad contractuales”, tanto de oferta como de aceptación. La incapacidad de prestar el consentimiento del art. 1263.1º no excluye la existencia del contrato y no tiene que ver con su validez<sup>21</sup>; el contrato puede ser válido pese a lo establecido en el art. 1263.1º CCE. Que los menores no emancipados presten efectivamente el consentimiento dependerá en cada caso de la efectiva aptitud psicológica del “menor no emancipado”; “no existirá” consentimiento cuando carezca de “capacidad natural”, y “sí existirá” cuando lo haya presado un “menor no emancipado” dotado de “capacidad natural”<sup>22</sup>.

Al margen de ello, antes de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la capacidad de obrar del menor quedaba acotada también por el ámbito de la representación legal de los padres, del cual se excluían los “[actos] que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”<sup>23</sup>.

Ello ha sido modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la cual ha trasladado esta idea —en términos

<sup>19</sup> A la luz de la eficacia eventual prevista en los arts. 1779 y 1780 CCE, se trata de un contrato bilateral imperfecto.

<sup>20</sup> Salvo en el caso que quien contrata no tenga capacidad natural, en cuyo caso el contrato será nulo, por falta de un elemento esencial, el consentimiento (art. 1261 CCE).

<sup>21</sup> BADOSA COLL, F., “Incapacidad de consentir...”, *op. loc. cit.*, DL 1990, pp. 203 y 237. Para BADOSA COLL, “«contratar» referido a «capacidad» es «asumir obligaciones», es decir, intervenir en el contrato precisamente en cualidad de deudor; el concepto de «contratar» se define pues, no en función de la declaración contractual en sí, sino de su contenido y eficacia jurídica pasivos (ex art. 1254 «una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras») (BADOSA COLL, F., “Incapacidad de consentir...”, *op. loc. cit.*, DL 1990, p. 194. Sobre esta tesis, *vid.*, también, GÓMEZ LAPLAZA, M. C., comentario a los artículos 1263 y 1264, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, id vLex: 231156 [texto disponible en: <http://vlex.com/vid/articulos-231156>].

<sup>22</sup> BADOSA COLL, F., “Incapacidad de consentir...”, *op. loc. cit.*, DL 1990, p. 238.

<sup>23</sup> El art. 162.1º CCE, en la redacción dada al mismo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, establecía: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo...”.

En relación a la tutela, el art. 267 CCE (en la redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela) establece: “El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación”. Según la redacción originaria CCE (art. 262 CCE): “El tutor representa al menor o incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición expresa de la ley puedan ejecutar por sí solos”.

algo distintos– directamente al art. 1263 CCe, en cuanto a la posibilidad de prestar el consentimiento contractual por parte de los menores no emancipados. Así, hoy, si bien el art. 1263.1º CCe continúa afirmando que los menores de edad no emancipados no pueden prestar el consentimiento, desde 2015 (Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) se ha añadido la salvedad –que ya venía siendo aplicada por la doctrina y la jurisprudencia<sup>24</sup>– “salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”.

A su vez, la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha eliminado la exclusión de estos actos/contratos del ámbito de la representación legal de los padres (exclusión que antes contenía el art. 162.1º CCe, en su redacción de 1981). Sin embargo, hubiera resultado coherente mantener ambas salvedades: en el art. 1263 CCe, como excepción a la incapacidad para consentir del menor; y en el art. 162 CCe, como exclusión del ámbito de la representación legal, en la medida que el menor tiene capacidad para realizarlos; sin embargo, esto último ha caído.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 164 CCe, el menor, a partir de los 16 años, puede administrar los bienes que haya adquirido con su trabajo o industria, lo cual implica reconocerle también capacidad para contratar. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella (art. 164.II.3 CCe)<sup>25</sup>.

En cualquier caso, con carácter general, puede cuestionarse que la capacidad para consentir/contratar continúe abordándose en sentido negativo, como excepción a una regla general contraria –de incapacidad–, y no en sentido positivo, especialmente en el contexto que suponen la Ley Orgánica 1/1996, de protección del menor, cuyo art. 2.1.II establece que “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”, de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España en 1991) y, también, ni que sea analógica o indirectamente, de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006), ratificado por España en 2007.

---

<sup>24</sup> Ya sea en base a la redacción anterior del art. 162.1º CCe, o bien por entender que en relación a ciertos actos existía una presunción de autorización tácita de los padres..., o que tanto él como el guardador han renunciado tácitamente a la impugnación del negocio, o a la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas (art. 3.2 CCe) o en la costumbre, o en la buena fe del art. 7 CCe. *Vid.* GÓMEZ LAPLAZA, M. C., comentario a los artículos 1263 y 1264, *op. loc. cit.* [texto disponible en: <http://vlex.com/vid/articulos-231156>]; MARTÍNEZ VELENCOSO, S. M., “Nota de actualización” al comentario del art. 1263 CCe de VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.(Dirs.), *Código civil comentado*, Vol. III, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas / Thomson Reuters, 2016, p. 618. *Vid.*, también, STS 10-junio-1991 (Westlaw, RJ 1991\4434).

<sup>25</sup> Anterior art. 164.II.4º CCe, conforme a la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

En este sentido, el *Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad* [ARLCPD]<sup>26</sup> (art. 1, Cuarenta y cuatro) elaborado por la Sección Primera de la *Comisión General de Codificación* del Ministerio de Justicia en 2018 propone la siguiente redacción –en positivo– para el art. 1263 CCE: “Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales” (eleva, así, a regla, la excepción del actual art. 1263 CCE)<sup>27</sup>. A continuación, añade: “Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas”. Según la redacción propuesta para el art. 1302.I CCE (art. 1, Cuarenta y ocho, ARLCPD): “Los contratos celebrados por menores de edad podrán ser anulados por sus representantes legales o por ellos cuando alcancen la mayoría de edad. Se exceptúan aquellos que puedan celebrar válidamente por sí mismos”. Este mismo ARLCPD propone modificar también los arts. 1764, 1765 y 1773 CCE<sup>28</sup>.

En la misma línea, si bien en sede de capacidad del mayor y del menor de edad (Tít. VI), el Libro primero –dedicado a la persona– de la *Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil* [PAPDC] (2017-2018)<sup>29</sup>, dedica el art. 162-2 a la “Capacidad del menor de edad”, y lo hace en sentido positivo: “1. Los menores tienen capacidad para los actos y contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con la asistencia de sus guardadores legales o personas de apoyo, así como los relativos a los bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”<sup>30</sup>. Correlativamente, el art. 253-1.2.a PAPDC excluye de la representación

<sup>26</sup> Texto disponible en: *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Documenta, pp. 247-310 [<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/375/291>]. En general, sobre la incidencia del ARLCPD en materia de Derecho de contratos, vid. Exposición de Motivos IV, § 3, ARLCPD.

<sup>27</sup> En cuanto a la nueva redacción propuesta para el art. 1263.I CCE, GARCÍA RUBIO destaca: “Se modifica también el artículo 1263.I CC en relación con la capacidad para contratar de los menores de edad, a pesar de que este precepto ha sido objeto de nueva redacción en 2015 para adaptarlo a la realidad y a la progresiva adquisición de capacidad de actuar jurídicamente de los menores. Sin embargo, en la redacción vigente dimanante de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia se formula la norma en términos negativos; la CGC ha preferido cambiarla a la formulación positiva que reconoce la capacidad para contratar del menor en sus justos términos, y no como una mera excepción a una presunta regla general contraria” (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, núm. 3, julio-septiembre 2018, p. 182, nota 17).

<sup>28</sup> El art. 1, Cincuenta y ocho, ARLCPD propone la siguiente redacción para el art. 1764 CCE: “El depósito hecho por un menor o por persona con discapacidad sin contar con la medida de apoyo adecuada, vinculará al depositario a todas las obligaciones que nacen del contrato de depósito”. En cuanto al art. 1765 CCE propone (art. 1, Cincuenta y nueve, ARLCPD): “Si el depósito ha sido hecho en un menor o en persona que precise medida de apoyo sin haber contado con esta sólo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, o a que éste le abone la cantidad en que se hubiese enriquecido con la cosa o con el precio”. Y, por lo que respecta al art. 1773 CCE propone la siguiente redacción (art. 1, Sesenta, ARLCPD): “Cuando el depositante, después de hacer el depósito, contara con medidas de apoyo, la devolución del depósito se ajustará a lo que resulte de aquéllas”. Al respecto, vid. GARCÍA RUBIO, M. P., “Algunas propuestas...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 190-191.

<sup>29</sup> ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código civil*, Madrid: Ed. Tecnos, 2018.

<sup>30</sup> A continuación, el art. 162-2 de la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil establece: “2. Los menores tienen capacidad para los actos relativos a los derechos inherentes a la persona que, de acuerdo con su madurez, puedan ejercer por sí mismos. No obstante, sus guardadores legales, intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de protección y asistencia, sin perjuicio de la intervención en todo

legal de los padres respecto de los hijos no emancipados “[L]os actos y contratos para los que el menor tenga capacidad de obrar”.

Sobre esta base, el Libro quinto de la misma PAPDC, dedicado a obligaciones y contratos, se limita a aludir a la falta de capacidad de obrar en el Cap. VII del Título II (de los contratos en general), en sede de ineficacia de los contratos, y lo hace en términos similares a los de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos aprobada por la *Comisión General de Codificación* en 2009<sup>31</sup>.

### III. EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

El Libro sexto CCCat, relativo a las obligaciones y los contratos (aprobado en 2017)<sup>32</sup>, no contiene de momento ningún precepto general sobre capacidad para consentir o para contratar. De hecho, teniendo en cuenta la elaboración en forma de código abierto del CCCat<sup>33</sup>, el Título I del Libro sexto CCCat, dedicado a las disposiciones generales, no tiene aún contenido.

Sin embargo, la base de la regulación catalana sobre capacidad de obrar la encontramos en el Título I del Libro segundo CCCat, dedicado a la persona física, aprobado en el año

---

caso del Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 151-6-2.- 3. Para celebrar contratos que les obliguen a realizar prestaciones personales se requiere siempre su previo consentimiento si tienen suficiente juicio.- 4. Los mayores de dieciséis años pueden realizar los actos de administración ordinaria de los bienes que han adquirido con una actividad que genere beneficio.- 5. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretan de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.”

<sup>31</sup> Según el art. 527-16 de la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil: “Defecto en la capacidad de obrar.- 1. Los contratos celebrados por personas que carecen de la capacidad de obrar necesaria pueden ser anulados por sus representantes legales, por aquellos a quienes les corresponde prestar su asistencia, por ellas mismas cuando adquieren o recuperan dicha capacidad, o por sus herederos.- 2. También pueden ser anulados los contratos celebrados sin la autorización judicial exigida por quienes desempeñan cualquier cargo de guarda o protección, o la patria potestad, o por quienes tengan atribuida judicialmente la administración de bienes gananciales.- 3. Asimismo, pueden ser anulados los contratos celebrados por quienes por cualquier causa, aunque sea transitoria, carecen de la capacidad para entender su alcance o para querer sus consecuencias.- 4. La anulación por esta causa puede ejercerse, o el contrato confirmarse, en los términos previstos en la subsección anterior.- 5. La prescripción comienza, sin perjuicio de la legitimación concedida a los representantes legales y a quienes corresponde prestar su asistencia, desde que se adquiere o recupera la capacidad necesaria, y en su defecto desde la muerte”. Los párrafos 1 y 3 de este artículo coinciden casi literalmente con los párrafos 1 y 2 del art. 1297 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos* aprobado por la *Comisión General de Codificación* en 2009 (*Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, enero 2009): “1. Los contratos celebrados por personas que carezcan de la capacidad de obrar necesaria podrán ser anulados por sus representantes legales, por aquéllos a quienes les corresponda prestar su asistencia o por ellas mismas cuando adquieran dicha capacidad o por sus herederos.- 2. Asimismo, podrán ser anulados los contratos celebrados por quienes por cualquier causa, aunque sea transitoria, carezcan de la capacidad para entender su alcance o para querer sus consecuencias.”

<sup>32</sup> Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. La sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019, de 13 de noviembre de 2019 (*BOE* núm. 304, 19.12.2019), ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno respecto de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, y ha declarado inconstitucional y nulo únicamente el art. 621.54.3 CCCat, relativo al pacto de condición resolutoria formalizado notarialmente e inscrito en el registro de la propiedad.

<sup>33</sup> *Vid.* art. 6 Ley catalana 29/2002, de 30 de diciembre, de la Primera ley del Código civil de Cataluña.

2010<sup>34</sup>. Así, al regular la capacidad de la persona, tal y como destaca el Preámbulo (III, § 2.a) de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, el art. 211-3 CCCat pone el acento en la capacidad natural (que debe relacionarse con el “suficiente juicio”) como criterio que fundamenta la capacidad de obrar, “de modo que, combinada con la edad, permite hacer una valoración gradual, no estrictamente seccionada en etapas a lo largo de la vida de la persona”<sup>35</sup>.

El CCCat enfoca, así, la cuestión de la capacidad de obrar en general (“capacidad de obrar de la persona” –art. 211-3 CCCat–) y en sentido positivo, como regla, y no como excepción a una regla de imposibilidad/incapacidad (a diferencia de los arts. 1146 CCfr o 1263.1º CCe, en materia contractual).

En este contexto, el art. 211-5.b CCCat, en sentido positivo, reconoce al menor de edad capacidad para contratar bienes o servicios propios de su edad, conforme a los usos sociales.

Ello concuerda con el hecho de que estos actos queden excluidos de la representación legal de los padres (art. 236-18.2.b CCCat) o del tutor (art. 222-47.2.b CCCat); y con que, a imagen de lo previsto en el art. 2.1.II Ley Orgánica de protección del menor, los arts. 211-3.3 CCCat y 17.2 Ley catalana 14/2010, del 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, declaren que las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de modo restrictivo, en función de la capacidad natural.

Además, el menor, a partir de los dieciséis años, puede también administrar los bienes que adquiera con su actividad, quedando excluidos éstos de la administración de los padres o del tutor (art. 222-42, 236-25.c y 236-26.2 CCCat), lo cual supone también reconocerle capacidad para contratar, si bien para actos de especial trascendencia requerirá la asistencia de los padres o del tutor.

Partiendo de la regulación de la capacidad de obrar contenida en el Libro segundo CCCat, la cuestión que se plantea es cómo abordar el tema de la capacidad para contratar en el Libro sexto CCCat.

Una opción sería adoptar una norma de capacidad en sentido positivo, en la línea apuntada por el ARLCPD elaborado por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia en 2018<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

<sup>35</sup> En el CCCat, aluden expresamente a la “capacidad natural”, por ejemplo, los arts. 211-3.1 y 3, 211-5, 211-6.2, 22-38.1, 222-47.2.b, 235-11.1, 236-18.2.b, 321-2.2, 323-1.1 y 2, 421-4, 431-4, 521-3.1, 531-21.1 –vid., también, Preámbulo II, § 4, y III, § 2.a y b, de la Ley 25/2010, de 29 de julio); y al “suficiente juicio”, por ejemplo, los arts. 211-6.3, final, 221-4, final, 222-21.3 y 4, 222-28, 222-31.1, 222-33.3, 235-43.c y d, 235-44.2.g, 236-11.4, final, 236-19, final, CCCat.

<sup>36</sup> *Vid.*, en este sentido, la redacción del art. 1263 CCe propuesta en el art. 1, Cuarenta y cuatro, del Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad (2018), antes transcrito.

Otra opción, que era la seguida por los trabajos preparatorios del Libro sexto CCCat que quedaron truncados en el año 2004<sup>37</sup>, y que se aproximaría a la regulación propuesta por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2017-2018), sería no regular en el Libro sexto la capacidad como tal, aprovechando el tratamiento que de la capacidad de obrar realiza el Libro segundo, y prever en el Libro sexto CCCat únicamente la incidencia de la falta de capacidad como causa de anulabilidad del contrato y sus consecuencias<sup>38</sup>.

Al margen de ello, y más allá del ámbito contractual, convendría también acometer una tarea general de revisión y armonización de las distintas referencias dispersas a la capacidad de obrar contenidas en los seis Libros del CCCat, para adaptarlas a los principios sentados en el Libro segundo CCCat, pues en algunos casos utilizan parámetros imprecisos, tributarios, en cierto modo, de los términos que utiliza el CCe (“capacidad para obligarse”, “capacidad para contratar”, “capacidad de obrar”, “capacidad para disponer”, etc.).

En este sentido, por ejemplo, en el Libro primero CCCat (2002), en cuanto al ejercicio de la pretensión que supone interrupción de la prescripción, se exige que este ejercicio proceda de una persona con “capacidad suficiente” (art. 121-12 CCCat). Encontramos también algunos ejemplos de esta vaguedad o imprecisión en el Libro cuarto CCCat (2008)<sup>39</sup>; así, por ejemplo, en relación a la capacidad para ser albacea se requiere “capacidad para obligarse” (art. 429-3.1 CCCat), para aceptar donaciones *mortis causa* se alude a la “capacidad para contratar” (art. 432-3.2 CCCat), para aceptar y repudiar la herencia se exige “capacidad de obrar” (art. 461-9.1 CCCat) –precepto que debe tomarse como referencia para la nulidad por falta de capacidad prevista en el art. 461-10 CCCat–<sup>40</sup>. Por lo que respecta al Libro sexto (2017), el art. 623-5.1 CCCat exige “capacidad para contratar” para celebrar contratos de cultivo. Algo más precisos son, en el Libro quinto CCCat (2006), los arts. 531-10 (que, en cuanto a la capacidad para hacer una donación, se refiere a la “capacidad de obrar suficiente para disponer del objeto dado” –de modo que hace depender la capacidad para donar del objeto sobre el que recaiga–) y 531-29 CCCat (que, para renunciar al derecho usucapido, alude a la “capacidad para disponer del derecho usucapido”).

Bastante más precisos, a la hora de identificar la capacidad exigida, lo son, en el Libro segundo CCCat, los arts. 212-3.1 (que requiere ser “mayor de edad con plena capacidad de obrar” para otorgar un documento de voluntades anticipadas), 222-4.1 y 222-15 (que exigen, respectivamente, “plena capacidad de obrar” para designar o excluir quien se quiere que sea designado tutor para uno mismo para el caso de ser declarado incapaz, y “capacidad de obrar plena” para poder ser titular de la tutela o de la administración patrimonial), 231-21 (que alude a la “capacidad para contraer matrimonio” para otorgar capítulos matrimoniales), 235-11 (que, para el reconocimiento de la paternidad, requiere

<sup>37</sup> Según el art. 624-5 de los Trabajos preparatorios del Libro sexto CCCat (2004): “Causes d’anul·labilitat.- Un contracte és anul·lable quan: a) Hi ha algun vici del consentiment.- b) Alguna de les parts actua sense capacitat o sense el complement de capacitat necessari per a celebrar el contracte.- No hi ha els consentiments o assentiments que la llei exigeix.”

<sup>38</sup> Vid. BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., y VAQUER ALOY, A., *Teoría General del Contrato. Propuesta de regulación*, Barcelona: Marcial Pons, 2016, pp. 39 y 188-189.

<sup>39</sup> El Libro cuarto CCCat fue aprobado en 2008, dos años antes que el Libro segundo CCCat regulara en general la capacidad de obrar de la persona física.

<sup>40</sup> Al respecto, vid. ARNAU RAVENTÓS., L., GINEBRA MOLINS, M. E., y TARABAL BOSCH, J., *Dret de successions. Teoria i casos*, Barcelona: Atelier Llibres Jurídics, 2018, p. 82.

ser mayor de catorce años y capacidad natural, y para el reconocimiento de la maternidad tener capacidad natural) y 235-30 (que, entre otras circunstancias, exige “plena capacidad de obrar” para adoptar); en el Libro cuarto CCCat, los arts. 421-4 (que considera incapaces para testar los menores de catorce años y los que no tienen capacidad natural, y que hay que entender que constituyen la referencia de los arts. 421-3, 421-7, 421-9 y 422-1 CCCat), 424-6 CCCat (que exige “capacidad plena para disponer” para poder ejercer la facultad de elección de heredero o de distribución), 431-4 (que, para otorgar un pacto sucesorio, requiere ser mayor de edad y gozar de capacidad de obrar plena o bien capacidad natural, si únicamente tiene la condición de favorecido, sin que se le imponga carga alguna –capacidad de referencia en los arts. 431-9, 431-10 y 431-12.3 [precepto que alude, también a la “capacidad de obrar plena”]–), 432-3.1 CCCat (que alude a la “capacidad para testar” –*vid.* art. 421-4 CCCat– o a la “mayoría de edad”, en función de si la donación por causa de muerte se otorga o no en escritura pública); y en el Libro quinto, los arts. 521-3 (que, para adquirir la posesión, requiere “capacidad natural”), 531-21 (que exige capacidad natural para aceptar donaciones), y 569-29 CCCat (en cuanto a la capacidad para constituir una hipoteca)<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Al respecto, *vid.* GINEBRA MOLINS, M. E., comentario al art. 569-29 CCCat, en *Derechos Reales. Comentario al Libro V del Código civil de Cataluña*, Giner Gargallo, A. (Dir.), Clavell Hernández (coord.), Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, T. III, Barcelona: *Registradors de Catalunya*, Bosch, 2008, pp. 1928-1935.