



Universidad de Valladolid



Máster de Acceso a la Abogacía

Nulidad de un préstamo hipotecario por falta de consentimiento, al intervenir una persona con discapacidad

Presentado por:

Nora Palencia Cuadrado

Tutelado por:

Santiago Hidalgo García

Valladolid, 2 de febrero de 2024

ÍNDICE

I. Hechos	3
II. Personas con discapacidad: panorama anterior a la Ley 8/2021 y su situación tras la reforma	4
III. Análisis del caso	7
a. Capacidad de las personas sordas	8
b. Nulidad o anulabilidad del contrato	13
c. Actuación del Notario.....	23
d. Recorrido procesal.....	28
i. Demanda	28
ii. Contestación a la demanda	31
iii. Audiencia Previa y Juicio.....	31
IV. Conclusiones.....	33
V. Bibliografía	36
VI. Jurisprudencia	37
VII. Legislación.....	40

I. Hechos

D.^a María, es una persona de 73 años de edad, que, tras padecer meningitis (enfermedad de carácter neurológico) a los pocos meses de nacimiento, se quedó sorda (sordera bilateral profunda sin restos auditivos, y sin posibilidad de desarrollar el lenguaje oral).

Debido a que en su niñez no se trataba este tipo de discapacidad, D.^a María no recibió la formación académica necesaria para poder comunicarse fluidamente, puesto que acudió a un centro educativo que no contaba con un intérprete de lengua de signos, ni un sistema de comunicación acorde a sus necesidades.

Por ende, D.^a María es oligofrénica y analfabeta, no sabe leer ni escribir, pero tiene una cierta capacidad para comprender palabras comunes (como cama, mesa o niño) o frases sencillas, y puede realizar por sí misma actividades básicas de la vida diaria; siendo su comprensión muy baja o nula cuando se trata de temas que desconoce, de frases complejas o conceptos abstractos. Para el resto de actividades no cotidianas necesita el apoyo y asistencia de un intérprete de lengua de signos, de un mediador o persona de confianza que le ayude.

En la actualidad, su lengua de signos es muy limitada y únicamente está adaptada a los intérpretes con los que se relaciona habitualmente. No pudiendo comunicarse con cualquier otra persona conocedora del lenguaje de signos.

Pese a su situación, D.^a María no estaba incapacitada judicialmente.

Tras este breve resumen sobre la vida y capacidad de nuestra cliente, pasemos a analizar el caso que nos ocupa.

Su hermano D. Ángel, conociendo su estado, le coloca en la posición de avalista en varios negocios jurídicos, entre ellos, la constitución de una hipoteca a favor de Caja Ahorros y Monte de Piedad del Círculo Católico de Obreros de Burgos, actualmente Ibercaja, figurando en dicho contrato en calidad de parte hipotecante no deudora, en un préstamo con garantía hipotecaria a favor de aquél.

El mencionado préstamo iba a ser destinado al acondicionamiento de un local, y con la garantía hipotecaria de la vivienda y plaza de garaje, propiedad de D.^a María.

En el momento de la firma del préstamo, D.^a María acude sin asesoramiento, y su hermano, aprovechando tales circunstancias en su beneficio, le induce a firmar negocios jurídicos que no comprendía, prevaliéndose de que su pariente no tiene la suficiente capacidad de obrar.

La firma del presente contrato de préstamo con garantía hipotecaria se realizó en presencia del hermano, D. Ángel, el cual desconoce la lengua de signos, y ante notario, el cual no sana la falta de capacidad.

Tras conseguir que se firme la hipoteca a su favor, el hermano obtiene el dinero solicitado, pero deja de abonar el préstamo al banco. Como consecuencia de ello, D.^a María se enfrenta a numerosos embargos.

Sí bien es cierto que Ibercaja ofreció diversas soluciones al impago de la deuda, todas ellas pasan por la pérdida de la vivienda de nuestra clienta en favor de la entidad acreedora. Situación que no es aceptable ni querida por esta parte, puesto que D.^a María nunca debió firmar esta escritura, hipotecando su escaso patrimonio a favor de alguien que solo pretende aprovecharse de ella.

II. Personas con discapacidad: panorama anterior a la Ley 8/2021 y su situación tras la reforma

Previamente a la reforma, en nuestro ordenamiento, cuando una persona carecía de la suficiente capacidad de obrar se le sometía a un proceso de incapacitación¹, en el cual, por medio de una sentencia firme, se le limitaba, modificaba o suprimía la capacidad, en atención a su concreta situación personal.

Se trataba de un procedimiento utilizado para proteger a aquellas personas que no podían autogobernarse por sí mismas. Esta idea fue puesta de manifiesto por la Sentencia

¹ Cfr. SALAZAR VARELLA, CLARA ELISA. El proceso de incapacitación. [1ª edición]. Valencia: Tirant lo Blanch, 202. Pág 117 y ss.

FAYOS GARDÓ, ANTONIO. Manual de derecho civil. I, Parte general y derecho de la persona. Madrid: Dykinson, 2016. Pág. 111 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER et al. Curso de derecho civil IV: Derechos de familia y sucesiones. 9ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Pág 339 y ss.

del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009² al explicar que la incapacitación debe cumplir los siguientes requisitos: “ 1. *Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección (...).*

2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.

Por tanto, si la finalidad principal de la incapacitación era proteger los intereses de la persona con discapacidad, el Ministerio Fiscal intervenía en estos casos.

El juez, tras la práctica de la prueba, que consistía principalmente en el análisis de los correspondientes informes médicos y el interrogatorio de familiares y del presunto “incapaz”, decidía la extensión y el ámbito de aplicación de las medidas de protección necesarias para cada sujeto. Habitualmente, la declaración de incapacidad iba seguida del nombramiento de un tutor o curador, en función del grado de discernimiento de aquél. Dejándole, por tanto, fuera del proceso de toma de decisiones sobre cualquier ámbito de su vida.

Este procedimiento se encontraba regulado en el Libro IV, Título I, Capítulo II de la Ley de Enjuiciamiento Civil³, bajo la rúbrica “*De los procesos sobre la capacidad de las personas*” (artículos 756 a 763) y en el Título IX del Código Civil⁴, antiguamente denominado como “*De la incapacitación*” (artículos 199 a 214).

La última reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 8/2021 de 2 de junio de 2021⁵ suprimió la incapacitación judicial de nuestro ordenamiento. Este cambio viene motivado por el artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las

² Sentencia del Tribunal Supremo 2362/2009 (Sala de lo Civil) de 29 de abril de 2009 (Roj: STS 2362/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2362).

³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁵ 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.

personas con discapacidad⁶, artículo que aboga por que las personas con discapacidad puedan hacer uso de su capacidad jurídica (capacidad que tenemos todas las personas por el mero hecho de haber nacido⁷) en igualdad de condiciones que los demás. Pretende la ley que estas personas puedan realizar contratos, otorgar testamento o solicitar un préstamo hipotecario (entre muchas otras posibles actuaciones con trascendencia jurídica), libremente, sin que otras personas decidan por ellos o abusen de su confianzas.

Son numerosas las sentencias que ya mencionan esta reforma, tales como la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021⁹, siendo esta la primera sentencia que aplica la reforma¹⁰. También podemos encontrarnos que en otras instancias ya hay sentencias que se sirven de la reforma, como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia 78/2023¹¹ o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva 196/2023¹².

Para que se cumpla con lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención, el Código Civil en sus artículos 249 y 250 instauran un sistema de medidas de apoyo, que pueden ser clasificadas en medidas de apoyo¹³ formales e informales. Dentro de las medidas

⁶ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

⁷ La Capacidad Jurídica se encuentra definida en el Diccionario Panhispánico del Español jurídico de la siguiente manera “*Civ. Cualidad esencial, ya que quien carece de capacidad jurídica no es persona; comprende la aptitud jurídica para la apropiación: poder, tener, poseer, adquirir, estar obligado y responder. Tiene eficacia unificadora, centralizadora de las relaciones jurídicas cuyo titular activo o pasivo sea la persona*”

⁸ Vid. ÁLVAREZ LATA, N., CARRASCO PERERA, Á., & BUSTO LAGO, J. M. El nuevo sistema general de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de la capacidad jurídica (1a ed.). Aranzadi Thomson Reuters, 2022. Págs. 22 a 27.

MORCILLO MORENO, J., ÁLVAREZ GARCÍA, H., FAJARDO MARTÍNEZ, C. M., GIL PÉREZ, M. E., & PÉREZ BUENO, L. C. (n.d.). Discapacidad intelectual y capacidad de obrar: de la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones (1a edición). Tirant lo Blanch, 2019. Pág. 84 y ss.

LÓPEZ BARBA, E. M. Capacidad jurídica: el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio. Dykinson, 2020.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 3276/2021 (Sala de lo Civil) de 8 de septiembre de 2021 (Roj: STS 3276/2021 - ECLI: ES:TS: 2021:3276).

¹⁰ Vid. MORENO FLÓREZ, ROSA MARÍA. Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 8 de septiembre de 2021 (589/2021). Curatela asistencial para una persona con discapacidad psíquica. Dykinson, 2022.

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia 78/2023 de 8 de marzo de 2023 (Roj: SAP P 78/2023 - ECLI:ES:APP:2023:78).

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva 196/2023 de 23 de marzo de 2023 (Roj: SAP H 196/2023 - ECLI:ES:APH:2023:196).

¹³ Vid. ABASCAL MONEDERO, P. JOSÉ., CHICHARRO RODRÍGUEZ, PEDRO., & NIETO MORALES, CONCEPCIÓN. Medidas de apoyo a personas con discapacidad. Nueva regulación a la luz de la Ley 8/21, 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. (1ª ed.). Dykinson, 2023.

PAÑOS PÉREZ, ALBA. Nuevo paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica. Apoyos voluntarios a las personas con discapacidad. (1ª ed.). Dykinson, 2022. Págs. 119 y ss.

informales nos encontramos con la guarda de hecho. Y como medidas formales se clasifican en voluntarias (autocuratela), judiciales (curatela y defensor judicial) y legales (guarda legal de entidades públicas en caso de urgencia por no tener ninguna de las anteriores medidas de apoyo mencionadas). Medidas que serán aplicadas analizando cada caso concreto para poder ayudar a la persona con discapacidad de la mejor manera posible. El párrafo segundo in fine del artículo 249 del Código Civil, además, matiza que los terceros que les asistan “*fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro*”.

Así mismo, esta reforma cambia la terminología anteriormente utilizada por resultar peyorativa o inadecuada, sustituyendo “incapaz” o “incapacitación” por términos más acordes y respetuosos a la situación y mentalidad actual, como puede ser “personas con discapacidad”.

En resumen, la reforma introducida por la Ley 8/2021 de 2 de junio de 2021 suprime la incapacitación, para que las personas con discapacidad tengan la posibilidad de hacer uso de su capacidad jurídica. De esta forma, todas las personas podrán tomar sus decisiones con total libertad, únicamente asesorados o asistidos de un tercero que les explicará o facilitará la comprensión de términos o situaciones complejas. De este modo, finalmente, se respetará en nuestro ordenamiento, el artículo 10 de la Constitución Española¹⁴, relativo a la dignidad de las personas y al libre desarrollo de su personalidad.

III. Análisis del caso

Tras el análisis de nuestro ordenamiento jurídico, nos compete ahora analizar el caso concreto.

Recordemos que nuestra clienta es una mujer sorda con imposibilidad de desarrollar el lenguaje oral que es coaccionada a firmar, en la posición de avalista, un contrato de préstamo hipotecario en favor de su hermano. Al no pagar el préstamo este último, el banco pretende embargar la vivienda habitual de D.^a María.

¹⁴ Constitución Española.

Por ello, en este apartado debemos examinar la capacidad de las personas con discapacidad, la nulidad o anulabilidad del préstamo con garantía hipotecaria, así como la intervención del Notario y el recorrido procesal que tendrá el asunto.

a. Capacidad de las personas sordas

La Sentencia del Tribunal Supremo 4629/2004¹⁵ ya mencionó una idea fundamental, al manifestar que *“Al ser la capacidad de las personas físicas un atributo de la personalidad (S. 19 de mayo de 1.998), trasunto del principio de la dignidad de la persona (S. 16 de septiembre de 1.999), rige la presunción legal de su existencia e integridad, de modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias: la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 CC); observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacitación; cumplida demostración de la deficiencia y su alcance (...); adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites, al grado de inidoneidad (pues no debe extenderse más de lo necesario: S. 26 de julio de 1.999), en armonía con el principio básico que debe inspirar la materia de protección del presunto incapaz; y la aplicación de un criterio restringido (S. 16 de septiembre de 1.999) en la determinación del ámbito de la restricción”*.

La sentencia es clara a la hora de determinar que la capacidad de las personas se presume siempre, salvo prueba en contrario. Todos tenemos capacidad por el hecho de ser personas. Sin embargo, en alguna ocasión, para proteger a la persona con discapacidad, se reduce o limita su capacidad. Pese a que la Sentencia del Tribunal Supremo se refiere a la incapacitación, podemos aplicar las mismas ideas a las medidas de apoyo que el Código Civil recoge en la actualidad, pues estas, tienen que ser acordes a la persona y respetar su dignidad.

Antes de examinar cuál es la capacidad de las personas con discapacidad, concretamente de una persona sorda, debemos diferenciar entre dos términos: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 4629/2004 (Sala de lo Civil) de 30 de junio de 2004 (Roj: STS 4629/2004 - ECLI:ES:TS:2004:4629).

LACRUZ VERDEJO¹⁶ define ambas de la siguiente manera:

- La **Capacidad Jurídica** como la “*aptitud para ser, genéricamente, titular de derechos y deberes, el poder para ser parte en todos los actos o negocios, salvo aquellos que requieran una aptitud especial*”.
- Y la **Capacidad de Obrar** “*significa que una persona es capaz de realizarlo por sí: que no precisa la intervención, en lugar suyo, de su representante legal ni la cooperación de otra persona*”.

Es decir, toda persona por haber nacido tiene capacidad jurídica, pero no toda persona tiene capacidad de obrar, puesto que no puede actuar por sí misma al no comprender correctamente el alcance de un negocio jurídico¹⁷.

Si nuestro caso se hubiera planteado antes de la reforma del Código Civil con la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero¹⁸ la solución hubiera sido fácil y rápida, puesto que tal y como establecía el artículo 1263 apartado 2º “*No pueden prestar consentimiento: 2.º Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir*”. Nuestra clienta en ese momento no hubiera podido solicitar un préstamo hipotecario, ni tan siquiera como avalista, puesto que aplicando este artículo era “incapaz”. A raíz de la citada reforma (LO 1/1996), no podrían contratar los “incapacitados”, y con la reforma del Código Civil de 2015¹⁹ aquellos que tuvieran su capacidad modificada judicialmente en los términos establecidos por la sentencia.

En el mismo sentido que el artículo 1263 del Código Civil, el artículo 200 del mismo texto legal, en su redacción original (la dada en 1889) mantenía que estaban sujetos a tutela “*2.º Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir*”. Con la Reforma del Código Civil de 1983²⁰, el artículo 200 pasó a referirse a las causas de incapacitación por “*enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”.

¹⁶ LACRUZ VERDEJO, José Luis. Elementos de derecho civil Tomo I, Volumen 2, Parte general, Personas. Sexta edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría. Madrid: Dykinson, 2010. Págs. 2 y ss.

¹⁷ PABLO CONTRERAS, PEDRO DE. Curso de derecho civil. I, Vol. II, Derecho de la persona. Reimp. de la 5ª ed. Madrid: Edisofer, 2016. Págs. 32 a 35.

¹⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁹ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁰ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.

De acuerdo con el Código Civil eran dos los elementos esenciales para poder incapacitar judicialmente a una persona: la persistencia de una enfermedad o deficiencia, y que dicho padecimiento impidiese a la persona autogobernarse por sí misma. El último requisito es claro, la persona no debe poder tomar decisiones unilateralmente por no tener la suficiente capacidad de obrar, pero ¿a qué enfermedades se refiere el Código Civil?

Son numerosas las enfermedades analizadas por diversos autores²¹, entre las que nos encontramos los trastornos psicopáticos, como son los producidos por el consumo de sustancias psicotrópicas, o enfermedades mentales como la esquizofrenia y la bipolaridad. Pero, para nuestro estudio, hay que resaltar la oligofrenia (capacidad intelectual inferior al promedio o deterioro de la capacidad que se detecta antes de los 18 años de edad) y la sordera o hipoacusia.

En el caso de una persona con oligofrenia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 mayo de 2005²² en su Fundamento de Derecho Primero entendió que *“esta enfermedad congénita o precozmente adquirida afecta fundamentalmente a la inteligencia (capacidad de juicio, pensamiento lógico y capacidad de abstracción) (...). Por su disminución de la capacidad de juicio y de abstracción no comprenden globalmente las situaciones, adhiriéndose a lo secundario y a aquello que puede proporcionarles una ganancia inmediata, sin parar en la consecuencia de los actos que realiza, estando su capacidad y anticipación a los acontecimientos de futuro muy afectada. Estos pacientes están necesitados de protección y ayuda para el gobierno de sus personas y bienes y ello de un modo permanente por ser su afección incurable”*.

La sentencia referida en el párrafo anterior también añade que es fácilmente reconocible la deficiencia de una persona con oligofrenia a simple vista, no siendo necesario acudir a un profesional sanitario que lo determine. En el caso que estamos estudiando, D.^a María es oligofrénica, enfermedad ampliamente conocida por su hermano, el cual se aprovecha de la escasa capacidad de nuestra clienta.

²¹ Para ver el listado de enfermedades analizadas. Vid. entre otros. ROMERO COLOMA, A. M. Capacidad, incapacidad e incapacitación. Editorial Reus, 2013. Págs. 35 y ss.

PICATOSTE BOBILLO, JULIO. La incapacitación: el marco jurídico. Revista de la Asociación Gallega de Psiquiatría. ISSN-e 1138-5189, Nº. 8, 2006, págs. 34-79.

²² Sentencia del Tribunal Supremo 2945/2005 (Sala de lo Civil) de 10 de mayo de 2005 (Roj: STS 2945/2005 - ECLI:ES:TS:2005:2945).

En cuanto a la Sordera o Hipoacusia, la jurisprudencia ha mantenido diversos enfoques.

Nos podemos encontrar con sentencias, como es la de la Audiencia Provincial de Valencia 2057/1998²³, en las que la persona sorda estaba impedida para administrar sus bienes e incluso gobernar su persona, por carecer del suficiente discernimiento. Por este motivo, y para evitar mayores riesgos para sí misma y para sus intereses, la persona sorda debía estar sometida a una tutela. Esta señora no tenía capacidad de obrar, lo que le impedía prestar su consentimiento y contratar.

En otras ocasiones, la persona sorda es capaz de gobernarse por sí misma y realizar actividades cotidianas y sencillas, precisando asistencia de un allegado para tareas más complejas. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 1289/2004²⁴, la mujer sorda podía desarrollar su vida de forma autónoma, de hecho, vivía con su pareja desde años atrás, antes del intento de incapacitarla por parte de su familia. Continúa la sentencia haciendo mención al artículo 200 del Código Civil diciendo lo siguiente *“que las causas de incapacitación son únicamente las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que incapacitan a la persona gobernarse por sí misma, (esto no ocurre con D.^a Victoria), (...) sin necesidad de declararla incapaz por cuanto el informe médico forense concluye diciendo no sólo que la informada es capaz de autogobernarse sino además de gobernar sus bienes”*.

En la misma línea que el párrafo anterior, nos encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 2412/2006²⁵, donde, a pesar de que la mujer sorda ha recibido educación en un centro especializado, conoce el lenguaje de signos y ha trabajado, no tiene la suficiente capacidad intelectual para funciones complejas en las que necesita el auxilio o apoyo de terceros.

Finalmente, nos encontramos con casos en los que la persona es sorda, pero debido a la formación impartida por un centro educativo o por instituciones especializadas, tiene la capacidad de obrar suficiente para poder entender el alcance de un negocio jurídico.

²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 2057/1998 de 23 de marzo de 1998 (Roj: SAP V 2057/1998 - ECLI:ES:APV:1998:2057).

²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria 1289/2004 de 23 de abril de 2004 (Roj: SAP GC 1289/2004 - ECLI:ES:APGC:2004:1289).

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 2412/2006 de 11 octubre de 2006 (Roj: SAP O 2412/2006 - ECLI:ES:APO:2006:2412).

Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 495/1998²⁶ se acredita que la recurrente, a pesar de ser una persona sorda, sabía leer y escribir en el momento de la firma de un préstamo con garantía personal. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 318/2000²⁷ se dice que la persona sorda, a pesar de su condición *“no por ello deja de comprender, según los peritos, lo que se le propone y explica de forma concreta; teniendo conciencia del significado de este juicio, incluso se dice, capacidad de administrar cantidades de dinero de relativa importancia”*.

Como vemos, son muchas las posibles soluciones que nos encontramos cuando nuestro cliente es una persona sorda, siendo de vital importancia analizar caso por caso la situación y limitaciones de cada persona, puesto que coincidiremos con personas que carecen de capacidad de obrar, con otras que pueden desenvolverse libremente en su vida diaria pero que necesiten de apoyo de una tercera persona, o, con personas que puedan actuar *“motu proprio”*.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 2412/2006, ya mencionada, determina que *“La sordera no es causa directa y única de la merma de capacidad, sino mediata en cuanto se combina con otra inmediata, cual es la defectuosa e insuficiente formación recibida durante gran parte de su vida”*. Dejando claro que el principal problema de esta ausencia de capacidad es la falta de formación o educación recibida durante su desarrollo, dado que ser sordo no implica tener una discapacidad intelectual.

Con la Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021 ya no podemos hablar de incapacitación y para cualquier persona con discapacidad se le deben otorgar las medidas de apoyo necesarios para que puedan intervenir en un negocio jurídico. Estas medidas de apoyo son las que han fijado los nuevos artículos 249 y 250 del Código Civil, ya explicados en el apartado anterior.

Recordemos que D.^a María es una persona sorda, oligofrénica, analfabeta y de 73 años de edad que no ha recibido una educación acorde a sus necesidades. En la actualidad pertenece a la Federación de Personas Sordas de Valladolid, donde varias trabajadoras y psicólogas han establecido un sistema de comunicación específico para nuestra mandante con lenguaje de signos, que únicamente conocen ellas, no pudiendo comunicarse con

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 495/1998 de 31 de marzo de 1998 (Roj: SAP AL 495/1998 - ECLI:ES:APAL:1998:495).

²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 318/2000 de 12 de abril del 2000 (Roj: SAP SA 318/2000 - ECLI:ES:APSA:2000:318).

nadie más, a excepción de su limitado y cercano entorno. Gracias a la Ley, aquella tiene plena capacidad jurídica, pero para poder hacer uso pleno de ésta necesita apoyos.

Como conclusión a este apartado observamos que, en nuestro ordenamiento jurídico, desde la primera redacción del Código Civil hasta la actualidad, se han ido incrementando los derechos de las personas con discapacidad hasta poder concluir afirmativamente que todos tenemos capacidad jurídica (salvo los menores de edad), pero siempre atendiendo al distinto grado de capacidad de obrar de la persona, puesto que algunas tendrán que ser asistidas por un tercero para poder conocer correctamente el alcance de un negocio jurídico.

b. Nulidad o anulabilidad del contrato

Sabiendo que D.^a María tiene capacidad jurídica, pero no tenía la suficiente capacidad de obrar ni fue asistida por alguien que completase su capacidad, nos debemos plantear en este punto si el préstamo con garantía hipotecaria era válido, o si, *a contrario sensu*, estamos ante un contrato nulo o anulable.

Para saber si un contrato es válido debemos acudir a lo dispuesto por el Código Civil, concretamente en su Libro IV, Título II, Capítulo II donde nos encontramos con los requisitos esenciales para la validez de los contratos.

El artículo 1261 del Código Civil establece que “*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca*”. Como vemos, el consentimiento es un requisito esencial sin el que no existe ningún contrato.

Para DEL CAMPO ÁLVAREZ²⁸ el Código Civil es una norma imperativa, que impone la nulidad de cualquier relación contractual si esta carece de los elementos esenciales para su formación manifestados en el artículo 1261. Descarta este autor, rotundamente, que, faltando el consentimiento, el objeto o la causa podamos hablar de la nulidad parcial o anulabilidad.

²⁸ DEL CAMPO ÁLVAREZ, B., & DURÁN ÁLVAREZ, R. Nulidad parcial en los contratos (1a ed.). Thomson Reuters-Aranzadi, 2021. Págs. 88 y 89.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 3093/2023²⁹ en su Fundamento de Derecho Cuarto dispone que si en un negocio jurídico no concurren los tres elementos (consentimiento, objeto y causa) el contrato es inexistente. Esta sentencia literalmente dice lo siguiente *“De acuerdo con el artículo 1.261 del Código Civil, no hay contrato sino cuando concurren los tres clásicos requisitos del consentimiento de los contratantes, el objeto material de aquél y la causa de la obligación que se establezca, por lo que la no concurrencia de alguno de ellos da lugar a la inexistencia del contrato, y ciñéndonos ahora al primero de aquellos debemos añadir que es el alma del contrato (arts.1.254 y 1.258 del Código Civil) y presupone la capacidad de obrar o de ejercicio del contratante que lo presta, así como su voluntad consciente o inteligente y libre, si falta la primera el consentimiento no existe por lo que no hay contrato”*.

En nuestro asunto, en ningún momento se puede apreciar la voluntad expresa de D.^a María para ser parte del préstamo hipotecario a favor de su hermano, debiendo entenderse que el contrato adolece de uno de los requisitos primordiales de cualquier negocio jurídico, el consentimiento, conforme al artículo y sentencia *ut supra* mencionados, pero no por apreciarse un vicio del mismo, sino que nos encontramos ante una ausencia total. Situación que es confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila 329/2023³⁰, al mencionar en su Fundamento de Derecho Segundo que *“Los supuestos en que la jurisprudencia ha apreciado la nulidad radical por razón de falta del consentimiento se han basado en la total ausencia de este, o bien por la falta de consentimiento de la persona cuya firma fue falsificada por su marido (STS, Civil sección 1 del 18 de septiembre de 2019 - ROJ: STS 2816/2019- ECLI:ES:TS:2019:2816) o bien porque el prestado lo fue por una persona con limitación de la capacidad sometido a curatela sin asistencia del curador (STS 387/2023, de 21 de marzo - ROJ: STS 954/2023) o bien con consentimiento prestado por el tutor sin previa autorización judicial siendo este exigible conforme al código civil aplicable. Dándose la total eliminación de la voluntad”*.

La redacción del artículo 1263 del Código Civil, antes de la Reforma de la Ley 8/2021, era la siguiente *“No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no*

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 3093/2023 de 2 de octubre de 2023 (Roj: SAP O 3093/2023 - ECLI:ES:APO:2023:3093).

³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila 329/2023 de 2 de noviembre de 2023 (Roj: SAP AV 329/2023 - ECLI:ES:APAV:2023:329).

emancipados (...). 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial”. En relación con este artículo se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 6671/2023³¹, la cual en su Fundamento de Derecho Tercero menciona que *“La falta de consentimiento no se funda en que sólo los actos del incapaz posteriores a la declaración judicial de incapacidad pueden resultar viciados. El fundamento de la falta de capacidad es natural. El art. 1263 y 1264 CC hace abstracción de que el sujeto esté o no incapacitado. La doctrina del Tribunal Supremo conecta con las circunstancias de cada caso la apreciación de la incapacidad natural (sentencias de 21 de abril de 1911, 27 de marzo de 1983, 1 de febrero de 1986, 18 de marzo de 1988). Se admite, pues, la incapacidad natural aunque no exista declaración judicial (STS 836/2005, de 10 noviembre)”.* Sentencia que nos viene a indicar que, aunque una persona no estuviera incapacitada en el momento de la firma del contrato, esta no tiene capacidad natural para intervenir. Este caso concreto trata sobre una señora que tiene crisis psicológicas momentáneas en las que no puede gobernarse por sí misma, únicamente necesitando una persona de apoyo o curador en dichas situaciones.

Como bien sabemos, nuestro Código Civil en el Capítulo VI, de los ya mencionados Libro y Título, habla de la Nulidad de los Contratos, pero a lo largo de los artículos 1300 a 1314, ambos incluidos, confunde o no deja claro cuando un contrato es nulo o anulable. Motivo por el cual han tenido que ser la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de solventar esta incertidumbre, como veremos en los párrafos siguientes.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 12756/2022³² define de manera muy clara las figuras de la Nulidad y Anulabilidad: *“La **nulidad absoluta** o radical de un contrato (que es la única que cabe alegar por vía de excepción) concurre cuando **falta alguno de los elementos esenciales** del mismo, recogidos en el art. 1261 CC (**consentimiento, objeto o causa**). A ello se añade el supuesto en el que, pese a existir el consentimiento de los contratantes, el objeto sobre el que recae el contrato y la causa del mismo, se ha celebrado con oposición a leyes imperativas o prohibitivas, cuya infracción da lugar a la ineficacia (art. 6.3 CC). La **anulabilidad, o nulidad relativa**, se*

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 6671/2023 de 2 de junio de 2023 (Roj: SAP B 6671/2023 - ECLI:ES:APB:2023:6671).

³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 12756/2022 de 5 de diciembre de 2022 (Roj: SAP B 12756/2022 - ECLI:ES:APB:2022:12756).

produce por el contrario cuando, existiendo consentimiento, objeto y causa, y no siendo contrario a ninguna norma imperativa o prohibitiva, existen vicios del consentimiento (error, dolo o intimidación); o uno de los contratantes no tiene la necesaria capacidad de obrar; o la causa es falsa”.

En resumen, para esta sentencia un contrato será nulo si no hay consentimiento, objeto o causa; y será anulable si, mediando los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, hay vicios del consentimiento o un contratante no tiene la capacidad necesaria de obrar.

Se nos abren dos posibilidades a la hora de analizar el caso: entender que nuestra clienta no presta consentimiento, siendo así nulo el acto; o apreciar que es anulable porque existen vicios o porque quien contrata no tiene suficiente capacidad de obrar. Pero, el artículo 1265 del Código Civil sostiene que “*Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*”. Este artículo no soluciona la duda planteada puesto que utiliza la palabra “nulo”, dando a entender que estaríamos ante una nulidad de actuaciones; sin embargo, la sentencia que acabamos de analizar establece que si hay vicios en el consentimiento el negocio jurídico sería anulable.

Para matizar el término “nulo” empleado por el artículo 1265 del Código Civil, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 2197/2023³³ menciona que “*Si se ha producido un vicio en el consentimiento (art. 1265 y 1266 CC), no hay duda que la posible concurrencia del mismo no hace nulo radicalmente el negocio o contrato, sino meramente anulable, esto es, el negocio despliega sus efectos*”.

Apoyando la idea manifestada por la sentencia del párrafo anterior, algún autor³⁴, al examinar lo dispuesto por el artículo 1265 del Código Civil, establece que al existir un vicio se da por hecho que verdaderamente se prestó el consentimiento, aunque posteriormente se acredite que está viciado; lo que determinará la anulabilidad de la relación contractual.

³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 2197/2023 de 6 de octubre de 2023 (Roj: SAP PO 2197/2023 - ECLI:ES:APPO:2023:2197).

³⁴ CAÑIZARES LASO, A. Comentarios al Código Civil ([1a edición]). Tirant lo Blanch, 2023. Comentario al artículo 1265 del Código Civil por Reyes Sánchez Lería. Pág. 5778.

La anulabilidad resulta claramente explicada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 11528/2023³⁵: “*El contrato anulable, a diferencia del nulo, no se refiere a la falta de alguno de los elementos esenciales del contrato, sino a alguno de los vicios que afectan a los requisitos esenciales para su validez, que expresa el artículo 1261 del Código Civil, considerándose como supuestos de anulabilidad los vicios del consentimiento (la violencia, la intimidación, el dolo y el error)*”.

De entre los cuatro vicios en el consentimiento mencionados por el Código Civil únicamente podríamos invocar, para nuestro caso concreto, el dolo³⁶. Vicio que es extensamente desarrollado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 11235/2023³⁷ de esta manera: “*El art 1269 del Código Civil en el que se dice textualmente que "hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho"*.

En la contratación civil el dolo se caracteriza por la concurrencia de un acto ilícito, consistente en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas por parte de uno de los contratantes, o de un tercero a instancia de éste, siempre que afecte a alguno de los elementos esenciales y no de forma incidental o secundaria, pudiendo haber dolo no sólo por insidia, sino también mediante la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la contraparte (Cfr. TS SS 20 May. 1959 y 15 Jul. 1987). (...) Así, como destaca la SAP Málaga de 30 de diciembre de 1995 "Conforme al art. 1269 CC , el dolo se caracteriza por ser producto de la astucia, maquinación o artificio, incidente en el momento esencial determinante de la decisión de otorgar un contrato, abarcando no sólo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte deliberadamente a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe; por tanto, la apreciación de tal vicio del consentimiento exigirá la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir en una actuación positiva o en una abstención u omisión; b) la inducción que tal comportamiento ejerce en la voluntad de la parte contraria, determinándole a realizar el negocio, de forma que de haber conocido con anterioridad

³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 11528/2023 de 6 de noviembre de 2023 (Roj: SAP B 11528/2023 - ECLI:ES:APB:2023:11528).

³⁶ LLAMAS POMBO, E., GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., & MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. Manual de derecho civil. Volumen II. Obligaciones y contratos. Teoría general. LA LEY. Wolters Kluwer, 2021. Págs. 296 A 299.

³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 11235/2023 de 23 de octubre de 2023 (Roj: SAP B 11235/2023 - ECLI:ES:APB:2023:11235).

la situación real no lo hubiese efectuado; c) que sea grave, si se trata, como en el caso, de anular el contrato, y d) que no haya sido causado por tercero ni empleado por las dos partes contratantes (Cfr. TS 1^ªSS 26 Oct. 1981, 15 Jul. 1987, 27 Sep. 1990, 21 Jul. 1993 y 24 Mar. 1994)”.

En esta misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo 123/2022³⁸, la cual reitera los requisitos exigibles para apreciar que existe dolo, pero, además añade que *“en cuanto vicio del consentimiento contractual, comprende no sólo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe (dolo negativo u omisivo). Esta modalidad de dolo negativo implica el comportamiento desleal de ocultar intencionadamente información relevante y decisiva para obtener de esta forma el consentimiento del contratante que padece el vicio”.*

Teniendo en cuenta las sentencias de los párrafos anteriores, D. Miguel engaña a su hermana para que firme como avalista un contrato de préstamo hipotecario. Este dolo debe ser tendente a formar una voluntad contractual, que, sin esas circunstancias, hubiera sido distinta o directamente no se hubiera contratado. Su hermano no solo omite información, además, le induce a firmar un negocio jurídico que no entiende y calla o no advierte de las posibles consecuencias del mismo.

Pese a que puede encajar perfectamente en nuestro asunto, el engaño o dolo no puede ser alegado como causa de anulabilidad del contrato, puesto que D.^a María carecía de la capacidad natural o de obrar suficiente como para entender lo que iba a firmar, no existiendo un consentimiento ni expreso ni válido.

Existen otras sentencias que nos dan otros enfoques para decantarnos sobre la nulidad o la anulabilidad. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 6671/2023, ya mencionada en este apartado, se dice que lo correcto es analizar cada situación concreta. *“La teoría de las nulidades de los contratos se caracteriza en la doctrina y la jurisprudencia actuales por un análisis funcional de los regímenes de invalidez que tiene en cuenta la finalidad de las normas y los intereses en juego. Aplicando este planteamiento al supuesto litigioso procede identificar el fundamento y la naturaleza de la exigencia de autorización y ponderar, de acuerdo con los criterios*

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 123/2022 (Sala de los Civil) de 16 de febrero de 2022 (Roj: STS 620/2022 - ECLI:ES:TS:2022:620).

generales de nuestro Derecho, cuál es el tratamiento más adecuado para alcanzar un equilibrio entre la protección de los intereses de la persona sometida a representación legal y la seguridad jurídica (sentencia del Tribunal Supremo 2/2018, de 10 de enero 2018, Rec. 2111/2015)". En consonancia con esta sentencia y la del Tribunal Supremo en ella referida, para cada supuesto litigioso hay que dar la solución más beneficiosa para los intereses de la persona con discapacidad, pero también para la seguridad jurídica.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 1541/2022³⁹, resuelve un caso en el que una familia solicita un préstamo hipotecario en el cual interviene un hijo que tiene una discapacidad. Se plantea si los actos de este último son nulos o anulables, la sentencia preceptúa que "*nulidad absoluta por falta de consentimiento, elemento esencial del contrato recogido en el art. 1261 CC, ratificado por el art. 1.263.2 CC en la redacción vigente en el momento de su celebración al declarar que no pueden prestar consentimiento los menores de edad y los incapacitados judicialmente, es decir se está refiriendo a una incapacidad natural que invalida radicalmente la relación jurídica y no a una ineficacia negocial o anulabilidad (art. 1301 y 1302 CC)*". Lo que supone que los actos del hijo mayor, el cual es una persona con discapacidad, son nulos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1984⁴⁰, para el caso de un hombre que padecía un trastorno psicossomático el cual afectaba a su capacidad volitiva, determino que "*si en los negocios jurídicos impugnados faltó el elemento esencial para la formación del acto o contrato, cual es el consentimiento por parte de doña Estíbaliz (artículo mil doscientos sesenta y uno del Código Civil) por la incapacidad mental de ésta, es evidente que nos encontramos en presencia de un supuesto de negocio radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial, inexistencia que es perpetua e insubsanable*".

Otra método para enjuiciar si estamos ante un acto nulo o anulable, es el aplicado por ROMERO COLOMA⁴¹, quien, tras revisar diversas teorías de otros autores, determina que cuando una persona con discapacidad actúe en un negocio jurídico, lo que hay que analizar es la permanencia de la discapacidad; puesto que, si esta es permanente

³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 1541/2022 de 14 de septiembre de 2022 (Roj: SAP T 1541/2022 - ECLI:ES:APT:2022:1541).

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 65/1984 (Sala de lo Civil) de 4 de abril de 1984 (Roj: STS 65/1984 - ECLI:ES:TS:1984:65).

⁴¹ Vid. ROMERO COLOMA, Aurelia María. Capacidad, incapacidad e incapacitación. Madrid: Editorial Reus, 2013. Pág. 22.

deberíamos estar ante un acto nulo, pero si es una discapacidad transitoria, el acto será anulable.

La discapacidad de D.^a María proviene de una enfermedad acaecida cuando tenía un mes de vida, no se trata de una enfermedad repentina o que con el tiempo produzca un deterioro o pérdida de la capacidad de juicio; sino que es permanente, conviviendo con ello más de setenta años, por lo tanto, cuando firmó el préstamo hipotecario no podía emitir un consentimiento válido, pues no tenía raciocinio suficiente para ello. Si aplicamos la tesis de la autora citada en el párrafo anterior, estamos ante un contrato nulo.

El profesor ÁNGEL CARRASCO PERERA⁴² distingue tres posibles opciones:

- Que quien contrate sea una persona con discapacidad “a secas” (entiéndase este término como aquella persona que no tenga afectada su capacidad volitiva o su discernimiento; más bien se refiere a aquellas personas con una discapacidad física), sujeto que no resultarían beneficiario de protección contractual.
- Que el contratante sea una persona con discapacidad carente de medidas de apoyo, negocio jurídico que resultaría anulable o nulo.
- Y, que la persona con discapacidad que quiera intervenir en cualquier negocio jurídico goce de medidas de apoyo que le ayuden o asesoren, negocio que no podrá ser impugnado, aunque la persona con discapacidad no conozca el alcance del mismo o el tercero le aconseje de manera precipitada o negligente.

Para nuestro caso debemos centrarnos en la segunda de las hipótesis, debido a que D.^a María no contaba con las medidas de apoyo necesarias para poder conocer lo que estaba firmando y su alcance; siendo, por tanto, el préstamo nulo o anulable.

GALLEGO DOMÍNGUEZ⁴³ entiende que toda persona mayor de edad tiene capacidad para contratar, tal y como se desprende del artículo 246⁴⁴ del Código Civil, pero si contrata una persona con discapacidad sometida a medidas de apoyo o a una curatela representativa, siempre y cuando tenga la capacidad de entender y querer, dicho

⁴² Vid. ÁLVAREZ LATA, N., CARRASCO PERERA, Á., & BUSTO LAGO, J. M. El nuevo sistema general de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de la capacidad jurídica (1a ed.). Aranzadi Thomson Reuters, 2022. Págs. 239 y ss.

⁴³ LLAMAS POMBO, E., GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., & MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. Manual de derecho civil. Volumen II. Obligaciones y contratos. Teoría general. LA LEY. Wolters Kluwer, 2021. Págs. 283 y 284.

⁴⁴ Artículo 246 del Código Civil: “El mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

contrato será anulable; en cambio, si faltase dicha capacidad, cualquier contrato firmado por la persona con discapacidad sería nulo de pleno derecho. Con esta teoría quedaría claro que el contrato de préstamo hipotecario firmado por D.^a María es nulo al no entender lo que firmaba. Para este autor si falta alguno de los elementos esenciales de todo contrato este será nulo. Solo podrá ser anulable el contrato si tiene los elementos esenciales del artículo 1261 del Código Civil, sin embargo, estos adolecen de un vicio que determina su invalidez⁴⁵.

Volviendo a lo expuesto por el Código Civil, el artículo 1300 establece que serán anulados los contratos si no se cumplen los requisitos del artículo 1261, recordemos que son el consentimiento, el objeto y la causa. De este artículo se desprende que al no haber consentimiento el contrato es anulable.

El siguiente artículo, el 1301 del Código Civil, referente a la acción de nulidad, constituye un plazo de caducidad de cuatro años. En su apartado 4º dice que este plazo comenzará *“Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato”*. Lo que nos hace ver este precepto, es que un contrato celebrado por persona con discapacidad sin medidas de apoyo es nulo. Así lo corrobora la Sentencia del Tribunal Supremo 3608/2007⁴⁶ al decir que *“No es un caso de anulabilidad el art. 1301 CC, sino una auténtica nulidad radical o absoluta por carencia de un requisito esencial con arreglo al art. 1261 CC, en este caso, el consentimiento, además de la causa, supuesto al que la doctrina califica como inexistencia de contrato”*. Continúa dicha sentencia desarrollando la idea de que la nulidad por falta de consentimiento *“es imprescriptible y no se halla sujeta a caducidad”*.

Por su parte, el artículo 1302.3 del Código Civil dispone que *“Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos (...) y por la persona a la que hubiera correspondido prestar*

⁴⁵ LLAMAS POMBO, E., GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., & MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. Manual de derecho civil. Volumen II. Obligaciones y contratos. Teoría general. LA LEY. Wolters Kluwer, 2021. Págs. 354 a 356 y 364 a 365.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 3608/2007 (Sala de lo Civil) de 9 de mayo de 2007 (Roj: STS 3608/2007 - ECLI:ES:TS:2007:3608).

el apoyo". Artículo que determina que, si la persona con discapacidad prevista de medidas de apoyo actúa sin hacer uso de las mismas, el contrato o negocio jurídico será anulable.

Algún autor⁴⁷ al comentar este precepto señala que, en aplicación del artículo 6.3⁴⁸ del Código Civil, el cual establece una nulidad absoluta para todos los actos y contratos que se celebren siendo contrarios a la ley, nos indicaría que los contratos a los que se refiere el artículo 1302 deben ser considerados nulos.

Como vemos, el Código Civil en vez de aportar claridad ante todas estas dudas, sigue utilizando los términos nulidad o anulabilidad a la ligera, teniendo en cuenta que este Capítulo VI trata de la Nulidad de los contratos. Hay una confusión terminológica a lo largo de este Capítulo que ha provocado, como hemos visto, que la doctrina y la jurisprudencia haya tenido que interpretar a su libre albedrío que entiende por nulidad y por anulabilidad y cuando estamos ante un supuesto o el otro⁴⁹.

CARRASCO PERERA⁵⁰ concluye diciendo que nuestro ordenamiento jurídico debía de haber modificado estos artículos, facilitando su aplicación y comprensión utilizando tres reglas sencillas:

1. Si la contraparte actúa de buena fe, todo contrato oneroso celebrado por persona con discapacidad con o sin apoyos, deberá ser válido.
2. Si hay dolo de la contraparte, el contrato suscrito por persona con discapacidad que cuente o no con medidas de apoyo, será inválido.
3. Aunque el contrato sea firmado ante Notario y que, a su juicio considere que todos los contratantes tienen capacidad suficiente para prestar su consentimiento, será válido salvo que la contraparte actuase con dolo.

Considerando estas reglas, concretamente la segunda y la tercera, el préstamo hipotecario firmado por D.^a María no resultaría válido, debido a que su hermano, conecedor de la discapacidad de su hermana y de que no puede comunicarse con el resto

⁴⁷ CAÑIZARES LASO, A. Comentarios al Código Civil ([1a edición]). Tirant lo Blanch, 2023. Comentario al artículo 1302 por Paloma Saborido Sánchez. Pág 5971 a 5974.

⁴⁸ Artículo 6.3 del Código Civil: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

⁴⁹ DEL CAMPO ÁLVAREZ, B., & DURÁN ÁLVAREZ, R. Nulidad parcial en los contratos (1a ed.). Thomson Reuters-Aranzadi, 2021. Pág. 48

⁵⁰ Vid. ÁLVAREZ LATA, N., CARRASCO PERERA, Á., & BUSTO LAGO, J. M. El nuevo sistema general de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de la capacidad jurídica (1a ed.). Aranzadi Thomson Reuters, 2022. Págs. 242 y 243.

de personas, le induce a firmar el préstamo, mediando, en definitiva, dolo del hermano, que no actúa en ningún momento con buena fe.

En resumidas cuentas, tras este maremágnum de ideas y de falta de claridad normativa, cabría concluir que nuestra cliente nunca prestó su consentimiento, elemento esencial de todo contrato manifestado por el artículo 1261 del Código Civil, y, por ende, el préstamo hipotecario era inválido y nulo. Como ya analizamos, no entraría en juego la anulabilidad por dolo del artículo 1265 del Código Civil, puesto que en ningún momento hay un consentimiento expreso, dado que D.^a María no podía prestarlo, es una señora que no sabe ni leer ni escribir, nunca ha recibido una educación y no podría llegar a entender nunca que, si su hermano no pagaba, la gran perjudicada era ella.

c. Actuación del Notario

La contratación de todo préstamo hipotecario requiere la autorización de un Notario. Una vez reunidos con él, este procederá a leer lo pactado entre las partes para, si existe conformidad entre ambas, fírmalo y dar fe.

Pero no obstante, existe un requisito previo a toda firma, y es que, tal y como establece el artículo 145 del Reglamento Notarial⁵¹ *“La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes”*. Añade este artículo que, además, el Notario está obligado a negar la autorización o intervención notarial cuando, a su juicio, algún interviniente carezca de capacidad de obrar.

El artículo 167 del Reglamento Notarial establece que *“El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”*.

⁵¹ Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

Es decir, el Notario deberá emitir un juicio de valor subjetivo con cada persona que acuda a su notaría para determinar su grado de capacidad, en base a lo que va a firmar y las posibles consecuencias de ello. Normalmente consiste en hacer preguntas tales como ¿sabes dónde estás?, ¿sabes para que has venido hoy aquí?, ¿con quién has venido?, etc.

El Notario, en muchas ocasiones, observará que a pesar de que quien contrata es una persona con discapacidad este puede actuar libremente, a su juicio, como ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 10091/2021⁵² donde un hombre acude a la Notaría a hacer un testamento, y a pesar de estar ciego, dispuso libremente de sus bienes; o, con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 38/2003⁵³ en la que la demandada es una mujer sorda y analfabeta pero que podía leer los labios y fue acompañada a la Notaría por su intérprete de signos, alegando el Notario lo siguiente “*es totalmente sorda y no sabe leer y escribir, aunque tiene el sentido de la palabra. A la señora compareciente, que ha aprendido a leer en los labios, le hago saber mi condición de Notario y el motivo de este otorgamiento, rogándole repita con la exactitud posible mis palabras, lo que efectivamente hace. Por tanto, la considero capaz para este otorgamiento*”; otro ejemplo es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 4598/2020⁵⁴ por la que una mujer sorda, al no poder oír la lectura que hace el Notario del préstamo hipotecario que iba a suscribir, decide voluntariamente leerlo para sí misma.

Sin embargo, el Notario en otras ocasiones alegará que “*demonstraron disponer de plena discapacidad*” cuando pretende contratar una mujer que no sabía ni leer ni escribir, tal y como ocurrió en el caso planteado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 1434/2022⁵⁵.

En estos casos en las que la persona con capacidad no puede contratar *mutuo proprio*, el Reglamento Notarial soluciona esta falta de capacidad en el artículo 180. Este artículo establece que cuando el Notario o cualquiera de las partes lo estimen oportuno, o alguno de los otorgantes no sepan o no puedan ni leer ni escribir, intervendrán los testigos instrumentales, los que presenciarán el acto de la lectura, consentimiento, firma y

⁵² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 10091/2021 de 8 de julio de 2021 (Roj: SAP B 10091/2021 - ECLI:ES:APB:2021:10091).

⁵³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 38/2003 de 10 de enero de 2003 (Roj: SAP CA 38/2003 - ECLI:ES:APCA:2003:38).

⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 4598/2020 de 22 de diciembre de 2020 (Roj: SAP V 4598/2020 - ECLI:ES:APV:2020:4598).

⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 1434/2022 de 26 de mayo de 2022 (Roj: SAP PO 1434/2022 - ECLI:ES:APPO:2022:1434).

autorización de una escritura pública. Estos testigos instrumentales serán necesarios cuando un otorgante sea analfabeto; por el contrario, si una persona con discapacidad sabe leer y escribir, no será necesario la intervención de los testigos.

El artículo 193 del Reglamento Notarial determina que los notarios deberán leer a las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra, o permitirles que lo lean por sí mismos. Esta lectura, continúa diciendo este artículo, “*se entenderá que ésta es íntegra cuando el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes*”. En otras palabras, el Notario debe asegurarse de que los intervinientes comprendan el negocio jurídico que están firmando, quedando debidamente informados y prestando su libre consentimiento.

Pero, el párrafo cuarto de este artículo 193, es el que mayor importancia tiene para nuestro asunto. Textualmente dispone “*Si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leerla por sí; si no pudiere o supiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el notario y que suscribirá, asimismo, el documento; si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el notario*”.

Cuando Doña María acudió al Notario a firmar el préstamo con garantía hipotecaria, y tras observar que no tenía la suficiente capacidad de obrar para entender la situación, deberían haber contactado con una persona que conociera la lengua de signos para poder comprenderlo, tal y como se desprende de este artículo. Pero no se tuvo en cuenta en ningún momento que D.^a María, aunque fuera alguien que dominase el lenguaje de signos, esta no iba a prestar un consentimiento válido, dado que ella misma no sabe utilizar el lenguaje de signos, ni leer, ni escribir. Ella lo que necesitaba era a alguien que completase su capacidad, es decir, una persona que le otorgase esas medidas de apoyo de las que habla la Ley 8/2021; las cuales podrían ser las trabajadoras y psicólogas con las que en la actualidad trabaja. En el momento de la firma no estaba incapacitada (la firma es anterior a la reforma del Código Civil) y vivía ajena a toda persona, salvo su círculo cercano, lo que le producía una indefensión material.

Con la última reforma del Código Civil, se modificaron artículos de la Ley del Notariado⁵⁶, a su artículo 25 le añadieron un nuevo párrafo el cual facilita que toda persona, con o sin discapacidad, finalmente pueda hacer uso de su capacidad jurídica, de la siguiente forma: *“Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”*.

En definitiva, en la actualidad todas las personas podemos acudir al Notario para actuar en el tráfico jurídico. El Notario deberá asegurarse de que todos los intervinientes comprenden correctamente lo que están firmando, su alcance y posibles consecuencias futuras, puesto que si no nos encontraríamos ante un vicio en el consentimiento.

Tras la Ley 8/2021, nuestra clienta acudiría a la Notaría a firmar acompañada de las psicólogas de la Federación de Personas Sordas de Valladolid con la que actualmente trabaja para poder ampliar su comunicación. Cuando sucedieron los hechos, acudió solamente acompañada de su hermano, el cuál ni si quiera intentó que su hermana comprendiera lo que firmaba. El Notario incumplió su deber al no apreciar que D.^a María no estaba entendiendo la situación y, por ende, tenía que haber impedido o negado la firma de tal préstamo hipotecario. Situación contraria es la que ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander 50/2023⁵⁷ donde la persona con discapacidad acude al Notario con su curador, la sentencia dispone que *“El curador que aquí se nombra no sufre la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación en sentido estricto, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el necesitado de apoyos y estén especificados en la sentencia”*.

Que el Notario entendiera que D.^a María tenía capacidad de obrar suficiente, en nada nos impide que se plantee una demanda, en la cual, tal y como dice el Fundamento

⁵⁶ Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander 50/2023 de 18 de enero de 2023 (Roj: SAP S 50/2023 - ECLI:ES:APS:2023:50).

de Derecho Segundo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 9323/2023⁵⁸ “*el hecho de que una persona no haya sido declarada incapaz en virtud de sentencia no significa que los actos que realice sean válidos, si bien, dicha falta de capacidad debe ser acreditada con especial rigurosidad, y el juicio de capacidad notarial cabe destruirlo mediante prueba en contrario, quedando sujeto a revisión judicial cuando se impugne el acto por falta de capacidad natural o volitiva*”. Esta sentencia plantea una situación muy similar a la de nuestra cliente, donde ninguna de las personas con discapacidad estaba judicialmente incapacitada y los Notarios intervinientes entendieron que tenían una capacidad que no existía; correspondiendo al Juez determinar si en el momento de la firma del negocio jurídico existía o no esa capacidad.

A mayor abundamiento, otra sentencia, concretamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida 382/2003⁵⁹, en un supuesto similar al nuestro, en el que dos cónyuges con discapacidad auditiva desde la infancia firman una hipoteca ante notario. Esta Audiencia mantiene “*que no es obstáculo para determinar la nulidad el hecho de que los distintos contratos fueran intervenidos por notario y que en ellos se incluyera la cláusula general de capacidad apreciada por el notario autorizante, toda vez que, según reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS 20 de mayo de 2002 y las que en ella se citan de 7 de octubre de 1982 y 4 de mayo de 1998) aunque la adverbación del notario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre, la misma doctrina se encarga de precisar que los juicios del notario sobre la realidad de hechos no sensibles, como es la del juicio de capacidad, admiten prueba en contrario para destruir la presunción "iuris tantum" de que se trata*”.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo 7499/2004⁶⁰ dispone que “*Tal enjuiciamiento sobre la capacidad natural de la vendedora, sin embargo, no puede tener la consideración de definitivo o inatacable, pues no está amparado por la fe pública (artículo 1.218 del Código Civil). Declaramos, en las Sentencias de 7 de octubre de 1.982, 10 de abril de 1.987 y 4 de mayo de 1.998, que la aseveración notarial respecto*

⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de BARCELONA 9323/2023 de 13 de septiembre de 2023 (Roj: SAP B 9323/2023 - ECLI:ES:APB:2023:9323).

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida 382/2003 de 5 de septiembre de 2003 (SAP L 654/2003 - ECLI:ES:APL:2003:654).

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 7499/2004 (Sala de lo Civil) de 19 de noviembre de 2004 (Roj: STS 7499/2004 - ECLI:ES:TS:2004:7499).

de la capacidad de los otorgantes, constituye una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario”.

En definitiva, pese a que el Notario entienda que existe capacidad de obrar suficiente para realizar cualquier negocio jurídico, puede ser discutida esta valoración ante los tribunales, donde el Juez con su sana crítica y analizando todas las pruebas decidirá.

d. Recorrido procesal

Una vez estudiados todos los conflictos que nos planteaba este asunto y sabiendo que D.^a María no tenía capacidad de obrar puesto que no fue acompañada ni asesorada por un tercero que le ayudara a comprender el negocio jurídico que firmaba, y que esta no prestó un consentimiento válido, nos corresponde ahora ver cuál será el recorrido procesal.

i. Demanda

Redactaríamos una demanda de juicio ordinario, puesto que estamos ante un préstamo hipotecario concedido para reformar y acondicionar un local cuyo importe era de más de cien mil euros, superando con creces los 6.001 euros que marca la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 249.2; siendo incalculable, además, el perjuicio económico generado. Interviniendo en el mismo abogado y procurador de conformidad con los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cabría plantearse quien será la parte demandada, porque el hermano es quien genera todo este conflicto, pero no tendría ningún sentido demandarle a él en este momento; debido a que cuando nuestra clienta acude al despacho, es porque el Banco la obliga a pagar lo adeudado o procederá al embargo. Si se pretende iniciar cualquier acción contra el hermano solamente sería en la vía penal. Por ello, lo más lógico es demandar al Banco, concretamente a Ibercaja, para hacerles constar que el préstamo hipotecario del que son parte es nulo por ausencia de consentimiento.

No tiene sentido tampoco demandar al Notario que consintió la firma puesto que su decisión es fácilmente refutable en el juicio.

A continuación, pasaríamos a explicar los hechos del caso, ampliamente desarrollados en el apartado primero de este dictamen, motivo por el cual no los reiteraremos aquí de nuevo.

Es importante destacar en este punto los documentos que entendemos que son necesarios para el caso. Primeramente, hay que aportar el contrato de préstamo hipotecario para que el juez tenga claro quiénes son los intervinientes, las condiciones del préstamo y las consecuencias del mismo. En segundo lugar, aportaríamos un informe médico que acredite la sordera y la capacidad reducida de nuestra cliente. Seguidamente, sería muy útil cualquier documento que certifique el grado de discapacidad de D.^a María. Finalmente, solicitaremos un informe de un perito, que puede ser perfectamente cualquiera de las psicólogas de la Federación con la que colabora, debido a que ellas son las que más de cerca conocen la capacidad de nuestra cliente. Podríamos adjuntar también alguna sentencia similar a nuestro caso o que sustenten la idea que defendemos.

Llegados a los Fundamentos de Derecho, la Jurisdicción y Competencia recaen en los Juzgado de Primera Instancia de Valladolid tal y como establecen el artículo 45 y 52.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La competencia territorial recae en Valladolid, y no donde el banco tenga su sede, porque la entidad pretendía el embargo de un bien inmueble, la casa de D.^a María, sito en nuestra ciudad.

Nuestra mandante tiene capacidad para demandar puesto que toda persona física puede ser parte de un procedimiento para defender sus derechos, en virtud de los artículos 6.1.1º y 7.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La legitimación activa también recae en ella por ser parte firmante del contrato.

La demandada, al ser persona jurídica, deberá ser defendida por un representante legal, según lo dispuesto en el artículo 7.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Banco que tiene la legitimación pasiva, al ser la entidad acreedora del préstamo hipotecario.

En cuanto al fondo del asunto haremos constar la ausencia absoluta de consentimiento expreso prestado por nuestra mandante, invocando el artículo 1261 del Código Civil, para que el juzgador declare la nulidad del contrato.

Haremos constar que D.^a María es una persona con discapacidad auditiva, que no sabe leer ni escribir, que no comprende el lenguaje de signos y que tiene un reducido círculo de conocidos o familiares al sentirse avergonzada por su condición. Intervino por

expreso deseo de su hermano, en el que confiaba, persona que se aprovechó de la discapacidad que tiene aquella, no pudiendo negar que lo desconocía. Nuestra clienta no podía consentir un contrato de tal índole, debido a que no sabía que estaba firmando. Para que hubiera sido válido tal negocio hubiera necesitado un complemento de capacidad consistente en la medida de apoyo más adecuada para ella. La Sentencia del Tribunal Supremo 4129/2023⁶¹ en su Fundamento de Derecho Segundo dice que “*Hay que evitar esta aplicación automática de la ley. Es necesario atender a las circunstancias concretas, para advertir si está justificada la constitución de cualquier medida de apoyo*”; reconociendo además que en ocasiones con un guardador de hecho bastará, pero en otras circunstancias será más conveniente utilizar una medida de apoyo más completa como lo es la curatela.

También habrá que dejar claro que, pese a que había un fedatario público (el Notario), que determinó que nuestra mandante gozaba de la suficiente capacidad para contratar, éste no actuó correctamente; puesto que debería de haber presenciado la firma un testigo instrumental, en virtud de los artículos 180 y 193 del Reglamento Notarial.

Con la Reforma de la Ley 8/2021 se modificó el artículo 25 de la Ley del Notariado el cual establece que debemos facilitar la comunicación con las personas con discapacidad haciendo uso de diversos mecanismos. Estos mecanismos son desarrollados en el Protocolo para el abordaje integral de mujeres con parálisis cerebral víctimas de violencia sexual⁶² elaborado por la Fundación ASPACE recientemente, que, aunque trata temas penales, la forma de comunicarnos con las personas con discapacidad no es diferente en función de la materia en la que nos encontremos.

Continuaríamos la demanda con el Suplico al Juzgado, solicitando la nulidad del préstamo hipotecario por cuanto este perjudica los derechos en intereses de nuestra clienta.

Y citaríamos, mediante Otrosí digo, a las trabajadoras de la Federación de Personas Sordas de Valladolid y al perito que elabore el informe sobre la capacidad de D.^a María.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo 4129/2023 (Sala de lo Civil) de 20 de octubre de 2023 (Roj: STS 4129/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4129).

⁶² PEDROSA ESPAÑA, ANA. Protocolo para el abordaje integral de mujeres con parálisis cerebral víctimas de violencia sexual. Fundación ASPACE, 2023.

ii. Contestación a la demanda

Dirá el banco en su contestación a la demanda que el deudor del préstamo hipotecario es D. Miguel, hermano de nuestra cliente, y que esta solamente es la avalista del mismo. Como consecuencia de que el primero no cumple el contrato, es obligación del banco reclamar tal cantidad al avalista y proceder al embargo del bien inmueble, que es la casa de aquella.

Mencionará que el Notario actuó haciendo uso de todas las garantías legales necesarias porque conocía que D.^a María era sorda. Por ello, aquel citó a un intérprete de lengua de signos tal y como dice la Ley y el Reglamento Notarial.

Seguramente haga referencia a que si, por nuestra parte hacemos constar la falta de capacidad de nuestra clienta, ¿por qué no estaba “incapacitada” judicialmente para evitar que actuase en el tráfico jurídico? Hecho que ya ha quedado demostrado que, con independencia de que la persona con discapacidad estuviera incapacitada o que en la actualidad no tenga medidas de apoyo, si estos intervienen en el tráfico jurídico, su actuación es nula precisamente por eso, por no contar con ayuda o asesoramiento.

Solicitando, finalmente, que se desestime la demanda por no ser procedente y se permita continuar con el embargo.

iii. Audiencia Previa y Juicio

Una vez contestada la demanda, el Juzgado de Instancia en el que recaiga el asunto, viendo que la demandada no se allana, citará a las partes para acudir a la Audiencia Previa. En este acto, el Juez intentará acercar las posturas de ambas partes, si se llega a un acuerdo se dictará sentencia; pero, seguramente no haya lugar a ningún acuerdo, ya que nosotros sostenemos que el contrato es nulo, mientras que el banco dirá que es totalmente válido. Obligando a las partes a acudir a Juicio.

El Juicio deberá tratar no sobre la falta de incapacitación de D.^a María, debido a que es un tema del que no es competente un Juzgado meramente civil, sino que lo debería conocer un Juzgado de Familia. Tratará sobre si el préstamo hipotecario era nulo o válido, para ello, se practicarán todas las pruebas solicitadas por ambas partes. En el juicio deberá de haber una persona que conozca la lengua de signos para ayudar a D.^a María.

Tal y como se desprende del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de probar la nulidad de dicho préstamo nos correspondería a nosotros como demandantes. Idea que ya ha sido expresada en apartados anteriores en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Barcelona 9323/2023 o la de la Audiencia Provincial de Lleida 382/2023, ambas ya referenciadas.

A parte de los documentos aportados con la demanda y la contestación de la demanda, los cuales se darán por reproducidos en la vista, interesa el examen de la persona con discapacidad para que el Juez vea con sus propios ojos la capacidad real de la demandante, y, aplicando su sana crítica, determine si en verdad pudo o no prestar un consentimiento válido. Dicho examen consistirá en preguntas realizadas por el Juez tendentes a examinar a la persona con discapacidad, que serán simples a cerca de su nombre, situación personal, etc., que en este caso serán respondidas con dificultad o incluso ni obtendrán respuesta por no entender lo que significan.

Después del examen de D.^a María, entrarían los testigos. Por nuestra parte solicitamos el interrogatorio de la trabajadora de la Federación de personas sordas de Valladolid, que es quien, en la actualidad, mejor conoce la comunicación y desenvolvimiento de nuestra clienta. Por parte del banco, podrían solicitar el interrogatorio del Notario, para que explique como hizo el juicio de capacidad en la notaría.

Finalmente, entrará a Sala el perito que haya examinado a nuestra cliente, el cual ratificará el contenido de su informe pericial y explicará, desde la profesionalidad y la información recibida en las entrevistas realizadas, la capacidad de D.^a María.

Terminaremos el juicio con el trámite de conclusiones, donde nosotros diremos que con la prueba practicada queda claro que D.^a María es una persona con discapacidad auditiva, discapacidad que sufre desde que tiene un mes de vida, motivo por el que no pudo recibir la formación académica necesaria, siendo analfabeta. Situación que fue aprovechada por su hermano para inducirla a la firma de un préstamo con garantía hipotecaria que no entendía ni nunca podría llegar a comprender, por lo que dicho acto debe ser considerado nulo en virtud del artículo 1261 del Código Civil, al faltar uno de los requisitos esenciales de todo contrato, el consentimiento. Y, pese a que la firma fue autorizada por un Notario, este acto puede ser refutado por nuestra parte porque debía de

haber intervenido alguien que se asegurase que D.^a María comprendiese la situación y su alcance. Solicitando, por tanto, una sentencia favorable.

Una vez concluida la vista, solo queda esperar a la sentencia. Si esta es ajustada a nuestras pretensiones, nuestra clienta podrá “respirar” y no será privada de su vivienda. Si por el contrario dan la razón al banco, deberemos interponer el correspondiente recurso ante la Audiencia Provincial, y de obtener un resultado negativo solo nos quedaría recurrir en Casación ante el Tribunal Supremo.

Cabe añadir, que, aunque estamos en un asunto puramente civil tendente a evitar que el banco embargue la propiedad de D.^a María, hay sentencias penales que estiman que el comportamiento del hermano podría ser constitutivo de un delito de estafa. Concretamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida 954/2023⁶³ en la que un vecino, conocedor del frágil estado mental de su vecina acérrima creyente religiosa, la inducía a entregarle dinero por deseo de Dios o la Virgen. Si extrapolamos esta idea a nuestro caso concreto, D. Miguel, con intención de estafar a su hermana, le hace firmar el préstamo con garantía hipotecaria que no iba a abonar al banco.

IV. Conclusiones

1. Con los avances y los nuevos focos de preocupación social, tendentes a conceder a todas las personas la igualdad jurídica, la terminología y ciertas instituciones del Código Civil han quedado obsoletas. En los orígenes de este texto legal, las personas locas, dementes y sordomudas no podían contratar, personas que debían ser incapacitadas para evitar su intervención en el tráfico jurídico.

El artículo 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad obliga a todos los Estados parte a conceder esa igualdad de reconocimiento ante la ley. Motivo por el cual, se produjo la Reforma del Código Civil, con la Ley 8/2021, de 2 de junio. Esta, finalmente, atribuye a todos los ciudadanos la posibilidad de ser parte e intervenir en un negocio jurídico, es decir, nos otorga a todas las personas mayores de edad la misma capacidad jurídica. Sin embargo, no todos tendremos la misma capacidad

⁶³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida 954/2023 de 5 de septiembre de 2023 (Roj: SAP LE 954/2023 - ECLI:ES:APLE:2023:954).

de obrar, por esta razón los artículos 249 y 250 del Código Civil introducen las medidas de apoyo. Instituciones tendentes a permitir que toda persona, en función de su grado de necesidad, resulte asesorado o ayudado por un tercero que complemente su capacidad.

2. Para que exista un contrato, este debe contener tres requisitos esenciales: el consentimiento, el objeto y la causa; si falta uno de ellos, el negocio jurídico será nulo. El consentimiento debe ser prestado de manera inequívoca, debe demostrar una voluntad de entender y querer firmar tal negocio jurídico.

Aplicado a nuestro caso, D.^a María no podía prestar un consentimiento válido al padecer una enfermedad, desde que tenía un mes de vida, la cual le privaba de poder escuchar y hablar. Tampoco recibió la formación necesaria, al crecer en una época en la que no había centros educativos especializados, desconociendo el lenguaje de signos. Esta situación hizo que nuestra clienta únicamente pueda comunicarse con su entorno más cercano y que solo conozca ciertas palabras simples. Demostrando así, que aquella no entendía ni quería ser parte de ese contrato de préstamo hipotecario.

3. Será anulable un contrato cuando contando con los tres elementos esenciales uno de ellos resulta viciado por error, dolo, violencia o intimidación.

El único de los vicios mencionados que podría ser manifestado en este asunto es el dolo. Habrá dolo cuando mediante engaños y maquinaciones se induzca a una persona a firmar o ser parte en un negocio jurídico en el que, si hubiera obtenido toda la información o conociera sus consecuencias, no habría intervenido.

A pesar de que el hermano engaña a nuestra clienta para que firme el préstamo hipotecario, ésta jamás podría haber entendido lo que firmaba y el alcance del mismo. No apreciándose, por tanto, ningún vicio en el consentimiento; debiendo descartar que el contrato suscrito sea anulable.

4. Todo contrato de préstamo hipotecario debe de ser firmado ante Notario. El Notario debe hacer un juicio, basado en su sana crítica, donde determine cuál es la capacidad de todos los intervinientes. Pero este juicio de capacidad no es definitivo, sino que es una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario, pudiéndose debatir en cualquier juzgado.

5. Conociendo todos los hechos y que el contrato es nulo, deberemos interponer una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid contra Ibercaja, entidad que pretende embargar la vivienda habitual de nuestra clienta. Contra el hermano solo cabría plantear una denuncia por presunta estafa.

Nuestra demanda deberá reflejar claramente los hechos y los motivos por el cual entendemos que estamos ante un contrato nulo, invocando el artículo 1261 del Código Civil, así como cualquiera de las sentencias mencionadas en este trabajo que nos sirvan para apoyar y reforzar nuestra idea.

En el juicio será necesario que acuda una persona conocedora de la lengua de signos que actúe como interprete para que todas las partes entiendan el acto. En dicho acto, se practicarán todas las pruebas necesarias para que el Juez tome una decisión, consistentes en el interrogatorio de nuestra clienta, de las trabajadoras de la Fundación de personas sordas a la que acude y de los peritos.

Si obtuviéramos una sentencia favorable donde el banco no proceda al embargo de la vivienda de D.^a María, deberemos esperar a ver cuál es la decisión que toma la entidad acreedora puesto que podría no hacer nada, situación en la que se dejaría correr el plazo y que la sentencia se convierta en firme, o plantear un recurso ante la Audiencia Provincial, donde deberíamos contestar al recurso y, posiblemente, acudir de nuevo a juicio. La última instancia a la que se podrá recurrir es al Tribunal Supremo mediante recurso de Casación.

6. Para que esta situación no se hubiera dado, D. Miguel debería de haberse asegurado de que su hermana conocía lo que iba a firmar, ya sea explicándoselo fácilmente o acudiendo a alguna persona que la pudiera asesorar; en definitiva, nuestra clienta debía de contar con las medidas de apoyo que completasen su capacidad, lo que no quiere decir que tendría que haber estado “incapacitada”.

Una vez que esta entendiera el negocio jurídico podría firmarlo válidamente, si esa fuera su decisión, puesto que, si era coaccionada o engañada por su hermano, nos encontraríamos ante un contrato con un vicio del consentimiento del artículo 1265 del Código Civil, contrato que sería anulable.

V. Bibliografía

ABASCAL MONEDERO, P. JOSÉ., CHICHARRO RODRÍGUEZ, PEDRO., & NIETO MORALES, CONCEPCIÓN. Medidas de apoyo a personas con discapacidad. Nueva regulación a la luz de la Ley 8/21, 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. (1ª ed.). Dykinson, 2023.

ÁLVAREZ LATA, N., CARRASCO PERERA, Á., & BUSTO LAGO, J. M. El nuevo sistema general de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de la capacidad jurídica (1a ed.). Aranzadi Thomson Reuters, 2022.

CAÑIZARES LASO, A. Comentarios al Código Civil ([1a edición]). Tirant lo Blanch, 2023.

DEL CAMPO ÁLVAREZ, B., & DURÁN ÁLVAREZ, R. Nulidad parcial en los contratos (1a ed.). Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

FAYOS GARDÓ, ANTONIO. Manual de derecho civil. I, Parte general y derecho de la persona. Madrid: Dykinson, 2016.

LACRUZ BERDEJO, J. LUIS. Elementos de derecho civil Tomo I, Volumen 2, Parte general, Personas. (Sexta edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría). Dykinson, 2010.

LLAMAS POMBO, E., GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., & MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. Manual de derecho civil. Volumen II. Obligaciones y contratos. Teoría general. LA LEY. Wolters Kluwer, 2021.

LÓPEZ BARBA, E. M. Capacidad jurídica: el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio. Dykinson, 2020.

MORCILLO MORENO, J., ÁLVAREZ GARCÍA, H., FAJARDO MARTÍNEZ, C. M., GIL PÉREZ, M. E., & PÉREZ BUENO, L. C. (n.d.). Discapacidad intelectual y capacidad de obrar: de la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones (1a edición). Tirant lo Blanch, 2019.

MORENO FLÓREZ, ROSA MARÍA. Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 8 de septiembre de 2021 (589/2021). Curatela asistencial para una persona con discapacidad psíquica. Dykinson, 2022.

PABLO CONTRERAS, PEDRO DE. Curso de derecho civil. I, Vol. II, Derecho de la persona. Reimp. de la 5a ed. Madrid: Edisofer, 2016.

PAÑOS PÉREZ, ALBA. Nuevo Paradigma en el Ejercicio de la Capacidad Jurídica. Apoyos Voluntarios a Las Personas con Discapacidad. (1st ed.). Dykinson, 2022

PICATOSTE BOBILLO, JULIO. La incapacitación: el marco jurídico. Revista de la Asociación Gallega de Psiquiatría. ISSN-e 1138-5189, N°. 8, 2006, págs. 34-79.

PEDROSA ESPAÑA, ANA. Protocolo para el abordaje integral de mujeres con parálisis cerebral víctimas de violencia sexual. Fundación ASPACE, 2023.

ROMERO COLOMA, A. M. Capacidad, incapacidad e incapacitación. Editorial Reus, 2013.

SALAZAR VARELLA, CLARA ELISA. El proceso de incapacitación. [1a edición]. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER et al. Curso de derecho civil IV: Derechos de familia y sucesiones. 9ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

VI. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo 65/1984 (Sala de lo Civil) de 4 abril de 1984 (Roj: STS 65/1984 - ECLI:ES:TS:1984:65).

Sentencia del Tribunal Supremo 4629/2004 (Sala de lo Civil) de 30 de junio de 2004 (Roj: STS 4629/2004 - ECLI:ES:TS:2004:4629).

Sentencia del Tribunal Supremo 7499/2004 (Sala de lo Civil) de 19 de noviembre de 2004 (Roj: STS 7499/2004 - ECLI:ES:TS:2004:7499).

Sentencia del Tribunal Supremo 2945/2005 (Sala de lo Civil) de 10 de mayo de 2005 (Roj: STS 2945/2005 - ECLI:ES:TS:2005:2945).

Sentencia del Tribunal Supremo 3608/2007 (Sala de lo Civil) de 9 de mayo de 2007 (Roj: STS 3608/2007 - ECLI:ES:TS:2007:3608).

Sentencia del Tribunal Supremo 2362/2009 (Sala de lo Civil) de 29 de abril de 2009 (Roj: STS 2362/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2362).

Sentencia del Tribunal Supremo 3276/2021 (Sala de lo Civil) de 8 de septiembre de 2021 (Roj: STS 3276/2021 - ECLI: ES:TS: 2021:3276).

Sentencia del Tribunal Supremo 123/2022 (Sala de los Civil) de 16 de febrero de 2022 (Roj: STS 620/2022 - ECLI:ES:TS:2022:620).

Sentencia del Tribunal Supremo 4129/2023 (Sala de lo Civil) de 20 de octubre de 2023 (Roj: STS 4129/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4129).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 2057/1998 de 23 de marzo de 1998 (SAP V 2057/1998 - ECLI:ES:APV:1998:2057).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 495/1998 de 31 de marzo de 1998 (Roj: SAP AL 495/1998 - ECLI:ES:APAL:1998:495).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 318/2000 de 12 de abril del 2000 (Roj: SAP SA 318/2000 - ECLI:ES:APSA:2000:318).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 38/2003 de 10 de enero de 2003 (Roj: SAP CA 38/2003 - ECLI:ES:APCA:2003:38).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida 382/2003 de 5 de septiembre de 2003 (SAP L 654/2003 - ECLI:ES:APL:2003:654).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria 1289/2004 de 23 de abril de 2004 (Roj: SAP GC 1289/2004 - ECLI:ES:APGC:2004:1289).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 2412/2006 de 11 octubre de 2006 (Roj: SAP O 2412/2006 - ECLI:ES:APO:2006:2412).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 4598/2020 de 22 de diciembre de 2020 (Roj: SAP V 4598/2020 - ECLI:ES:APV:2020:4598).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 10091/2021 de 8 de julio de 2021 (Roj: SAP B 10091/2021 - ECLI:ES:APB:2021:10091).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 1434/2022 de 26 de mayo de 2022 (Roj: SAP PO 1434/2022 - ECLI:ES:APPO:2022:1434).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 1541/2022 de 14 de septiembre de 2022 (Roj: SAP T 1541/2022 - ECLI:ES:APT:2022:1541).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 12756/2022 de 5 de diciembre de 2022 (Roj: SAP B 12756/2022 - ECLI:ES:APB:2022:12756).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander 50/2023 de 18 de enero de 2023 (Roj: SAP S 50/2023 - ECLI:ES:APS:2023:50).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia 78/2023 de 8 de marzo de 2023 (Roj: SAP P 78/2023 - ECLI:ES:APP:2023:78).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva 196/2023 de 23 de marzo de 2023 (Roj: SAP H 196/2023 - ECLI:ES:APH:2023:196).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 6671/2023 de 2 de junio de 2023 (Roj: SAP B 6671/2023 - ECLI:ES:APB:2023:6671).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida 954/2023 de 5 de septiembre de 2023 (Roj: SAP LE 954/2023 - ECLI:ES:APLE:2023:954).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 9323/2023 de 13 de septiembre de 2023 (Roj: SAP B 9323/2023 - ECLI:ES:APB:2023:9323).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 3093/2023 de 2 de octubre de 2023 (Roj: SAP O 3093/2023 - ECLI:ES:APO:2023:3093).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 2197/2023 de 6 de octubre de 2023 (Roj: SAP PO 2197/2023 - ECLI:ES:APPO:2023:2197).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 11235/2023 de 23 de octubre de 2023 (Roj: SAP B 11235/2023 - ECLI:ES:APB:2023:11235).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 11528/2023 de 6 de noviembre de 2023 (Roj: SAP B 11528/2023 - ECLI:ES:APB:2023:11528).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila 329/2023 de 2 de noviembre de 2023 (Roj: SAP AV 329/2023 - ECLI:ES:APAV:2023:329).

VII. Legislación

Constitución Española.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

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.

Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.