

La capacidad del fiador: cuando una persona con discapacidad quiere constituirse en fiadora

NAIARA RODRÍGUEZ ELORRIETA

Profesora adjunta de Derecho civil (acreditada como profesora agregada)
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene el propósito de analizar la capacidad de las personas con discapacidad cuando la fianza se constituye por una persona con discapacidad y atender, en especial, al régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por estas personas. La entrada en vigor de la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha modificado variada normativa de nuestro ordenamiento jurídico, entre ella, el Código Civil, y ha incidido en la dicotomía entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

PALABRAS CLAVE

Persona con discapacidad; Anulabilidad; Fianza; Capacidad jurídica; Aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica.

The capacity of the guarantor: when a person with a disability wants to become a guarantor

ABSTRACT

The purpose of this research work is to analyze the capacity of people with disabilities when the bond is constituted by a person with disabilities and to address, especially, the voidability regime of contracts entered into by these people. The entry into force of Law 8/2021 of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, has modified various regulations of our legal system, among them, the Civil Code, and has influenced the dichotomy between legal capacity and the capacity to act.

KEY WORDS

Person with a disability; Voidability; Bail; Legal capacity; Aptitude for the exercise of legal capacity.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Recorrido histórico de la capacidad del fiador.*—III. *La capacidad del fiador.* 1. Consideraciones previas. 2. Capacidad para obligarse. 2.1 Concepto actual de capacidad. 2.2 Fianza prestada por las personas con discapacidad. 2.2.1 Ineficacia de la fianza otorgada. 2.2.2 Planteamiento de los diversos contextos que pudieran acontecer en la fianza prestada con persona con discapacidad. 2.2.3 Reformulación del régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad.—IV. *Conclusiones.*—*Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la fianza se encuentra regulada en los artículos 1822 a 1856 del Código Civil. La expresión dar o prestar fianza «es un término jurídico que tiene un sentido preciso, concretamente el de contrato u obligación en cuya virtud un tercero debe y responde personalmente de la prestación a la que otro se ha comprometido, caso de que este no cumpla»¹. En consecuencia, «el fiador asume una obligación propia que no tiene que coincidir necesariamente con la garantizada (art. 1826 CC) y es, por tanto, auténtico deudor de una obligación suya contraída para garantizar una deuda ajena»². No obstante, es preciso distinguir entre el contrato de fianza, la obligación fideusoria y la relación de fianza. Carrasco Perera define la fianza, el tipo básico, como el conjunto de normas que regulan la relación entre acreedor y fiador, y lo califica de contrato³. Sin embargo, el empleo del término contrato resulta incompleto al no poder explicar ciertos efectos fideusorios admitidos en nuestro sistema cuyo nacimiento no puede tener causa en un contrato de fianza⁴. A saber, por ejemplo, los efectos que regula el Código Civil en cuanto a la fianza entre deudor y fiador (artículos 1838 a 1843). De manera que la «relación obligatoria de fianza» o «relación de fianza», que aglutina dos relaciones obligatorias diferentes

¹ GIL RODRÍGUEZ; KARRERA EGIALDE; DE MIGUEL HERNANDO, 2014, p. 290.

² GIL RODRÍGUEZ; KARRERA EGIALDE; DE MIGUEL HERNANDO, 2014, p. 291.

³ CARRASCO PERERA, 1992, p. 65.

⁴ CARRASCO PERERA, 1992, p. 85.

(la garantizada y la de garantía), constituyen términos más adecuados y exactos⁵. En definitiva, mayor interés que el contrato de fianza tiene la relación de fianza en su compleja estructura y las relaciones del fiador con el acreedor y con el deudor (y de los fiadores entre sí)⁶. Cuestión diferente será tratar la obligación fideusoria, obligación que contrae la persona que se constituye como fiador, cualquiera que sea la razón de contraerla⁷.

Con el fin de contextualizar la capacidad del fiador en general, antes de entrar en el concreto análisis de la fianza constituida por persona con discapacidad, se partirá de un breve análisis histórico de dicha capacidad en otras épocas: la referida a Justiniano (Derecho romano), las Partidas (Edad Media), y el Proyecto de Código Civil de 1851 (Edad Contemporánea). A continuación, se atenderá a la actual capacidad del fiador y, para ello, será oportuno advertir que el Código Civil no contiene un precepto específico sobre la capacidad requerida, lo que hace necesario analizar la capacidad general para obligarse⁸. El actual concepto de capacidad ha sido recientemente modificado mediante la Ley 8/2021, lo que ha provocado que el artículo 1263 del Código Civil prescinda de cualquier alusión a las personas con discapacidad —antes incapaces o con la capacidad modificada judicialmente—. Esto no significa que toda persona con discapacidad pueda ser fiadora, ya que habrá que atender al acto en concreto, es decir, si se ha formado su voluntad de forma adecuada y, por lo tanto, si el consentimiento que emite es válido. Por consiguiente y en último lugar, se prestará atención a la anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad llevando a cabo una reinterpretación del artículo 1302.3 del Código Civil acorde a los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tomando como referencia la reciente Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas, en el que la anulabilidad provendrá, y se anticipa, de la insuficiente capacidad de entender y la facultad para expresar su voluntad, unida a la falta de la medida de apoyo.

⁵ Sobre esta cuestión CARRASCO PERERA indica que es una «[o]bligación de refuerzo que satisface el interés de cumplimiento del acreedor en la obligación principal [...] de naturaleza subsidiaria. Obligación propia, distinta de la principal, pero que satisface el mismo interés de cumplimiento que la principal», CARRASCO PERERA, 2021, p. 2269.

⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, 2005, p. 319. En el mismo sentido, REYES LÓPEZ afirma que «resulta más interesante [...] detenerse en el estudio de la relación de fianza porque es la que mejor permite analizar las relaciones que se establecen entre el fiador con el acreedor y con el deudor», REYES LÓPEZ, 2021, p. 506.

⁷ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, 2022, p. 95.

⁸ El artículo 1828 del Código Civil se refiere expresamente a la capacidad en la fianza sin que se estipule nada nuevo sobre la cuestión: «[e]l obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse [...]».

II. RECORRIDO HISTÓRICO DE LA CAPACIDAD DEL FIADOR

Antes de comenzar con el estudio de la capacidad requerida al fiador y, en concreto, de la posibilidad de que una persona con discapacidad pueda constituirse en fiadora, corresponde realizar un breve recorrido a través de la historia.

A lo largo del tiempo han sido varios los cuerpos legales y normas que han tratado la fianza. De ahí que resulte preciso repasar, aunque sea brevemente, el itinerario histórico más relevante de esta figura jurídica a través de tres momentos diferentes (la época de Justiniano en el Derecho romano, las Partidas en la Edad Media y el Proyecto de Código Civil de 1851, conocido como Proyecto de García Goyena) y la capacidad para obligarse —limitada por la edad, el sexo y lo que hoy por hoy denominamos la discapacidad—.

La actual configuración de la fianza parte de su antecedente jurídico más lejano, en la época del emperador romano Justiniano: la *fideiussio*⁹. En el Derecho romano, la garantía personal se configuró mediante una pluralidad de formas a lo largo de su evolución histórica, pero parece que la *fideiussio* fue la única fórmula de garantía que continuó viva¹⁰ tras la desaparición de anteriores figuras jurídicas, concretamente, la *sponsio* y la *fidepromissio*¹¹. La estructura de la *fideiussio* consistía en un acto oral, basado en la *fides*, en la que el *fideiussor* realizaba una promesa: ¿te haces fiador de lo mismo?¹². Dicho de otra manera, prestaba su consentimiento para ser fiador. En la intervención del fiador había algo más que una seguridad material o una garantía de solvencia del deudor, existía un testimonio de honradez y de moralidad¹³. De esta forma resulta patente que no todos los sujetos podían quedar obligados en aquella época.

⁹ Gayo se refiere a la misma cuando señala, «[f]ideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. Ac ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur», Gayo 3, 119a.

¹⁰ La *fideiussio* es la que se impone a la *sponsio* y a la *fidepromissio* debido, principalmente, a que dicha institución garantiza todo tipo de obligaciones y no solo las nacidas de manera verbal, MARLASCA MARTÍNEZ, *RGDR*, 2013, p. 4 y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *REHJ*, 2018, p. 55.

¹¹ A propósito de la garantía personal, «favorecía [...] la intercesión de personas solventes a favor de los deudores», OLIVER SOLA, *BFD*, 2002, p. 98.

¹² OLIVER SOLA, *BFD*, 2022, pp. 98-100.

¹³ MORO SERRANO, *RCDI*, 1989, p. 718.

En Roma, la plena capacidad de obrar dependía de ser *sui iuris*, ser varón y ser mayor de 25 años¹⁴. Como puede observarse, el sistema de capacidad de obrar basado en la edad legal se inició en el Derecho romano¹⁵. En aquella época se establecía una distinción entre personas independientes (*sui iuris*) y dependientes (*alieni iuris*)¹⁶. Gayo ofrece una tripartición de las personas *alieni iuris*: unas estarían *in potestae*, otras *in manu* y otras *in mancipio*¹⁷. Así, en el primer caso, *in potestae*, unos estarían sujetos a la potestad dominical (los esclavos) y otros a la patria potestad (los hijos). En el segundo caso, *in manu*, solo podían encontrarse las mujeres al contraer nupcias. El matrimonio, según parece, podía adoptar dos formas: *cum manu*, cuando la mujer dejaba su familia de origen para pasar a formar parte de la familia del marido, y *sine manu*, donde podían darse dos situaciones, bien que la mujer continuase bajo la patria potestad de su padre como *alieni iuris* o bien que la mujer no se encontrara ni bajo la patria potestad del padre ni *in manu* del marido, con lo que se consideraba *sui iuris*¹⁸. Y, en el tercer caso, respecto los hijos en cuanto a su emancipación, *in mancipio*.

Las mujeres en esa época carecían de plena capacidad de obrar¹⁹, lo que no significaba, a su vez, su falta de capacidad para negociar y para ser capaces de tener un patrimonio propio²⁰. Normalmente, la mujer sería considerada *alieni iuris*. Como hija se encontraría bajo la *patria potestas* y como esposa bajo la *manus mariti*²¹. Aun siendo *sui iuris*, esto es, mujeres que no debían estar sometidas a la autoridad de otra persona de acuerdo a su estatus familiar, se encontraban sujetas a una perpetua tutela, la *tutela mulieris*²². De esta manera, para que la mujer pudiera llevar a cabo negocios jurídicos necesitaba un hombre que completara su capacidad, otorgando *auctoritatis interpositio* para conferir validez a los negocios jurídicos de la mujer²³. Lo que se pretendía era impedir que una mujer *sui iuris* tuviese la capacidad de disposición

¹⁴ COLMENAR MALLÉN, 2021, p. 551.

¹⁵ CASTRO TRAPOTE, IC, 2018, p. 539.

¹⁶ BUIGUES OLIVER, 2014, p. 16.

¹⁷ Gayo 1.49, «[s]ed rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt».

¹⁸ BUIGUES OLIVER, 2014, pp. 53 y ss.

¹⁹ COLMENAR MALLÉN, 2021, p. 551; BARREIRO MORALES, 2023, p. 14 y SORIA MOYA, 2021, p. 125.

²⁰ A la capacidad patrimonial de la mujer se refiere BUIGUES OLIVER, Gabriel, 2014, p. 67.

²¹ MUÑOZ GARCÍA, AFDUE, 1989, pp. 445-446.

²² A dicha *tutela mulieris* se refieren, entre otros, BERNAD MAINAR, 2006, pp. 570 y ss.; PÉREZ PÉREZ, *Revista Clepsidra*, 2017, pp. 203 y ss., y SORIA MOYA, 2021, pp. 125 y ss.

²³ BUIGUES OLIVER, 2014, p. 149.

absoluta para evitar que los herederos recibieran una herencia empobrecida²⁴. La completa desaparición de la referida tutela, la *tutela mulieris*, se produjo en la época de Justiniano, cuando aún perduraba como una mera limitación formal vacía de contenido²⁵. En lo que respecta a la capacidad patrimonial de las mujeres, esta podía variar dependiendo del régimen matrimonial²⁶, lo que determinaría, según parece, su capacidad ligada a la fianza. Así, en el régimen de absorción, los bienes de la mujer pasaban al patrimonio del marido a través del matrimonio *cum manu*, con lo que la mujer no tenía ningún tipo de derecho sobre sus bienes²⁷. En el régimen de separación, la mujer conservaba, siempre que fuera *sui iuris*, la propiedad de los bienes llevados al matrimonio *sine manu*²⁸, y, en el régimen dotal, con el fin de compensar las pérdidas de los derechos hereditarios que sufría la mujer como consecuencia de la ruptura de todo vínculo con su familia paterna, tanto si el matrimonio iba acompañando de la *manus* como si no, los bienes se consideraban propiedad del marido.

La época justinianeana propició la capacidad negocial de la mujer, aunque mantuvo, por ejemplo, la regla general de prohibición de la intervención como fiadora a favor de su marido, con excepciones que posteriormente se analizarán. Esta prohibición tenía su origen en el Senadoconsulto Veleiano como instrumento para regular los efectos de la cada vez mayor participación de la mujer en el ámbito social y económico²⁹. Al parecer, fue uno de los senadoconsultos que más importancia tuvo en el ámbito de la capacidad negocial de la mujer³⁰, disposición senatorial que establecía «[...] que no se conceda acción contra ellas cuando interceden por otros como fiadoras... fundamentando esta posición en que la mujer no puede ejercer funciones varoniles y, por tanto, no es equitativo que pueda ser constreñida a responder de obligaciones de aquel género»³¹. Esta disposición se refería a un conjunto de actuaciones que se le prohibían a las mujeres: «[...] prohibición de la intervención de la mujer por tercera persona en los supuestos en los que torna en mutuo para otra persona y cuando interviene en una *fideiussio*, es decir supuestos de *intercessio*, por lo que habrá que perfilar qué

²⁴ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, 2019, p. 154.

²⁵ MUÑOZ GARCÍA, 1991, p. 44.

²⁶ A los diferentes regímenes matrimoniales se refiere IGLESIAS SANTOS, 2010, pp. 371 y ss.

²⁷ VALLEJO PÉREZ, 2016, p. 6. Sin embargo, si el marido era *alieni iuris* los bienes pasaban al patrimonio del *pater familias*.

²⁸ La mujer se mantenía libremente como dueña y señora de sus bienes, VALLEJO PÉREZ, 2016, p. 7.

²⁹ BERNAD SEGARRA, 2021, p. 561.

³⁰ BUIGUES OLIVER, 2014, p. 161.

³¹ Traducción realizada por LALINDE ABADÍA, AHDE, 1971, pp. 355-356.

actos suponen una intercesión y, por lo tanto, son objeto de la prohibición del senadoconsulto»³². Esta intercesión abarcaba dos supuestos en que una mujer intervenía a favor de otro³³:

1) Intercesión cumulativa: en los que la mujer intervenía obligándose junto al deudor principal. Los supuestos englobados serían los casos de *fideiussio*, *fidepromissio* y *sponsio*.

2) Intercesión privativa: en los que la mujer asumía una obligación del deudor, extinguiendo la obligación de este.

De esta forma, la intercesión llevada a cabo por la mujer no era nula *ipso iure*, sino que concedía a la mujer una *exceptio senatusconsulti velleiani* contra la posible reclamación del acreedor³⁴. La razón de dicha protección a las mujeres quizá derivase de ciertas condiciones como la *imbecilitas* o la *infirmetas*, que determinaban la falta de capacidad de la mujer para llevar a cabo algunas funciones de manera correcta³⁵. Debido a la creciente intervención de la mujer en el Derecho privado, se procedieron a eliminar obstáculos y Justiniano reguló la intervención de la mujer en el plano negocial, en concreto, cuatro constituciones referidas al senadoconsulto sobre la inaplicabilidad del mismo — aunque, tal y como se ha afirmado antes, se mantiene la antigua prohibición de la intervención de la mujer a favor de su marido—³⁶. Entre otros, el supuesto en el que la mujer interviniera a favor de tercero recibiendo algo a cambio o cuando se obligaba a pagar una cantidad de dinero al propietario de un esclavo para que este lo manumitiera. En estos casos la mujer no podía alegar la referida excepción cuando el acreedor le reclamara.

El Derecho romano también tuvo en cuenta a las personas que tuvieran algún tipo de discapacidad. Las personas «[...] *alieni iuris* con cualquier tipo de disparidad funcional no estaban sometidos a tutela o curatela mientras siguiesen bajo la *patria potestas* de un *paterfamilias* [...]»³⁷. De manera que una vez que no se encontraran subordinados a la autoridad de otra persona, la persona con discapacidad era sujeta a una curatela (*cura furiosi*). Así pues, la intervención del curador hacía que los negocios jurídicos tuvieran efectos jurídicos y no fueran nulos³⁸. Podía hablarse de dos clases

³² BERNAD SEGARRA, 2021, pp. 561-562.

³³ A ellos se refieren BERNAD SEGARRA, 2021, pp. 566 y ss. y BUIGUES OLIVER, 2014, pp. 166 y ss.

³⁴ BUIGUES OLIVER, 2014, p. 168.

³⁵ BERNAD SEGARRA, 2021, p. 569.

³⁶ A todos ellos se refieren ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, RIEHJ, 1998, pp. 95-100 y BERNAD SEGARRA, 2021, p. 572 y ss.

³⁷ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, 2019, p. 135.

³⁸ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, 2019, p. 139.

de locos, el *furiosus* y el *demens* o *mentecaptus*. En el primer caso, referido a la locura en el sentido de furor para referirse a los locos más evidentes; en el segundo a la demencia sobrevenida y no congénita y, en el caso de los *mentecaptus*, a la persona cuya debilidad era de tipo congénito, de nacimiento y su estado no era debido a causas extrínsecas³⁹. Los locos carecían de capacidad negocial, si bien conservaban la propiedad y la posesión de los bienes⁴⁰. Las *Instituciones* de Gayo consideraban al enfermo mental «sujeto que no puede llevar a cabo ningún negocio porque no entiende lo que hace» (3,106). Los juristas de la época «[...] equipararon el tratamiento jurídico de *infans*, sordos, mudos y *furiosi*, aunque el motivo de la discapacidad fuera diverso; consideraban [...] se producía un mismo efecto: la imposibilidad de expresarse de dichas personas o de conocerse la voluntad de las mismas, claro está, por causas distintas»⁴¹. De esta manera, la *cura furiosi* se extendió a lo que hoy por hoy denominamos personas con discapacidad, aunque no presentaran una enfermedad mental⁴². Solo en el Derecho justinianeo cabía la posibilidad de que los actos del *furiosus* fueran válidos y la *cura* suspendida durante los intervalos lúcidos, pues solo aquella etapa diferenciaba entre el furioso y el demente respecto a los intervalos lúcidos que podía tener el primero⁴³. En este sentido, el *Digesto* declaraba que el *furiosus* podía tener momentos de intervalos lúcidos al considerar la posibilidad de que durante los mismos pudiera ser testigo en un testamento: «el furioso no puede ciertamente ser presentado como testigo, no estando en su cabal juicio, pero si tiene intervalos, puede ser presentado en ese tiempo; y también será válido el testamento» (D. 28,1,20,4. Ulp lib.1 ad Sap)⁴⁴. A estas personas se les nombraba un curador, normalmente custodiado por el jefe de familia⁴⁵ o pariente más próximo o cónyuge y, en casos extremos, sería recluido⁴⁶. La finalidad del curador

³⁹ MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, RGDR, 2005, pp. 791-792.

⁴⁰ KASER, (traducción SANTA CRUZ TEJEIRO), 1982, p. 75.

⁴¹ MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, RGDR, 2020, p. 14.

⁴² CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, 2019, p. 164. Por ejemplo, un mudo no podía formalizar por sí mismo un contrato verbal de estipulación, en atención a que únicamente se podía perfeccionar de manera oral, FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, 2022, p. 220.

⁴³ MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, RGDR, 2005, pp. 793-794 y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, 2019, p. 165.

⁴⁴ Esta regulación recuerda al artículo 665 del Código Civil, en su redacción original, que también se refería a los intervalos lúcidos del demente para poder realizar testamento, «[s]iempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando estos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos». Asimismo, se señalaba que el trastornado o enajenado no tiene voluntad (D. 50.17.40, Pomponio, lib. XXXIV, *ad Sabinum*).

⁴⁵ CAMACHO CLAVIJO, 2022, pp. 20 y ss.

⁴⁶ MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, RGDR, 2005, p. 795.

era actuar en nombre del incapaz, cuidando de su persona y administrando su patrimonio de manera altruista⁴⁷. Mientras que el curador del *furiosus*, en base a las XII tablas, parece que tenía la facultad de enajenar, posteriormente, en la época clásica, esta facultad fue interpretada con moderación y se restringió a los fines de administración⁴⁸.

En definitiva, la *fideiussio* se instituyó como la única fórmula de garantía que no desapareció y se mantuvo con Justiniano, y en la que podían intervenir los varones y, en determinadas circunstancias, aunque vieran su capacidad para obligarse limitada, las mujeres —quienes vieron su capacidad negocial ampliada con Justiniano— y las personas con discapacidad —por sí mismas siempre que tuvieran un intervalo lúcido o a través de la *cura furiosi*—.

La siguiente etapa histórica se refiere a la Edad Media y, concretamente, al cuerpo normativo referido a las *Partidas*, único cuerpo legal de aquel momento que parece que aludía a la capacidad necesaria en la fianza y establecía con gran precisión una amplia regulación de la figura. Las *Partidas* seguían la estela iniciada en el Derecho romano, por lo que puede advertirse que la capacidad negocial requerida para constituir una fianza no varía, «[...]con un sustrato de Derecho romano que la aproximan en gran medida a la concepción de la *fideiussio* en la compilación justiniana[...]»⁴⁹.

La capacidad de obrar en aquel momento estaba ligada a la obtención de la mayoría de edad establecida en veinticinco años en las *Partidas*, edad esta que, al parecer, prevaleció hasta el siglo XIX⁵⁰. Las *Partidas* también se encargaron de las personas con discapacidad. A los enfermos mentales se los consideraba personas poseídas por el diablo o por los malos espíritus⁵¹ y, precisamente, las *Siete Partidas* ordenaban la curatela del loco a aquellas personas mayores de veinticinco años que eran consideradas locas o desmemoriadas⁵².

En concreto, en cuanto a la capacidad para prestar fianza, las *Partidas* en la ley primera se referían a un principio general para ser fiador, «[...] [*e*]t decimos que puede seer fiador todo home que puede facer promisión para fincar obligado por ella [...]». Por lo tanto, podían ser fiadores quienes pudieran hacer promisión, que no era sino una fórmula estipulatoria verbal que atendía a un esquema

⁴⁷ MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, 2005, p. 798.

⁴⁸ MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, 2005, p. 795.

⁴⁹ ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, RIEHJ, 1998, p. 93.

⁵⁰ GACTO FERNÁNDEZ, HID, 1984, p. 47.

⁵¹ CAMACHO CLAVIJO, 2022, p. 28.

⁵² Ley 13.^a, título XVI, *Partidas* VI.

de pregunta-respuesta, por ejemplo, ¿prometes dar tal? —modelo que ya se inició en el Derecho romano—. De la misma manera, el cuerpo normativo también establecía que no podían ser fiadores el mudo, el sordo y el menor de siete años⁵³. Tampoco podían serlo el loco o desmemoriado, el pródigo, el pupilo, y el menor de catorce años y mayor de siete, ya que estos últimos solo podían realizar estipulación válida si les reportaba algún beneficio, lo que no sucedía en la intervención como fiador⁵⁴. El fiador debía prestar consentimiento en tal acto, cuestión que resultaba imposible para el loco o desmemoriado por carecer de capacidad negocial, y a los sordos y mudos por no poder escuchar y prestar el consentimiento, respectivamente. Los sujetos descritos que carecían de capacidad para poder prestar fianza eran sujetos a tutela o curatela. En el caso de la curatela de las personas con discapacidad, parece que era necesaria una carta especial para que el curador pudiera enajenar bienes, debiéndole demostrar al juez la necesidad del negocio⁵⁵. La ley segunda establecía quiénes no podían actuar como fiadores aunque pudieran realizar estipulación válida⁵⁶: primero, los *caballeros de mesnada del rey* que recibían soldada con el fin de que no se dedicaran a negocios privados ajenos al oficio de las armas⁵⁷; segundo, los religiosos, obispos y clérigos para que no descuidaran su servicio a Dios y a la Iglesia —salvo que la fianza fuere hecha a favor de otros clérigos o de sus iglesias o de personas necesitadas, en cuyo caso solo quedarían obligados los bienes propiedad del clérigo⁵⁸—; tercero, el siervo, excepto si tenía peculio que le hubiese entregado su señor, pues en tal caso sí podía intervenir como fiador y, cuarto, las mujeres.

En referencia a estas últimas, su situación jurídica parece que no dista de la referida en el Derecho romano. Tenían limitada su capacidad de obrar y estaban supeditadas al padre o marido, estando capacitadas para actuar por sí mismas solo las mujeres viudas o solteras emancipadas de la patria potestad —condicionada su actuación a las trabas jurídicas impuestas por las normas—⁵⁹. Sin embargo, al igual que en el Derecho romano, todo ello no parece que pudiera impedir que la mujer dispusiera de su propio patrimonio separado del posible patrimonio conyugal⁶⁰. Las *Partidas*

⁵³ P. 5,11,2; 5,11,4 y 5,11,5.

⁵⁴ ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, RIEHJ, 1998, p. 92.

⁵⁵ ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, RIEHJ, 1992, pp. 142-143.

⁵⁶ P. 5,12.

⁵⁷ ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, RIEHJ, 1998, p. 93.

⁵⁸ Ley 45.^a, p. 16.

⁵⁹ SÁNCHEZ VICENTE, 1985, p. 23. Disponible en: <https://ria.asturias.es/RIA/bits-tream/123456789/78/1/Archivo.pdf>

⁶⁰ Sobre este patrimonio propio diserta CASTRILLO CASADO, EM, 2021, pp. 290 y ss.

señalaban «[...] *que mujer ninguna non pueda entrar fiador por otri* [...]» —recepción en las *Partidas* de lo dispuesto en el Sena-consulto Veleyano—. La mujer no podía constituirse en fiadora, pues no era decoroso que las mujeres tuvieran que ir a pleito por las fianzas que realizaban teniendo que estar presentes en lugares donde se congregaban muchos hombres, lo que iría contra la honestidad y las buenas costumbres⁶¹. Sin embargo, la mujer podía ser fiadora en ocho supuestos en los que la fianza era válida, entre otros, cuando la mujer recibía precio a cambio de su intervención como fiadora, cuando se vistiera con ropa de varón o empleara cualquier otro engaño por el que el acreedor creyera que era varón y cuando intercedía como fiadora por alguien y después heredaba sus bienes⁶².

De esta forma, las *Partidas* se constituyeron en firmes herederas de la época romana donde la capacidad negocial y sus limitaciones no variaron en cuanto a la edad, a la mujer y a las personas con discapacidad.

La última etapa descrita es la referida al proyecto de García Goyena de 1851, que regulaba la fianza en el Libro III, Título XVII. El artículo objeto de estudio es el artículo 1740 en cuanto a la capacidad del fiador. El precepto señalaba que:

«El obligado a dar fiador debe dar por tal a persona que reúna las calidades siguientes: 1.^a. Ha de ser capaz de obligarse. 2.^a. Ha de estar domiciliado o ha de escoger domicilio en el partido judicial donde haya de darse la fianza. 3.^a. Ha de poseer bienes inmuebles que no estén en litigio, bastantes para cubrir la deuda, y situados en la provincia donde se dé la fianza. Siendo pequeña la deuda, bastará que el fiador sea abonado bajo otro concepto, aunque no posea bienes inmuebles».

Este artículo trataba sobre las condiciones que debía reunir el fiador, siendo estas circunstancias subjetivas y objetivas que debían recaer en el fiador. Algunos de estos requisitos no se han mantenido en el Código Civil, que ha prescindido del segundo y tercer inciso del artículo 1740 para contener dos apartados diferenciados: uno, referido a las condiciones que debe reunir el fiador —de la misma manera que disponía el proyecto de García Goyena— y dos, la competencia de los tribunales que deban conocer del asunto. Al igual que ocurría en etapas anteriores, el artículo reseñado, el 1740, hablaba sobre la capacidad para obligarse. En este sentido, el

⁶¹ ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, RIEHJ, 1998, p. 95.

⁶² A todos ellos se refiere de manera detallada ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, RIEHJ, 1998, pp. 95 y ss.

artículo 987 señalaba que eran incapaces para contratar, «1.º Los menores no emancipados. 2.º Las mujeres casadas en los casos expresados por la ley. 3.º Los que no pueden administrar sus bienes, conforme al artículo 279». De lo que se deduce que los mayores de edad no tenían limitaciones a la hora de contratar. El artículo 142 disponía que «[l]a persona de ambos sexos, que no han cumplido 20 años, son menores de edad», por lo tanto, la mayoría de edad se alcanzaría a los veinte años. En cuanto a la situación jurídica de la mujer, parece que esta había mejorado en parte, pues nada se señalaba en la regulación de la fianza respecto de la mujer, con lo que se entiende que podía afianzar. Por último, en relación a los enfermos mentales, el artículo 279 indicaba que «[s]on incapaces de administrar sus bienes: el loco o demente, el sordomudo que no sabe leer ni escribir, el pródigo y el que está sufriendo la interdicción civil». Estas personas verían limitada su capacidad de obrar con la declaración de incapacidad que emitiría el juez y estarían sometidos a curatela. Incapacidad que no solo se produciría en relación a los locos y dementes, sino también respecto del sordomudo que no sabía leer ni escribir y del pródigo.

En suma, la situación jurídica del fiador se ve modificada en el proyecto de García Goyena, de modo que la capacidad para afianzar está aun limitada por la edad y la discapacidad, pero no así por el sexo.

III. LA CAPACIDAD DEL FIADOR

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Tras un somero recorrido histórico por el requisito de capacidad en la fianza, procede ahora comenzar el análisis referido a la capacidad del fiador.

Tal y como se mencionaba antes, no existe precepto en el Código Civil que regule de manera específica la capacidad del fiador, con lo que el análisis se referirá a la capacidad general para obligarse. Resulta necesario contextualizar la capacidad negocial de determinadas personas que han sido objeto de estudio en el punto anterior. El modificado artículo 1263 del Código Civil establecía que «[n]o pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados. 2.º Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir. 3.º Las mujeres casadas en los casos expresados por la ley». Así, el artículo 320 en la redacción original del Código Civil determinaba que «[l]a mayor edad empieza a los veintitrés

años cumplidos». No es hasta el Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad, cuando se estableció la mayoría de edad en los dieciocho años y, por lo tanto, con capacidad de obrar plena⁶³. En cuanto a las mujeres, su capacidad seguía limitada, aunque respecto a la figura de la fianza no se establecía restricción alguna⁶⁴. Se entiende que la mujer adquirió la capacidad negocial plena con la actualización del cuerpo legal en 1975 al ser suprimido ese tercer inciso del artículo 1263⁶⁵. En lo referente a personas dementes y locas, el Código Civil precisaba que no podían prestar consentimiento. De esta manera se mantuvo hasta su modificación en el año 1996 por el término «los incapacitados». El proceso de incapacitación se realizaba cuando se cumplieran los requisitos exigidos en el artículo 200 de la misma norma —«[s]on causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma»— y que ha estado vigente hasta su derogación por la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

2. CAPACIDAD PARA OBLIGARSE

El artículo 1263 del Código Civil referido a la capacidad para contratar de las personas dispone que «[l]os 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». La edad es un elemento importante a considerar por la relación que guarda con el ejercicio de derechos y obligaciones⁶⁶ y, concretamente, con la aptitud de las personas para realizar contratos de manera válida. La edad delimita la constitución de tres estados diferentes en los que la capacidad para contratar variará. Primero, la minoría de edad, en la que se tendrá que atender a los artículos 1263 y 1264 del Código Civil. Este último remite al régimen de las prohibiciones legales respecto a la capacidad para contratar. Así, el citado precepto indica que «[l]o previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio

⁶³ La Constitución española reflejó esta misma mayoría de edad en el artículo 12: «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años».

⁶⁴ En este sentido, «[...] la mujer puede actuar jurídicamente sin licencia, siempre que la ley no exija expresamente tal requisito [...]». Cabe afirmar que la mujer puede, sin necesidad de autorización de su marido, realizar válidamente todos aquellos actos en la ley no impone taxativamente tal exigencia», DE COSSIO y CORRAL, ADC, 1948, p. 33.

⁶⁵ MUÑOZ GARCÍA, AFDUE, 1989, p. 455.

⁶⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2021, pp. 103 y ss.; GETE-ALONSO y CALERA, 2001, p. 161.

de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer». El menor, durante el periodo que abarca dicho estado, adquiere progresivamente la capacidad natural. De esta manera, «a medida que va creciendo, sobre todo a partir de los catorce o quince años, no puede negarse que el menor tiene ya, en la generalidad de los casos, un cierto grado de discernimiento y, por tanto, es razonable que celebre algunos contratos»⁶⁷. Segundo, la emancipación, que estará condicionada por los límites impuestos en el artículo 247 del Código Civil:

«La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial».

Y, tercero, la mayoría de edad, que se alcanza con dieciocho años de acuerdo al artículo 240 del Código Civil y donde la capacidad para obligarse irá ligada a la capacidad natural de entender y querer, lo que supondrá la capacidad de obrar plena, hoy denominada ejercicio de la capacidad jurídica, que determinará el pleno ejercicio de derechos y obligaciones. Dicho de otra manera, la capacidad de obrar se adquiere con la mayoría de edad y se produce así el paso de una cualidad (la capacidad natural) a una cantidad (la edad), a la que se liga el reconocimiento de la capacidad de obrar⁶⁸.

El artículo 1263 del Código Civil determina la capacidad del menor no emancipado para contratar cuando la ley se lo permita y cuando la contratación se refiera a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. Básicamente, «lo que se pretende es que el menor que tenga la madurez suficiente pueda decidir con libertad a la hora de celebrar contratos propios de su edad»⁶⁹. Con anterioridad, este artículo referido a la capacidad legal, establecía lo siguiente:

«No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, 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. 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial».

⁶⁷ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, 2023, p. 5572.

⁶⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2021, p. 105.

⁶⁹ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, 2023, p. 5570.

Se observa que el artículo 1263 del Código Civil se formula ahora en positivo, aludiendo a los menores de edad que pueden contratar y no así a aquellos que no puedan prestar su consentimiento, lo que se encuentra en consonancia con los nuevos postulados al reconocimiento de la titularidad y ejercicio de los derechos del menor de forma progresiva⁷⁰. La reforma excluye de la nueva redacción a las personas con discapacidad ante la imposibilidad de someterlos a un proceso de incapacitación en el que se valore su capacidad natural y se limite su capacidad de obrar. De esta manera, el Código Civil sitúa en la actualidad la mayoría de edad para poder obligarse sin limitación alguna, «salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código» (art. 246 del Código Civil). La versión inicial del proyecto de ley, actual Ley 8/2021, contenía un segundo párrafo en el artículo 1263, «[l]as personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas»⁷¹, que finalmente no se incluyó. El precepto señalado, por lo tanto, prescinde de cualquier alusión a las personas con discapacidad, ya que carecen, en principio, de limitaciones en la capacidad para contratar, y el cambio producido obedece a la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021⁷².

2.1. Concepto actual de capacidad

Considerando, de manera general, que la capacidad para contratar coincide sustancialmente con el pretérito término de la capacidad general de obrar⁷³, resulta necesario atender al presente término de capacidad jurídica del que parte el régimen establecido en la Ley 8/2021 y que se refiere a la vertiente estática de los derechos y obligaciones (titularidad), así como a la dinámica de los mismos (ejercicio).

El origen del que deriva esta reforma y que conlleva la modificación de nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito de la protección a las personas con discapacidad se produce como consecuencia de la ratificación por España de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. El precepto que mayor atención mere-

⁷⁰ ÁLVAREZ LATA, 2021, pp. 989-990.

⁷¹ BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-1, 17 de julio de 2020, p. 33.

⁷² Norma en la que participaron diferentes instituciones, entre otras, el CERMI (Comité Español de Representantes de Persona con Discapacidad), la Asociación Española de Fundaciones Tutelares, la ONCE, el Colegio de Registradores de España y la Sección 1.ª de la Comisión General de Codificación.

⁷³ DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 170.

ce para el Derecho civil de la Convención es el 12, que establece en su segundo inciso que «[l]os Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida». De la lectura del artículo, en efecto, resulta reconocida la capacidad jurídica de toda persona, más allá, como es obvio, de la personalidad jurídica que reconoce el artículo 30 del Código Civil. De otra manera, el contenido del artículo nada aportaría a nuestro ordenamiento, pues en el momento del nacimiento la persona ya adquiere la capacidad jurídica. El texto se refiere a la capacidad jurídica y, acto seguido, el tercer párrafo se refiere al «ejercicio de su capacidad jurídica», sin que en ningún caso se distingan los términos capacidad jurídica y capacidad de obrar que nuestro ordenamiento jurídico venía reconociendo⁷⁴. La alusión al ejercicio de la capacidad jurídica debe equipararse a nuestro concepto técnico de capacidad de obrar como aptitud para el ejercicio de los derechos y obligaciones cuya titularidad se ostenta⁷⁵. Por lo tanto, la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho⁷⁶. En otras palabras, se admite la distinción teórica entre la titularidad (capacidad jurídica) y el ejercicio (legitimación para actuar o ejercicio de la capacidad jurídica), que hoy en día se encuentra relegada al ámbito de los menores de edad, «pero no se permite tal disociación si justifica, en la práctica, la limitación o privación del ejercicio con el consiguiente mantenimiento de la titularidad desnuda»⁷⁷. Precisamente, la principal novedad de la Convención radica «en el mandato expreso a los Estados para que eliminen de sus regulaciones cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad, para que esta circunstancia nunca pueda ser alegada con el fin de impedir el pleno disfrute o ejercicio de todos los derechos»⁷⁸.

⁷⁴ Hoy en día, algunos autores como DE VERDA Y BEAMONTE siguen abogando por el uso de ambos términos para su mejor comprensión. Cuestiona hasta qué punto es conveniente abandonar una distinción (capacidad jurídica y capacidad de obrar) que tiene perfiles claros y precisos y que ha sido aceptada de forma unánima por la doctrina y la jurisprudencia para sustituirla por otra (capacidad jurídica y ejercicio de la misma) que, con otras palabras, viene a decir, sustancialmente lo mismo, *Idibe*, 2021, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>. Sin embargo, otra parte de la doctrina, como GARCÍA RUBIO, entiende que la supresión de la dicotomía capacidad jurídica-capacidad de obrar debe arrastrar al abandono de las referencias que se hacen a la capacidad de obrar en el conjunto del ordenamiento, RDC, 2022, p. 241.

⁷⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2022, p. 29. En ese mismo sentido se pronuncia la Ley 8/2021 en su preámbulo al declarar que «dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos».

⁷⁶ Observación General núm. 1 del CDPC.

⁷⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2022, p. 29.

⁷⁸ LÓPEZ BARBA, 2020, p. 15.

El tercer inciso del artículo 12 de la Convención establece que «[l]os Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». El precepto se refiere a los apoyos que pueda necesitar la persona con discapacidad, sin hacer alusión a los sistemas de sustitución que anteriormente imperaban en nuestro sistema. Así, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPC) indica que crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo de forma paralela los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención⁷⁹. En consecuencia, la figura de la tutela queda relegada en nuestro ordenamiento a los menores de edad y la curatela se alza como la principal institución de apoyo. Conforme al artículo 250 del Código Civil, «[l]as medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial», siendo, en consecuencia, de aplicación preferente las previstas de manera voluntaria por la persona con discapacidad. Tal y como indica la Ley 8/2021, «en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas». Los apoyos a los que se refiere el artículo 12 no se agotan en los sistemas tradicionales de protección (curatela, defensor judicial, guarda de hecho...) ⁸⁰; a ellos habrá de añadirse el poder preventivo, la auto-curatela y todas aquellas medidas que una

⁷⁹ Observación General núm. 1 del CDPD.

⁸⁰ A ellos se refiere la Observación General núm. 1 del CDPD cuando señala que «es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias». De la misma manera, el preámbulo de la Ley 8/2021 indica que «es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad».

forma u otra coadyuven al ejercicio de un acto jurídico cuyo protagonista es una persona con discapacidad⁸¹.

La supresión del procedimiento de incapacitación de nuestro ordenamiento jurídico implica la imposibilidad de que pueda limitarse de ninguna manera la capacidad jurídica de las personas, término que engloba, a su vez, la titularidad de los derechos y obligaciones, sí como su ejercicio. En otras palabras, no es posible limitar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas, el ejercicio es libre e impera la voluntad y, podrán concurrir medidas de apoyo si resultaren precisas. El nuevo sistema diseñado por la Ley 8/2021 se refiere a dos situaciones o escenarios que pudieran acaecer: el primero, norma general, que la persona necesite una medida de apoyo meramente asistencial o de acompañamiento y, el segundo, excepción a la norma, que la persona precise de una medida de representación. El ejercicio de la capacidad jurídica no se encontrará limitado, pues de acuerdo a su voluntad llevará a cabo derechos y obligaciones de la manera que crea más conveniente. Aun en el caso de que la medida sea representativa, se atenderá a la voluntad de la persona con discapacidad como lo haría ella misma⁸², con lo que se entiende, en cualquier caso, que estas medidas se adicionan al ejercicio de la capacidad jurídica. Un tercer escenario ocurre cuando es necesaria una medida representativa que sustituya la voluntad de la persona. Esta última opción no es contemplada de manera expresa por la Ley 8/2021.

En el sistema anterior, el proceso de incapacitación limitaba la capacidad de obrar del sujeto, lo que implicaba que no pudiera prestar consentimiento de acuerdo con el artículo 1263 del Código Civil. En la actualidad, toda persona será titular de derechos y obligaciones, y podrá ejercerlos. Cuestión distinta será la referida al consentimiento que pueda emitir esa persona, la voluntad que pueda manifestar, ya que el que toda persona tenga capacidad jurídica no significa que pueda prestar un verdadero consentimiento. Este último concepto entendido como aquel que sea libre, es decir, que no se encuentre mediatizado por un tercero y que la voluntad se exprese sobre algo⁸³. No se trata de valorar de manera general si una persona tiene capacidad en general, sino de si puede prestar

⁸¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2022, p. 30.

⁸² De acuerdo al artículo 249 del Código Civil, «[...] en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad [...]».

⁸³ En ese mismo sentido, el autor habla en este ámbito de consentimiento informado, «[a]unque es en el ámbito de los consumidores donde se ha desarrollado el concepto del consentimiento informado, no existe otro consentimiento que el informado, pues sin conocimiento/información sobre lo que se decide tampoco existe voluntad», ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, RNSXXI, 2021, p. 76.

consentimiento válido en un acto concreto⁸⁴. El proceso de formación de la voluntad abarca tanto la capacidad de entender y querer como la facultad para expresar la voluntad, deseos y preferencias⁸⁵, lo que puede dar lugar a que el ejercicio de la capacidad jurídica esté condicionado o limitado y que resulte necesario la adopción de medidas de apoyo. La facultad para expresar la voluntad, deseos y preferencias es un nuevo término acuñado por parte de la reciente jurisprudencia⁸⁶.

El sistema actual pudiera parecer un sistema homólogo o equivalente al anterior en el que se ha prescindido de determinados términos y se han sustituido por otros para llegar al mismo resultado (a la necesidad de constituir medidas de apoyo), pero en realidad la norma general de la que se parte y su contenido han variado considerablemente: de un proceso de incapacitación (sistema con connotaciones negativas en el que el punto de partida se basa en imponer restricciones a los derechos de la persona) a la consideración de igual capacidad de todas las personas en el que se regulan medidas de apoyo (instituciones de apoyo de la persona) si resultaran necesarias de acuerdo a la voluntad de la persona (sistema con un matiz positivo que no se basa en la limitación, sino en el reconocimiento de iguales derechos). La voluntad de la persona se instituye como principio vertebrador⁸⁷. La redacción anterior del Código Civil buscaba:

«Garantizar la seguridad en el tráfico jurídico, desde la perspectiva de una protección de la persona que actuaba sin la adecuada capacidad

⁸⁴ DE LORENZO GARCÍA, Lorenzo, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados del año 2020, núm. 185, p. 19, en relación a las comparecencias llevadas a cabo en la tramitación de la Ley 8/2021; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, RNSXXI, 2021, p. 76, «de lo que se trata no es de saber leer o escribir, sino de tener conocimiento del contenido y prestar el consentimiento de forma correcta en el ejercicio de ese acto, de ese derecho».

⁸⁵ «Dos son las fases que integran este proceso de formación de la voluntad: una previa a la declaración del consentimiento, donde la persona con discapacidad a través de un razonamiento deliberativo toma conciencia de lo que quiere y de sus consecuencias y otra posterior donde el sujeto manifiesta su consentimiento con el que queda vinculada de manera definitiva. Es en la primera fase donde interviene la persona que presta el apoyo, informando al sujeto, ayudándolo en su comprensión y razonamiento, facilitándole información suficiente sobre la decisión a tomar adaptada a sus habilidades intelectivas, sus riesgos, beneficios y alternativas posibles», LECIÑENA IBARRA, RDC, 2022, p. 276.

⁸⁶ Tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Provincial de A Coruña optan por el empleo de este vocablo, entre otras: STS 1443/2023, de 20 de octubre, Ponente: Ignacio Sancho Gargallo (ECLI:ES:TS:2023:4212); SAP de A Coruña 279/2023, de 12 de julio, Ponente: Carlos Fuentes Candelas (ECLI:ES:APC:2023:1832) y SAP de Barcelona 591/2023, de 14 de noviembre, Ponente: María Dolores Viñas Maestre (ECLI:ES:APB:2023:12583). Asimismo, el informe médico al que hace referencia la STS 1444/2023, de 20 de octubre, Ponente: María Ángeles Parra Lucán (ECLI:ES:TS:2023:4129), también alude a las «limitaciones para expresar su voluntad, deseos y preferencias».

⁸⁷ «[e]s la voluntad de la persona con discapacidad en la que debemos focalizar nuestra atención ya que sobre aquella se va a construir su consentimiento», MARTÍN BRI-CENÓ, 2022, p. 473.

[...]. Todo ello se sustituye ahora por la premisa de plena inclusión e igualdad de las personas con discapacidad, que deben actuar y manifestar su voluntad conforme a sus deseos, voluntad y preferencias, incluyendo el derecho a equivocarse»⁸⁸.

De esta forma, antes, la capacidad de obrar se limitaba porque la enfermedad o discapacidad afectaba a la capacidad de entender y querer de la persona, que no es sino una fase inmediatamente anterior a la facultad para expresar la voluntad, deseos y preferencias. Ahora, habrá que atender de manera conjunta a su capacidad de entender y querer, y a su facultad para expresar su voluntad, deseos y preferencias para establecer una medida de apoyo⁸⁹, lo que puede dar lugar a tres realidades diferentes: la primera, si la persona tiene capacidad para entender y querer, así como la facultad para expresar su voluntad, el ejercicio de la capacidad jurídica no está condicionado ni limitado y será adecuado; la segunda, si tiene dicha capacidad, pero no así la facultad, se entenderá que el ejercicio de la capacidad jurídica está limitado, y la tercera y última, cuando carezca de capacidad para entender y querer o se encuentre limitada, y adolezca de la facultad para expresarse o tenga limitaciones, el ejercicio de la capacidad jurídica está condicionado o limitado. Así, la determinación del ejercicio de la capacidad jurídica de cada sujeto no será igual si se atiende solo a su capacidad de entender o de forma simultánea junto con la facultad para expresar su voluntad. El resultado final —la medida de apoyo necesaria— variará si solo se atiende a su capacidad de entender y querer o se atiende conjuntamente a la capacidad de entender y a la facultad para expresar su voluntad⁹⁰. Ahora la persona podrá requerir medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica ante la falta o limitación de la facultad para expresar sus deseos, voluntad y preferencias. La medida de apoyo se entiende como un elemento externo que converge junto a la capacidad para entender y querer, así como a la facultad para expresar su voluntad, pero en ningún caso se entenderá como un complemento de su capacidad⁹¹. En definitiva,

⁸⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 89.

⁸⁹ «Cuestión distinta es que la realidad pueda hacer que su tramitación afecte de forma grave a la capacidad de conocimiento y voluntad, y por tanto a su libertad, de forma que no sea capaz de conformar una voluntad y de manifestarla por cualquier medio que permita conocerlo», SANCHEZ GARGALLO, 2022, p. 13.

⁹⁰ Precisamente, la STS 1444/2023 de 20 de octubre, Ponente: María Ángeles Parra Lucán (ECLI:ES:TS:2023:4129), se refiere de manera conjunta a ambos requisitos cuando señala que «la persona necesitada de apoyos presenta limitaciones para expresar su voluntad, deseos y preferencias; presenta limitaciones a la hora de tomar decisiones de manera autónoma, es una persona vulnerable y sus capacidades cognitivas-volitivas están condicionadas por la patología que presenta [...]».

⁹¹ A esta cuestión se refieren GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, 2022, pp. 650 y ss. y DE SALAS MURILLO, RCDI, 2020, p. 2247. Esta última entiende que «no es complemen-

la medida de apoyo sirve para reforzar «[e]l desarrollo pleno de su personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad», tal y como establece el párrafo primero del artículo 249 del Código Civil⁹².

De la limitación de la capacidad de obrar a través de la incapacitación se pasa a un modelo basado en el empleo de medidas de apoyo que se suman al ejercicio de la capacidad jurídica. La medida de apoyo atiende a su voluntad, siendo ellos mismos los «titulares del derecho en la toma de sus propias decisiones»⁹³. También cabe emplear una medida de representación cuando la persona posea una discapacidad intelectual o mental grave que afecte a su capacidad para entender unida a la facultad para emitir su voluntad, deseos y preferencias. En esos casos, se atenderá a la trayectoria vital de la persona. Esos supuestos existirán. García Rubio describe dos ejemplos⁹⁴: la persona que tiene una discapacidad profunda desde el nacimiento y la persona que está en coma. Ahora bien, realiza una distinción entre ambos casos: en el primero, se trataría de una verdadera representación sustitutiva porque el curador con funciones representativas tendría que representar a la persona, sustituir su voluntad ante la imposibilidad de acudir a su historia vital y saber de qué manera y cómo hubiera actuado la persona (constituiría un caso límite). En el segundo, existiría una representación, pero no una representación sustitutiva de la voluntad de la persona, en tanto el curador tendrá que atender a su historia vital para optar por aquella decisión que hubiera adoptado la persona. No obstante, no solo cabría una medida de apoyo de tipo representativo en estos casos, sino en otros muchos. Sin embargo, la Ley 8/2021 es una norma general planteada como tal y «[l]as normas que están en un código tienen que ser normas generales, no normas para el caso límite. Para el caso límite, la institución no lo contempla expresamente, pero lo incluye y es el juez el que tiene que considerar que está ante el supuesto límite en caso de que fuera necesario»⁹⁵. Es por esto por lo que en el nuevo régimen se habla de una norma

tar la capacidad, porque esto presupone que si hay que complementar algo, es porque ese algo no es completo, y desde luego el artículo 12 de la Convención parece impedir estar afirmación...». Sin embargo, algunos autores todavía entienden que se trata de un complemento de la capacidad jurídica, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad. De la incapacitación al apoyo», REDUR, 2021, p. 42.

⁹² MARTÍN BRICEÑO, 2022, p. 470.

⁹³ Tal y como establece el preámbulo de la Ley 8/2021.

⁹⁴ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados del año 2020, núm. 185, p. 26, en relación a las comparecencias llevadas a cabo en la tramitación de la Ley 8/2021.

⁹⁵ Palabras de GARCÍA RUBIO, vocal permanente de la Sección 1ª de la Comisión General de Codificación, recogidas en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados del año 2020, núm. 185, p. 27, en relación a las Comparecencias llevadas a cabo en la tramitación de la Ley 8/2021.

general que prevé una medida de apoyo y de supuestos excepcionales que motivan la adopción de medidas representativas cuando la persona tuviera condicionado el ejercicio de la capacidad jurídica. Por tanto, una cosa es que la norma general determine que las personas podrán ser provistas de medidas de apoyo de carácter asistencial o de apoyo y otra muy diferente es que no pueda adoptarse una medida de apoyo representativa como norma excepcional, e incluso sustitutiva, cuando el caso lo requiera por falta de capacidad de entender y de facultad necesaria para expresar su voluntad, deseos y preferencias. De ahí que el artículo 249 del Código Civil plantee que «[e]n casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas». Calificativo este, la excepcionalidad del hecho, que parece tener su razón de ser en el número de personas con discapacidad que hay en España, en concreto, 4 383 900 personas en España tienen alguna discapacidad o limitación por sexo o edad⁹⁶, lo que significa que el 9 % de la población española tiene algún tipo de discapacidad teniendo en cuenta que el número de habitantes en el Estado asciende a 48 446 594⁹⁷. Concretamente, del total de personas con discapacidad en España, 599 177 se corresponden a discapacidades mentales (un 13 % del total de las discapacidades) y 285 684 a discapacidades intelectuales (un 6,5 % del total de las discapacidades)⁹⁸. Esa circunstancia puede incidir en su capacidad de entender y querer, así como en la facultad para expresar su voluntad, deseos y preferencias y, si se atiende a la realidad de las cifras, parece lógico que la norma general no se establezca teniendo en cuenta a un número reducido de personas con discapacidad (menos del 20 % de las personas con discapacidad), sino a su conjunto, en el que no todas ellas presentarán dificultades en el ejercicio de la capacidad jurídica que conlleve la necesidad de establecer una medida de apoyo representativa. La norma se dirige a personas con dificultades cognitivas, intelectuales o psicosociales, quienes, en su caso, necesitarán de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica⁹⁹. Ello no impide que la Ley 8/2021 también se refiera a otro tipo de discapacidades, como la física o sensorial, en determinadas circunstancias como, por ejemplo, en el momento de testar.

⁹⁶ De acuerdo a los datos aportados por la Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia. 2020 del INE.

⁹⁷ Datos del INE a 1 de octubre de 2023. <https://www.ine.es/daco/daco42/ecp/ecp0323.pdf>

⁹⁸ Conforme a los datos facilitados por el IMSERSO en el año 2022, https://imserso.es/documents/20123/146998/bdepcd_2022.pdf/390b54fe-e541-3f22-ba1a-8991c5efc88f

⁹⁹ GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, 2022, p. 209.

2.2. Fianza prestada por las personas con discapacidad

Centrándonos en la capacidad de las personas con discapacidad para contratar y, en concreto, en la capacidad para prestar fianza, la situación de las personas con discapacidad no varía a lo largo de la historia, estando sometidos a curatela los locos o enfermos mentales, los sordos y los mudos. Sin embargo, ¿puede ahora una persona con discapacidad constituirse en fiadora? Sí, sin embargo, será necesario matizar tal afirmación. Estas precisiones estarán relacionadas con el consentimiento que pueda emitir la persona o, dicho de otra manera, con la posibilidad de que pueda manifestar su voluntad, que no es este sino el mismo motivo por el que se limitaba la capacidad para obligarse de las personas con discapacidad a lo largo de la historia. Sin embargo, la diferencia estriba en partir de una presunción en la que se entiende que sí pueden prestar su consentimiento y no de una negación a su capacidad por no poder prestar consentimiento.

La discapacidad a la que indudablemente se hará referencia en las siguientes páginas será a la discapacidad mental o psíquica, pues es en ese tipo de discapacidad donde la capacidad para contratar incidirá sobremanera. La práctica determina los escasísimos y poco usuales supuestos de personas con discapacidad que se constituyen en fiadoras¹⁰⁰, a no ser que pensemos, por ejemplo, en casos muy específicos como aquel en el que exista un vínculo familiar entre el deudor y el fiador y el deudor requiera de la fianza constituida por un familiar con discapacidad para constituir una hipoteca, por ejemplo. La fianza no es un acto necesario para que puedan desarrollar sus vidas¹⁰¹, preocupados por cuestiones más mundanas como los actos del día a día relacionados con su persona y patrimonio.

Tomando como base las palabras de Parra Lucán, «[l]os principios de igualdad y no discriminación justificarían la inexistencia de una regla específica sobre la contratación de la persona con discapacidad. No es precisa una regla especial para la contratación de la

¹⁰⁰ Opinión compartida por la letrada del Instituto Tutelar de Bizkaia, María Luz Peleteiro Montes, de acuerdo a la entrevista mantenida el 9 de noviembre de 2023, así como por la notaria y vicedecana del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco, Carmen Velasco Ramírez, en entrevista mantenida el día 11 de noviembre de 2023. Esta última indica, además, que es bastante difícil que una persona con una dificultad cognitiva realice este tipo de acto. Igualmente, las asesoras jurídicas de Laboral Kutxa y Kutxabank, María Jesús Larrañaga Iribecampes e Itziar Arana Martínez, respectivamente, en entrevistas mantenidas el 14 y 15 de noviembre de 2023, se refieren a lo poco habitual que es que personas con discapacidad sean fiadoras.

¹⁰¹ Como acertadamente indica la notaria y vicedecana del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco, Carmen Velasco Ramírez en la entrevista mantenida el día 11 de noviembre de 2023.

persona con discapacidad porque se parte del reconocimiento de que su capacidad es la misma que las de los demás»¹⁰². La capacidad jurídica de las personas es igual para todos, pero ello no comporta que el fiador no carezca o no tenga limitaciones en la capacidad para entender y querer, así como en la facultad para expresar su voluntad, deseos y preferencias, lo que justificará la adopción de medidas voluntarias o judiciales.

El apartado 8.º del artículo 287 del Código Civil requiere la autorización judicial para que el curador con funciones representativas pueda «dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza». El precepto recoge parcialmente el antiguo artículo 271 del Código Civil en su apartado 8.º, que requería autorización judicial al tutor «para dar y tomar dinero a préstamo». La novedad es la referencia a avales o fianzas que puede llevar a cabo la persona. El artículo parece señalar aquellos actos que benefician o pudieran beneficiar a la persona con discapacidad (por ejemplo, interponer demandas, concertar un seguro de vida o realizar actos de transcendencia personal) sin que, en ningún caso, la fianza parece que pueda repercutir beneficio alguno a la persona con discapacidad, sino todo lo contrario. Sin embargo, se trata de evitar que el curador con funciones representativas pueda realizar dicho acto por el posible quebranto patrimonial que pueda producir a la persona necesitada de apoyos¹⁰³. Al curador con funciones representativas le resultará imposible atender a la voluntad del fiador¹⁰⁴ y «su fundamento es servir de control en la actuación del curador en los casos en los que su intervención tenga una mayor relevancia, personal o patrimonial»¹⁰⁵. De la misma manera, en cuanto al guardador de hecho con funciones representativas, el artículo 264 del Código Civil también se refiere a la necesidad de recabar autorización judicial para prestar consentimiento en actos enumerados por el artículo 287 CC. Ante estas situaciones, parece que el juez, al igual que el curador con funciones representativas, tendrá que «tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación» (art. 249 CC).

¹⁰² PARRA LUCÁN, 2022, p. 329.

¹⁰³ MUNAR BERNAT, 2022, p. 442.

¹⁰⁴ Conviene recordar las palabras del artículo 249 del Código Civil: «[e]n casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas».

¹⁰⁵ PALLARÉS NEILA, 2022, p. 273.

2.2.1. INEFICACIA DE LA FIANZA OTORGADA

A continuación se atenderá a la posible ineficacia ligada a la fianza. El primer párrafo del artículo 1302.3 del Código Civil en relación a la anulabilidad establece lo siguiente: «[l]os 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». Cuando se alude a medidas de apoyo provistas y precisas, se entiende que «en principio quiere significar que existen medidas y que en ellas se contempla específicamente el contrato o acto en particular»¹⁰⁶. Aunque el término «precisas» no solo ha de comprenderse en su sentido formal, sino también en un sentido material ligado a la capacidad de entender y querer del sujeto, tal y como señala Tena Arregui: «cuando, pese a estar formalmente incluido, la persona con discapacidad no necesita en ese momento el apoyo, por tener capacidad suficiente»¹⁰⁷.

En cuanto a la posibilidad de prescindir de la medida —«[...] contratar prescindiendo de dichas medidas [...]»—, cabe analizar si ello abarca el derecho a no recibir apoyos. Por lo tanto, la cuestión capital que ha de ser abordada, en primer lugar y de forma previa al análisis de cualquier otra, es la referida a la posibilidad de que la persona con discapacidad rechace el apoyo. Esta situación puede darse antes de la adopción de una medida de apoyo, *ex ante*, o con posterioridad a la adopción de una medida de apoyo, *ex post*. En el primer caso, «entraría en juego la heterorregulación (en defecto o por insuficiencia de la autorregulación), y sería el juez el que concretara o estableciera la medida de apoyo oportuna, según las particulares necesidades y circunstancias del sujeto»¹⁰⁸. Así, el artículo 42.5 bis b) de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), contiene la posibilidad de «[l]a oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», lo que conduciría a un proceso contencioso de acuerdo al artículo 756 y siguientes de la LEC¹⁰⁹. En el segundo caso, referido al

¹⁰⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 94. Idea que comparte ÁLVAREZ LATA al considerar que «no cabrá impugnar el acto de la persona con discapacidad que aún provista de una medida de apoyo no afecta a los actos señalados expresamente y, por ello, no es necesario». ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 1008.

¹⁰⁷ TENA ARREGUI, RNSXXI, 2022, p. 44.

¹⁰⁸ GARCÍA HERRERA, 2022, p. 353.

¹⁰⁹ En relación a esta cuestión, *Vid.* la STS 589/2021, de 8 de septiembre, Ponente: Ignacio Sancho Gargallo (ECLI:ES:TS:2021:3276). En ella se trata el caso de Dámaso, persona con síndrome de Diógenes, que muestra su rechazo al establecimiento de medidas de apoyo. Sin embargo, el TS estima adecuado nombrar un curador para asegurar la efectiva atención médico-asistencial, así como la limpieza y orden de su domicilio. En este caso, su declaración de voluntad no se estima válida, aun cuando deba atenderse a la voluntad,

rechazo de la medida de apoyo por parte de la persona con discapacidad después de establecida la misma, la doctrina no es pacífica. No se regula la manera en que debe llevarse a cabo el rechazo por la persona con discapacidad, «asunto capital que la norma ha dejado en nebulosa, aunque no cabe sino aceptar la respuesta positiva»¹¹⁰. Sobre esta cuestión se trató en la comparecencia sobre la Ley 8/2021 llevada a cabo en el Congreso de los Diputados el 20 de octubre de 2020; García Rubio advierte que:

«El proyecto, hoy en día, no dice si esta voluntad puede llegar a significar que la persona con discapacidad pueda rechazar el apoyo y pueda decir: "yo no quiero ningún apoyo. Prefiero equivocarme, pero quiero tomar solito las decisiones". Esto es una decisión de política legislativa muy importante, y esta decisión, sinceramente, creo que la tienen que tomar ustedes si quieren poner esto negro sobre blanco en el texto de la ley. En todo caso, nosotros hemos intentado que quede claro que esta voluntad, deseos y preferencias están por encima de todo, insisto, por encima del mejor interés. Da igual que no sea lo mejor para él si es lo que quiere, tiene derecho a equivocarse como todas las demás personas»¹¹¹.

Por último, la Ley 8/2021 ha omitido cualquier alusión al rechazo que pudiera llevar a cabo la persona, aunque parece que el lugar adecuado para su regulación sería en el articulado dedicado a las medidas de apoyo (art. 249 y ss CC).

En este sentido, la Observación General núm. 1 (2014) del CDPC determina que «la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento» (apartado 29 g)¹¹². Igualmente, el informe conjunto de

deseos y preferencias de la persona. Tal y como determina el Alto Tribunal, «la voluntad se ha expresado bajo la influencia de un trastorno de la personalidad provocada por el síndrome de Diógenes». Y prosigue, «la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no solo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda». En definitiva, el TS entiende que el rechazo mostrado por la persona es provocado por su enfermedad, lo que justifica la adopción de las medidas de apoyo adecuadas.

¹¹⁰ GARCÍA RUBIO, 2022, p. 643.

¹¹¹ Palabras de GARCÍA RUBIO recogidas en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados del año 2020*, núm. 185, p. 26, en relación a las comparecencias llevadas a cabo en la tramitación de la Ley 8/2021.

¹¹² Se cuestiona por parte de la doctrina el carácter vinculante de las *Observaciones Generales del Comité*. Así, «...la Observación General Primera expresaría no tanto lo que

la Red Europea de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y la organización *Mental Health Europe* sobre la toma de decisiones con apoyo de las personas con discapacidad, de 8 de junio de 2020, en el punto 3 alude a la libre elección, incluyendo el derecho a rechazar el apoyo¹¹³. Parte de la doctrina entiende que sí cabe hablar del rechazo al apoyo por parte de la persona con discapacidad¹¹⁴, pues los apoyos son un derecho y no un deber¹¹⁵. Las personas con discapacidad no pueden convertirse en prisioneras de las medidas de apoyo¹¹⁶. Leciñena Ibarra alude a la modificación o renuncia de la medida de apoyo voluntaria por parte de la persona con discapacidad en escritura pública, incluso en la escritura pública que pretenda otorgar en ese momento, siempre y cuando tenga capacidad natural¹¹⁷. Opinión compartida por Lora Tamayo-Rodríguez quien mantiene que «sería un contrasentido que ella misma se limitara, es decir, que pudiendo actuar por tener capacidad natural suficiente para ello apreciada por el notario tuviera que pasar por el apoyo que ella misma se impuso y que en ese momento no lo considera necesario»¹¹⁸. De manera que si la discapacidad no le impide formar su consentimiento informado consciente y libre superado el proceso deliberativo previo de formación de voluntad, será perfectamente posible que la persona con discapacidad pueda rechazar la medida¹¹⁹. Sin embargo, quienes defienden la postura contraria, entienden que los «efectos derivados del rechazo de la persona a recibir un apoyo puede suponer perjuicios económicos para ambas partes, incremento de la carga de trabajo para la familia al tener que hacer frente a situaciones que de haber recibido apoyo

dice el art. 12 de la Convención, cuanto lo que los miembros del Comité piensan que debería haber dicho, viniendo a reemplazar así el texto de la Convención por el de la *Observación...*», MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2021, p. 112.

¹¹³ El apartado dice así: «*free choice, including the person's right to refuse support...the person can terminate or alter the support at any time*».

¹¹⁴ Entre otros, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 93; GARCÍA RUBIO, María Paz, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados del año 2020*, núm. 185, p. 26, en relación a las comparecencias llevadas a cabo en la tramitación de la Ley 8/2021; CARRASCO PERERA, 2022, p. 227; LECIÑENA IBARRA, RDC, 2022, pp. 280 y ss. Sin embargo, el efecto que produce dicho rechazo se entiende de manera diferente. Así, por ejemplo, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 94 opina que el mismo dará lugar a la aplicación del régimen de anulabilidad; sin embargo, GARCÍA RUBIO, 2022, pp. 341 y ss. cree que si la persona con discapacidad rechaza la medida de apoyo debe asumir los riesgos de la contratación.

¹¹⁵ LECIÑENA IBARRA, RDC, 2022, p. 278. En este sentido, «quizá, también podemos soñar con que la tramitación parlamentaria dé un paso más y suponga un cambio de perspectiva aún más profundo, que las instituciones de apoyo y protección sea para el ciudadano un derecho y que así sean percibidos por él, y no como una imposición o limitación», PEREÑA VICENTE, RDC, 2018, , p. 82.

¹¹⁶ PAÑOS PÉREZ, 2022, p. 100.

¹¹⁷ LECIÑENA IBARRA, RDC, 2022, p. 282.

¹¹⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, RNSXXI, 2021, p. 43.

¹¹⁹ LECIÑENA IBARRA, RDC, 2022, p. 280.

no se hubieran producido, daños morales y familiares, etc.»¹²⁰. Adoptan como fundamento de su postura el artículo 49 de la Constitución española¹²¹ —precepto modificado el 15 de febrero de 2024 para incluir el término «personas con discapacidad» y eliminar la palabra «disminuidos»— y entienden que el hecho es contrario al texto constitucional. De no ser así, tal y como conviene De Salas Murillo, el régimen otorgaría una doble oportunidad y supondría una incoherencia que permite que la persona libremente pueda prescindir del apoyo y que, después, pueda anular el negocio jurídico por carecer de medidas de apoyo sin que tenga que asumir las consecuencias de su acto¹²². En definitiva, el rechazo no es una posibilidad que debiera desterrarse de la norma, aunque la misma no se refiera de forma expresa a esta cuestión, siempre y cuando se produzca cumpliendo unos requisitos. No se debe olvidar que lo que predomina es la voluntad de la persona.

La posibilidad de que la persona con discapacidad pueda rechazar de manera voluntaria la medida de apoyo es una cuestión que genera multitud de opiniones dispares. Por ello, se comprenderá que las siguientes líneas no resuelvan la cuestión por la dificultad de la materia y que se exponga a continuación una serie de interrogantes. El legislador no lo ha regulado en sentido negativo, esto es, sobre la prohibición de que la persona con discapacidad pueda rechazar una medida de apoyo establecida con anterioridad —ello no parece comulgar con el artículo 12 de la Convención—, ni tampoco en sentido positivo. Así, el legislador se ha situado en una postura cómoda: omitir cualquier alusión al rechazo que pudiera llevar a cabo la persona.

En opinión de De Salas Murillo, «no existe como tal derecho amparable por el ordenamiento jurídico a rechazar la imposición de un sistema de apoyos, pero sí a prescindir de su contenido por la sola voluntad de la persona con discapacidad»¹²³. Si el foco sobre el que se centra la cuestión es el consentimiento emitido en el acto concreto, entonces ¿por qué no permitir el rechazo en un acto en

¹²⁰ PETIT SÁNCHEZ, RDC, 2020, p. 307.

¹²¹ «1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad».

¹²² A este extremo aluden DE SALAS MURILLO, *Diario La Ley*, 2021, p. 5, y ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 1008. Igualmente, «[...] deja a la otra parte contratante en una situación de gran indefensión ante personas que padezcan una discapacidad [...]», HIDALGO CEREZO, 2021, p. 74.

¹²³ DE SALAS MURILLO, RCDI, 2020, p. 2258.

concreto si la persona tiene capacidad de entender y facultad para expresar su voluntad? Las medidas de apoyo han de ser un derecho para el ciudadano y no una imposición o limitación¹²⁴. En este punto, habría que diferenciar el rechazo llevado a cabo ante notario o aquel otro solo entre particulares. En el primer supuesto, parece posible que la persona con discapacidad pueda rechazar la medida de apoyo en escritura pública si el notario entendiera que tiene capacidad de entender. Tratándose de medidas de apoyo judiciales, Tena Arregui entiende que sí sería posible rechazarlas «si en ese momento tiene su capacidad natural para formular un consentimiento»¹²⁵. El autor señala que «entender que cuando se ha establecido una medida de apoyo, aunque sea por vía judicial, el discapacitado con capacidad natural no puede prescindir de ella, por lo que en todo caso los negocios realizados sin ese apoyo son anulables, implica introducir la incapacitación *de facto* por la puerta de atrás»¹²⁶. Volveríamos así al sistema previo en el que los incapacitados no podían prestar consentimiento, al margen de que en el momento concreto de prestarlo tuviera un intervalo lúcido¹²⁷. Asimismo, en el caso de que la contratación se llevara a cabo entre particulares, sin notario, requeriría que la voluntad de la persona con discapacidad quedara reflejada en un documento (rechazo a la medida de apoyo). ¿Acaso ese rechazo no generará desconfianza en la contraparte al no conocer con certeza si la persona tiene capacidad de entender? En cualquiera de los dos supuestos, si se ejerce la anulabilidad con posterioridad, habiendo rechazado la medida, ¿qué ocurriría? Ya se anticipa, y puede intuirse de lo expuesto antes, que el régimen de anulabilidad no se basa exclusivamente en la falta de medidas de apoyo, sino también en la falta de capacidad de entender unida a la facultad para expresar la voluntad de la persona¹²⁸. Aun en el supuesto de que la persona hubiera «aprobado»

¹²⁴ PEREÑA VICENTE, RCD, 2018, p. 82.

¹²⁵ TENA ARREGUI, RNSXXI, 2023, p. 75.

¹²⁶ TENA ARREGUI, RNSXXI, 2023, p. 74. Opinión contraria mantienen quienes afirman que «[e]l notario debe cumplir la resolución judicial, pero ante la misma también debe interpretarla y en su caso complementarla. Si a su juicio, para un acto en concreto, la persona sabe y entiende lo que quiere y conforme a la resolución no puede hacerlo, debería pedir que se revise la misma y que se modifique la medida de apoyo. Lo que no puede hacer es autorizar la escritura prescindiendo de las medidas judiciales, aunque lo pretenda la persona con discapacidad. Si la resolución judicial no dice nada sobre el acto concreto que pretende realizar la persona con discapacidad y el notario la juzga con aptitud suficiente para el mismo, creemos [...] que puede autorizarlo», SERRANO YUSTE, 2022, pp. 201-202.

¹²⁷ DE SALAS MURILLO, 2006, p. 1.

¹²⁸ «De ahí que la falta de apoyos no pueda considerarse una sanción de ineficacia general y automática, sino que habría que aplicar las reglas generales sobre prestación de consentimiento válido», PRADOS GARCÍA, Revista AJI, 2022, p. 33.

el juicio de capacidad del notario¹²⁹, se admitiría la prueba en contrario de dicha presunción *iuris tantum*. En la fianza, en particular, si la persona con discapacidad requiriera autorización judicial por necesitar un curador representativo, resultaría extraño que el acreedor admitiera la fianza sin la preceptiva autorización (salvo que se trate de contratación entre particulares en la que se desconozca el sometimiento a una medida de apoyo representativa). Por lo tanto, surgen más interrogantes que respuestas y resulta difícil resolver definitivamente la cuestión. En todo caso, habrá de prestarse atención al consentimiento que pueda emitir la persona en un acto en concreto. El rechazo a la medida de apoyo por la persona con discapacidad no implica la imposibilidad de declarar nulo el contrato. Dicho de otra manera, aunque la persona con discapacidad prescinda de la medida de apoyo porque esa sea su voluntad, nada indica que con posterioridad ese acto no pueda declararse nulo cuando el rechazo se ha llevado a cabo sin la suficiente capacidad de entender y facultad para expresar su voluntad.

El único y principal foco sobre el que ha de centrarse la atención no parece que sea el hecho de que la persona con discapacidad no haga uso de las medidas de apoyo, aunque parte de la doctrina entienda que la causa de la anulabilidad se sustenta en la falta de medidas de apoyo¹³⁰. No puede interpretarse «que la intervención del apoyo que la persona con discapacidad tenga a su disposición para ejercitar su capacidad jurídica para contratar es requisito imprescindible para completar su capacidad jurídica, pues esta se considera íntegra y en condiciones de igualdad, a tenor del artículo 12 de la Convención»¹³¹.

El primer párrafo del artículo 1302.3 del Código Civil hace referencia a la legitimación de la persona con discapacidad para poder instar la anulabilidad. Tal y como apunta Amunátegui Rodríguez:

«Si nos paramos aquí resulta evidente la legitimación de la propia persona que prescinde de sus apoyos a la hora de realizar el contrato para poder impugnar, ahora sí con apoyo, sin quedar sujeto a ningún otro presupuesto. Resulta así que en este caso hay que entender que la impugnación se antepone a la posible buena fe del

¹²⁹ Juicio de aptitud, comprensión o discernimiento al que se refiere SERRANO YUSTE, 2022, p. 197.

¹³⁰ BERROCAL LANZAROT, *Revista AJI*, 2022, p. 64, entiende que procederá la anulabilidad cuando falte la medida de apoyo, y DE VERDA Y BEAMONTE, 2023, p. 258. Este último autor expone que «se tratará, básicamente, de la ausencia del consentimiento del curador, cuando su intervención fuere precisa». Conviene recordar que el curador no solo tendrá funciones representativas, sino también asistenciales, por lo que el consentimiento, en este último caso, será emitido por la persona con discapacidad.

¹³¹ PAÑOS PÉREZ, 2022, p. 101.

contratante, disponiendo una causa general de anulabilidad cuando se actúe sin o contra los apoyos establecidos [...]. No queda protegido el otro contratante aunque hubiera actuado de buena fe, circunstancia que a la larga podrá dificultar la plena inclusión en el mercado de las personas con discapacidad»¹³².

Esta situación no ocurre cuando la legitimación es otorgada al prestador del apoyo, en cuyo caso, su posible buena fe sí se antepone a la anulabilidad.

El segundo párrafo del artículo 1302.3 especifica que:

«Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

Frente a la legitimación general del representante legal en el sistema anterior, «se ha tratado de buscar un equilibrio entre conceder total autonomía a la persona para anular, evitar el control del apoyo, y la de concederle a este la posibilidad de rehacer lo hecho por la persona con discapacidad, volviendo a una situación pre-CDPD»¹³³. A medio camino se encuentra la actual regulación que permite que el sujeto prestador del apoyo pueda instar la anulabilidad cuando se produzcan una serie de circunstancias¹³⁴. En cuanto a la legitimación de los sujetos, el precepto se refiere a la legitimación de la «persona a la que hubiere correspondido prestar el apoyo». Las personas a las que se está refiriendo el artículo son a las prestadoras de las medidas de naturaleza voluntaria, al curador y al defensor judicial¹³⁵. En el concreto caso de la guarda de hecho no es necesario documento alguno para su constitución y no se inscribe en el Registro Civil¹³⁶. Sin embargo, cuando la misma es exteriorizada como medida de apoyo «porque el guardador ya ha actuado a través de autorizaciones judiciales o como

¹³² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 95.

¹³³ ÁLVAREZ LATA, CCJC, 2023, p. 225.

¹³⁴ A favor de esa interpretación entender que la ventaja injusta solo se requiere en el caso de que sea la medida de apoyo quien inste la anulabilidad—se muestran, entre otros, PARRA LUCÁN, 2022, p. 340; VAQUERO PINTO, 2021, p. 1704, quien entiende que la impugnación procede de la persona que presta el apoyo cuando concurra alguno de los dos requisitos; y LECIÑENA IBARRA, *Diario La Ley*, 2022, pp. 6 y ss.

¹³⁵ Compartiendo la idea de VÁZQUEZ DE CASTRO, 2022, p. 542.

¹³⁶ El artículo 40 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil determina que «1. Las anotaciones registrales son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción [...] 3. Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos [...] 9.º El acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho».

apoyo en otras ocasiones, cabría el recurso a la anulabilidad»¹³⁷. No parece lógico afirmar que los titulares de apoyos voluntarios no estarán legitimados «dada la esencial modificación y revocación de dichos instrumentos»¹³⁸. Modificación o revocación que quedará debidamente documentada en escritura pública (salvo en el caso de la guarda de hecho), con lo que no habrá problema alguno en conocer si el prestador de la medida de apoyo está o no legitimado para interponer algún tipo de acción. La Ley 8/2021 durante la tramitación parlamentaria decía lo siguiente: «[s]i no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y sus herederos, al Ministerio Fiscal»¹³⁹. Aunque «esta posibilidad de anular el contrato por el Ministerio Fiscal desapareció en la tramitación parlamentaria, en lógica coherencia con el cambio que sufrió el artículo 1263 CC y con la propia concepción del artículo 12.2 CDPD»¹⁴⁰.

Los requisitos a los que alude el artículo 1302.3 para que la persona a la que le hubiere correspondiendo prestar el apoyo pueda ejercer la anulabilidad son dos: ser conocedor de la existencia de la medida de apoyo o aprovecharse de la situación obteniendo una ventaja injusta. En cuanto al conocimiento de la existencia de la medida de apoyo, se consagra una suerte de principio de buena fe en el contratante que no es conocedor de la existencia de medidas de apoyo, siendo el contratante de mala fe el que tenga conocimiento de la misma¹⁴¹. Tal y como advierte Carrasco Perera:

«La estructura de los remedios contractuales de la discapacidad es muy deficitaria en los arts. 1301, 1302 y 1304 de la nueva regulación. Se soporta sobre el andamiaje de las medidas de apoyo, pero el sistema se blindó de forma que no se podrá averiguar por los asientos del

¹³⁷ ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 1017. En cuanto a la prueba de la guarda de hecho, DE VERDA Y BEAMONTE se refiere a las declaraciones de responsabilidad presentadas ante las Administraciones públicas, al acta de notoriedad (art. 209 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de organización y régimen del Notariado), a la posibilidad de instar un auto judicial de declaración de la condición de guardador de hecho y la declaración responsable ante la entidad bancaria (*Documento Interpretativo al Protocolo Marco entre la Fiscalía General del Estado y Asociaciones Bancarias* publicado en julio de 2023), DE VERDA Y BEAMONTE, *Idibe*, 2024, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/prueba-la-guarda-hecho/>

¹³⁸ ÁLVAREZ LATA, Natalia 2021, p. 1017. Voces como la de CARRASCO PERERA mantienen que las medidas de apoyo relevantes a efectos de eficacia contractual solo serán tres: el curador con funciones asistenciales, el curador con funciones representativas y el defensor judicial con funciones representativas, CARRASCO PERERA, *RDCD*, 2022, p. 261.

¹³⁹ Texto con el que muestra su conformidad DE SALAS MURILLO, *Diario la Ley*, 2021, p. 6.

¹⁴⁰ ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 1012.

¹⁴¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 97.

Registro Civil la existencia y alcance de tales medidas de apoyo fácticas o jurídicas [...]»¹⁴².

En ese sentido, el artículo 84 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil establece lo siguiente:

«Solo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos en los términos que reglamentariamente se establezcan. Las Administraciones Públicas y los funcionarios públicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos del apartado 1.b) del artículo 83 cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo».

De este modo, los notarios están legitimados para acceder a la información relativa a las medidas de apoyo que requiera la persona con discapacidad. Sin embargo, «el fin de la norma obliga a incluir los casos en que se pudiera apreciar con una mínima diligencia la necesidad de los apoyos, aún sin constancia de su existencia»¹⁴³. Idea con la que se coincide, pues en caso contrario provocaría la neutralización de la aplicación de este punto¹⁴⁴.

Respecto a la ventaja injusta obtenida por una de las partes y requisito para que el prestador de la medida de apoyo pueda instar la anulabilidad, parte de la doctrina entiende que el régimen de anulabilidad ha de basarse exclusivamente en la ventaja injusta obtenida por una de las partes¹⁴⁵. Sobre este requisito gravitará la anulabilidad con independencia de quién sea la persona legitimada. Si se atiende a los numerosos y no siempre técnicamente correctos cambios de redacción propuestos a lo largo de la tramitación parlamentaria, García Rubio y Varela castro entienden que es posible ofrecer una lectura coherente del precepto a través del empleo de la interpretación teleológica¹⁴⁶. Así, en la elaboración de la Ley 8/2021, el artículo 1302 del Código Civil contenía un único párrafo que aludía a la legitimación de la persona con discapacidad, sus herederos, como de la persona prestadora de apoyo en el supuesto

¹⁴² CARRASCO PERERA, RCDC, 2022, pp. 199-200.

¹⁴³ VAQUERO PINTO, 2021, p. 1704.

¹⁴⁴ ÁLVAREZ LATA, 2021, pp. 1018-1019. Alude a la publicidad restringida ligada a las medidas de apoyo en el Registro Civil, lo que dificulta la posibilidad de conocimiento de tal extremo, unido a la contratación a distancia que caracteriza hoy en día la contratación.

¹⁴⁵ GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, 2022, p. 663.

¹⁴⁶ GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, 2022, p. 646. Lectura que es compartida también por INFANTE RUIZ, 2022., p. 155.

de obtención de una ventaja injusta por la otra parte contratante¹⁴⁷. Más tarde se propuso reordenar el precepto con la intención de separar en tres párrafos la legitimación de la persona con discapacidad de la del prestador de apoyo y de la de los herederos, para lo que se añadió un cuarto párrafo que volvía a incidir en la necesidad de que la anulación solo procedería cuando se hubiera obtenido una ventaja injusta por la contraparte¹⁴⁸. Pues bien, la ventaja injusta no es sino una situación de provecho obtenida debido a la discapacidad de la persona o, en otras palabras, aprovecharse de la vulnerabilidad específica que presenta la discapacidad a la hora de negociar un contrato¹⁴⁹. El legislador no define tal concepto ni lo regula, pero se podría decir que se otorga relevancia a la situación de vulnerabilidad de una parte contratante y a la actitud desleal o reprobable de la otra para obtener una ventaja a su favor que de otra manera no hubiera tenido¹⁵⁰. Si la persona con discapacidad se encuentra provista de una medida de apoyo, no parece lógico pensar que la contraparte pueda obtener una ventaja injusta. De esta manera, si la persona con discapacidad actúa sin la medida de apoyo, la contraparte podrá obtener una ventaja injusta que dará lugar a la anulabilidad. De este modo, «responde a la necesidad de protección del contratante más débil, en este caso de aquella persona con discapacidad que debía actuar con apoyos y no lo hizo, generándose una desproporción en las prestaciones de las partes»¹⁵¹. Opinión contraria mantienen quienes entienden que la ventaja injusta puede ser obtenida aun en el supuesto de que la persona con discapacidad actúe con una medida de apoyo, pues, en caso contrario, «caeríamos en el error de entender que la actuación del apoyo resulta determinante para medir la "validez del contrato"»¹⁵². Esta afirmación no puede ser compartida, pues lo único que produciría sería una falta de seguridad jurídica. Por tanto, «si el régimen produce desconfianza en los terceros [...] a la postre, sufrirán la discriminación de verse excluidos del tráfico jurídico»¹⁵³.

La ventaja injusta no se introduce en el Código Civil como «una figura transversal a todo contrato ni cualesquiera sean los

¹⁴⁷ Enmienda núm. 400, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, 18 de diciembre de 2020, p. 294.

¹⁴⁸ Enmienda núm. 164, BOCG, Senado, núm. 172, 16 de abril de 2021, p. 115.

¹⁴⁹ GARCÍA RUBIO, 2022, p. 352. *Vid.* sobre la cuestión a INFANTE RUIZ, 2022, quien realiza un estudio del aprovechamiento injustificado través de *undue influence* del Derecho inglés y determina que la ventaja injusta es una modalidad del aprovechamiento injustificado.

¹⁵⁰ ÁLVAREZ LATA, 2022, p. 1019.

¹⁵¹ JARUFE CONTRERAS, 2022, p. 466.

¹⁵² GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, 2022, p. 1659.

¹⁵³ DE SALAS MURILLO, RCDI, 2020, p. 2258.

contratantes, sino que se limita a situaciones bien concretas»¹⁵⁴. Jarufe Contreras alude a la función de la figura en el Código Civil. Primera, el artículo 1302 del Código Civil en el que puede invocarse la figura para solicitar la nulidad el acto por quien debía prestar el apoyo (y no lo ha hecho)¹⁵⁵; segunda, como mecanismo de excepción a los efectos restitutorios de la nulidad, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1304 del Código Civil, y, tercera, como excepción a la extinción de la acción de nulidad por pérdida de la cosa por culpa o dolo (art. 1314 del Código Civil).

La ventaja injusta no es un término nuevo introducido por la Ley 8/2021 en nuestro ordenamiento jurídico. La 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, ya se refiere al mismo cuando regula el contrato de compraventa (art. 621-45 a 621-48). En particular, el artículo 621-45 señala que:

«El contrato de compraventa y los otros de carácter oneroso pueden rescindirse si, en el momento de la conclusión del contrato, una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia, y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello y obtuvo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta».

También la Ley 21 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, regula la influencia indebida y el abuso de influencia:

«La influencia indebida. Son anulables las declaraciones de voluntad realizadas en beneficio de quien, teniendo bajo su dependencia al otorgante, aprovecha esa situación para conseguir, para él u otros, una ventaja que de otro modo no hubiera obtenido. Abuso de influencia. Asimismo son anulables las realizadas por la influencia abusiva de otro que aprovecha la confianza en él depositada, la debilidad mental o la angustia del declarante, con obtención de un beneficio».

¹⁵⁴ JARUFE CONTRERAS, 2022, p. 463.

¹⁵⁵ Al contrario de lo señalado con anterioridad al tratar esta cuestión, la autora entiende que cuando el artículo 1302 del Código Civil alude a «la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo», necesariamente nos encontraríamos frente a una medida de apoyo que implica la curatela con representación.

Tal y como aclara el preámbulo de la norma:

«Una modalidad tendente a la protección de situaciones de vulnerabilidad o dependencia —influencia indebida y abuso de influencia—, que se presentan sociológicamente de forma mayoritaria por razón del envejecimiento de la población, pero que no se limitan exclusivamente a esos supuestos y resultan aplicables a cualesquiera otros de dependencia fáctica».

También la *Propuesta de Código Civil* elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil se refiere al ventajismo después de tratar los vicios del consentimiento:

«Una de las partes puede anular el contrato que en el momento de su celebración otorga a la otra parte una ventaja excesiva, si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquel, resulta que, con conocimiento de causa, se ha aprovechado en contra la buena fe de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperience o falta de previsión» (art. 527-9).

Ninguno de los preceptos expuestos se refiere a la discapacidad como elemento que pueda provocar la ventaja injusta, como sí lo hacen —de manera directa o indirecta— los Principios de Derecho Europeo de los Contratos¹⁵⁶, la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos¹⁵⁷ o la reciente Ley aragonesa 3/2024. Así, en el primer caso, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos se refieren a la carencia de capacidad negociadora cuando en su artículo 4:109 aluden al beneficio excesivo o ventaja injusta¹⁵⁸. Se declara que:

«(1) Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión: a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato,

¹⁵⁶ Texto articulado elaborado en la década de los años ochenta por un grupo de expertos que contiene principios con vocación de servir para la armonización y unificación del Derecho de obligaciones y contratos en los Estados miembros de la Unión Europea, pero carente de fuerza vinculante.

¹⁵⁷ Dentro de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación se presentó en 2023 una Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, cuya principal motivación es modernizar las normas del CC español de 1889.

¹⁵⁸ Tal y como se advertía antes, las personas con discapacidad tienen capacidad para contratar hoy en día, sin estar limitada por el artículo 1263 del Código Civil, por lo que sería mejor incluir la discapacidad como elemento que puede provocar la ventaja injusta.

se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo».

En el segundo caso, la Propuesta de modernización del Código Civil en su artículo 1297 regula la ventaja injusta, y dice:

«1. Una de las partes contratantes podrá anular el contrato que otorgue una ventaja injusta a la otra, cuando esta la hubiera obtenido aprovechándose de la situación en la que se encontraba aquella en el momento de la celebración del contrato. 2. En particular, se entenderá que hay aprovechamiento de la situación de la otra parte cuando exista entre ambas una relación de confianza o de dependencia, o cuando la parte perjudicada fuese persona con discapacidad sufra extraordinarias dificultades económicas o se encuentre en situación de necesidad apremiante, de ignorancia, de inexperiencia o de falta de previsión».

Por último, la norma aragonesa recoge expresamente la rescisión por obtención de una ventaja injusta (art. 45-6) y señala que «[s]erá rescindible el contrato de una persona con discapacidad, tanto si ha sido celebrado por sí sola como con alguna medida de apoyo, cuando el otro contratante se haya aprovechado de la situación de discapacidad para obtener una ventaja injusta». En todos los supuestos descritos, y sea cual fuere el término equivalente empleado para referirse a la ventaja injusta, el efecto que produce suele ser mayoritariamente la anulabilidad (el Fuero Nuevo de Navarra, la Propuesta de modernización del Código Civil, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil), frente a aquellos otros que optan por la rescisión (el Código Civil de Cataluña y la Ley aragonesa 3/2024)¹⁵⁹. El régimen de la anulabilidad «está pensado por el legislador [...] para los casos en que el contrato tiene todos sus elementos esenciales, pero, no obstante, adolece de un vicio que afecta a alguna de las partes: incapacidad de obrar, vicios del consentimiento o disposiciones del cónyuge sin el consentimiento del otro cuando sea necesario»¹⁶⁰. Dicho de otra manera, la anulabilidad se caracteriza por ser un régimen de ineficacia contractual sustentado en una finalidad de protección de una parte del contrato frente a contingencias que han

¹⁵⁹ En el caso de Cataluña, el sistema también opta por la adaptación del contrato. En ese sentido, el artículo 621-47 determina que «1. En el supuesto a que se refiere el artículo 621-45, a petición de la parte perjudicada, la autoridad judicial puede adaptar el contenido del contrato a la práctica contractual prevalente en el momento de su conclusión y a las exigencias de la buena fe y la honradez de los tratos. 2. En el supuesto a que se refiere el artículo 621-46, puede evitarse la rescisión del contrato mediante el pago en dinero del valor total de la prestación, con los intereses legales, a partir de la conclusión del contrato.».

¹⁶⁰ DE PABLO CONTRERAS, 2023, p. 509.

afectado de manera negativa a la producción del consentimiento contractual¹⁶¹. La rescisión, en cambio, constituye el remedio jurídico para la reparación de un perjuicio económico que el contrato origina a determinadas personas¹⁶². En base a las definiciones expuestas y en una primera aproximación, parece más adecuado que la obtención de una ventaja injusta dé lugar a la rescisión y no a la anulabilidad, puesto que se trata de un daño económico que se genera a una de las partes, en concreto, a la persona con discapacidad.

Hoy en día, el Código Civil no regula el régimen de lo que legalmente se denomina «ventaja injusta»¹⁶³, si bien se cuenta con una «avanzadilla» introducida por el artículo 1302.3 del Código Civil¹⁶⁴. Quizá la no regulación de manera general de la ventaja injusta atienda al hecho de que la Ley 8/2021 tenía el objetivo de adaptar el Código Civil a la Convención de Nueva York y no modificar la teoría general del contrato¹⁶⁵. Como señala Fenoy Picón:

«La Ley 8/2021 no modifica la enumeración de los vicios del consentimiento del artículo 1265 CC ni introduce en el Código Civil un artículo en el modo de lo que se regula en los artículos 1266 a 1270 CC para el error, la violencia, la intimidación y el dolo y, por la ubicación del artículo 1302.3 CC, ha de entenderse que la ventaja injusta es considerada como causa de anulación contractual (hay una primera decisión legislativa de derecho positivo)»¹⁶⁶.

En definitiva, la autora entiende que todo hace indicar que se trata de un vicio del consentimiento que requerirá un artículo separado para su regulación, al igual que los artículos 1266 a 1270 del Código Civil, lo que «conduciría a reelaborar la propia noción del vicio del consentimiento, pues el supuesto de la ventaja injusta no toma en cuenta, exclusivamente, el defecto de la voluntad del contratante, sino que añade otro elemento, el efecto económico desfavorable para el mismo»¹⁶⁷ ya que, en efecto, «los vicios del consentimiento hacen que la declaración no sea plenamente consciente (error y dolo) o plenamente libre (violencia e intimidación)»¹⁶⁸, sin que, hoy en día, la ventaja injusta tenga cabida en esta definición.

Partiendo de la normativa ya expuesta que se refiere, de una manera u otra, a la ventaja injusta, se pueden distinguir el elemento

¹⁶¹ CARRASCO PERERA, 2022 p. 206.

¹⁶² DE PABLO CONTRERAS, 2021, p. 489.

¹⁶³ FENOY PICÓN, 2023, p. 723.

¹⁶⁴ GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, 2022, pp. 664-666.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ FENOY PICÓN, 2023, p. 724.

¹⁶⁷ FENOY PICÓN, 2023, p. 15.

¹⁶⁸ DE PABLO CONTRERAS, 2023, p. 356.

subjetivo, esto es, la situación de vulnerabilidad producida por la discapacidad de una de las partes, y el elemento objetivo, el aprovechamiento que se obtiene, lo cual supone que se produzca un desequilibrio considerable entre los derechos y obligaciones derivadas del contrato¹⁶⁹ o que se produzca un desequilibrio patrimonial¹⁷⁰. Es la vulnerabilidad o debilidad la que es aprovechada para obtener una ventaja injusta¹⁷¹. Este requisito no solo puede plasmarse en el precio final, sino también en otras circunstancias, como puede ser la forma de pago, las causas de resolución del contrato, la calidad de los bienes, etc.¹⁷². La ventaja injusta podría definirse como aquel desequilibrio que se produce entre las partes que proviene del provecho obtenido por una de ellas, provecho que no solo debiera producirse en los contratos onerosos, sino también en los gratuitos¹⁷³. No parece desafortunado que la propia norma pudiera establecer presunciones *iuris tantum* para entender que concurre una ventaja injusta¹⁷⁴. Así, parece necesario que se regulase y conceptuase la ventaja injusta, en tanto resulta un concepto jurídico indeterminado al que se podría acudir en todos los casos como «cajón de sastre». Quizá, la norma podría presumir la ventaja injusta obtenida en los contratos realizados con personas con discapacidad¹⁷⁵, presunción *iuris tantum* que podría ser destruida mediante prueba en contrario: demostrando su buena fe, esto es, la falta de ventaja injusta obtenida por aprovecharse de la vulnerabilidad de la contraparte. El propio artículo tendría que definir la ventaja injusta, que podría consistir en la obtención de una prestación que no se produciría si la persona con discapacidad hubiere sido asistida o representada a través de la medida de apoyo. En definitiva, y retomando el análisis del artículo 1302.3 del Código Civil, si el contratante es de buena fe, el contrato no podrá ser anulado por el prestador de la medida de apoyo¹⁷⁶.

Otros autores como Carrasco Perera optan por la formulación de cinco reglas y eluden el recurso a las acciones de nulidad en la contratación con personas con discapacidad. En su opinión:

«Es un error conservar el instituto de la anulabilidad contractual. Creo que es incluso un error residenciar en el Derecho civil el

¹⁶⁹ INFANTE RUIZ, 2022, p. 155.

¹⁷⁰ Otros autores no hablan del desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, sino del desequilibrio patrimonial, ÁLVAREZ LATA, Natalia, 2022, pp. 1010-1011.

¹⁷¹ DE LA MAZA GAZMURI y LÓPEZ DÍAZ, RChD, 2023, p. 37.

¹⁷² BARCELÓ COMPTE, 2019, p. 99.

¹⁷³ ÁLVAREZ LATA, 2022, p. 1020.

¹⁷⁴ INFANTE RUIZ, 2022, p. 205.

¹⁷⁵ Discapacidad mental o psíquica. Recuérdese que es en este tipo de discapacidad donde la capacidad para contratar incidirá sobremanera.

¹⁷⁶ ÁLVAREZ LATA, 2022, p. 1014.

sistema de previsión de apoyos puramente asistenciales. El sistema debería haberse optimizado eludiendo el recurso a las acciones de nulidad y haberse construido sobre cinco reglas claras y justas. Primera, los contratos (onerosos) celebrados por discapacitados con o sin apoyos deberían considerarse válidos si la contraparte fuera de buena fe. Segunda, los contratos concertados por discapacitados aún con la prestación de los apoyos exigidos serían inválidos en derecho si se probara dolo de la contraparte. Tercera, los contratos en los que haya juicio notarial de "capacidad" (de suficiencia de consentimiento) serán válidos salvo que se probara que la contraparte actuó con dolo. Cuarta, debería eliminarse la rescisión por lesión del art. 1291.1 CC, porque su sobrevivencia solo se puede justificar, racionalmente, para un número de casos tan marginales, que resulta preferible prescindir del remedio rescisorio en méritos de evitar confusiones y eliminar la apariencia de una doble tutela injustificable. Quinta, debería haberse generalizado la regla de los testamentos y de la novación de los poderes preventivos (art. 665 CC y DT 3ªIII Ley 8/2021), y haber hecho del notario el órgano de control de la capacidad real y, a la vez el apoyo (único), para que la voluntad del discapacitado pudiera manifestarse, el único apoyo, en los contratos elevados a públicos»¹⁷⁷.

En suma, el autor entiende que todo contrato realizado por una persona con discapacidad es válido, salvo que la contraparte actúe dolosamente, cuestión que no hace sino invertir el protagonismo en la manera de proceder de la contraparte y otorgar mayores funciones a los notarios como «órganos de control de la capacidad real».

Al igual que ocurre en cualquier negocio jurídico y con cualquier contratante, con independencia de la discapacidad que padezca, la fianza también podría verse afectada por el régimen de ineficacia del artículo 1261 y los apartados 1.º y 2.º del artículo 1301 del Código Civil. Por un lado, en cuanto al primero de los preceptos, el Código Civil establece que «[n]o 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», lo que determina cuáles son los elementos esenciales del contrato sin los que no existirá un válido contrato. Si en la fianza interviene una persona con discapacidad «que carece de apoyos [y] no puede conformar un consentimiento contractual suficiente y válido para el acto o negocio en concreto [...]»¹⁷⁸, el contrato será nulo. Esta opinión no es compartida por toda la doctrina, ya que entienden que «no puede pretender que haya existido falta de consentimiento a causa de su discapacidad, aunque sí puede hacer valer el artículo 1261 si la falta de con-

¹⁷⁷ CARRASCO PERERA, RCDC, 2022, pp. 199-200.

¹⁷⁸ ÁLVAREZ LATA, 2022, p. 1020.

sentimiento procede de razón exógena a su discapacidad efectiva (trastorno mental transitorio, violencia física de tercero, intimidación)»¹⁷⁹. En este sentido, De Amunátegui Rodríguez coincide, en principio, con la idea anterior cuando indica que:

«Parece la interpretación más coherente, teniendo en cuenta los principios que preside la inspiración de la ley y los criterios hermenéuticos adecuados, pero me plantea muchas dudas que los jueces rechazarán absolutamente una pretensión basada en este precepto cuando se tratase de la actuación de una persona que no pueda conformar adecuadamente su voluntad y carece de medidas de apoyo»¹⁸⁰.

Parra Lucan señala que:

«Si se acepta la nulidad absoluta en los casos de violencia extrema, de falta de consentimiento por un estado transitorio de drogadicción o embriaguez, por un trastorno psíquico puntual, ¿por qué habría que negar la ineficacia total cuando se trata de un contrato celebrado por una persona con discapacidad persistente u estable pero que no cuenta con un apoyo? No parece razonable llegar a tal conclusión por el mero hecho de que el legislador haya querido reconocer capacidad general a las personas con discapacidad si en el caso concreto la persona con discapacidad no podía formar su voluntad para emitir un consentimiento contractual. El problema es que para estos supuestos no se establece un régimen legal y en algunos aspectos el régimen de anulabilidad específico para los casos en que se prescinda del apoyo establecido puede ser más beneficioso que el general de nulidad absoluta»¹⁸¹.

La clase de invalidez que se asocia al contrato en el que falta el consentimiento no parece una cuestión pacífica. Sin embargo, para

¹⁷⁹ CARRASCO PERERA, Gómez-Acebo & Pombo, 2021, en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/06/Riesgos_estrategias_contractuales.pdf; CARRASCO PERERA, RCDC, 2022, pp. 204-205 defiende que en el caso del discapacitado a secas o que cuente solo con el apoyo del guardador fáctico, «[n]o existe una “prueba en contrario” de la falta de capacidad, porque la capacidad plena es postulado normativo, no un juicio de hecho. No importa lo que de hecho ocurra, sino el postulado normativo de que el incapacitado natural a secas no puede impugnar el contrato que celebra, salvo dolo de la contraparte».

¹⁸⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 91.

¹⁸¹ PARRA LUCÁN, 2022, p. 352. La STS 634/2022 de 3 de octubre de 2022, Ponente: María Ángeles Parra Lucán (ECLI:ES:TS:2022:3566), referida al régimen previo a la Ley 8/2021, declara que «durante algún tiempo, cierto sector doctrinal y alguna sentencia consideraron nulos, con nulidad absoluta, los actos del (en la terminología de la época) "incapaz no incapacitado" o "incapaz de hecho"; tal calificación, en línea con la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad, permitió ampliar la legitimación para impugnar el contrato y admitir el ejercicio de la acción transcurrido el plazo de cuatro años, todo ello en aras de una mayor protección de la persona con discapacidad [...]. Pero también es cierto que, posteriormente, la opinión doctrinal mayoritaria se inclinó por considerar preferible el régimen de la anulabilidad, por ser la forma de invalidez que el Derecho predispone para la protección de una de las partes del contrato [...]. En realidad, de lo dispuesto en los arts. 261 y 1263 CC no resultaba un régimen jurídico específico de invalidez y cuando la falta de consentimiento derivaba de la discapacidad, el régimen aplicable era el de los arts. 1301 y ss. CC».

el supuesto en el que la persona con discapacidad no esté provista de medidas de apoyo —antes denominados incapaces naturales—, «solo podemos acudir al esquema general aplicable a todas las personas, que nos remite al régimen de la nulidad por falta de consentimiento. El artículo 1261 CC señala que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. [...]»¹⁸². Así, la persona con discapacidad que no estuviere provista de medidas de apoyo y no pudiese prestar un consentimiento válido, le sería de aplicación el artículo 1261 del Código Civil¹⁸³. En caso contrario, piénsese en casos cotidianos que se producen cuando se llevan a cabo ventas a puerta fría en los domicilios, por teléfono, en puestos en centros comerciales, etc. (venta de libros, colchones, tarjetas de crédito, donativos para diferentes causas, etc.); de no ser por la aplicación del citado precepto, los contratos celebrados por las personas con discapacidad no provistas de medidas de apoyo resultarían válidos y plenamente eficaces¹⁸⁴.

Por otro lado, la fianza podrá verse afectada por la aplicación de los apartados 1.º y 2.º del artículo 1301 del Código Civil al referirse a los vicios del consentimiento que pudieran concurrir, entre ellos, la intimidación, la violencia, el error o el dolo¹⁸⁵. No cabe duda de que si las personas con discapacidad pueden contratar serán de aplicación los vicios del consentimiento generales (intimidación, violencia, error y dolo)¹⁸⁶. Sin embargo, De Amunátegui Rodríguez se refiere a la posibilidad de que los mismos se convier-

¹⁸² TENA ARREGUI, RNSXXI, 2022, p. 41.

¹⁸³ PARRA LUCÁN, 2022, p. 330, se refiere a la persona que no puede «consentir porque carecía de la aptitud y discernimiento de querer celebrar el acto concreto. Ello a pesar de que formalmente haya declarado querer celebrarlo o incluso aunque haya suscrito un documento en el que así conste». Al contrario de lo que piensa DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 91, que indica que la discapacidad ha de ser «de intensidad tal que no posibilita conformación de voluntad alguna [...] pero no como mero sustitutivo de la presencia de discapacidad, a modo de falta de capacidad natural».

¹⁸⁴ La letrada del Instituto Tutelar de Bizkaia, María Luz Peleteiro Montes, de acuerdo a la entrevista mantenida el 9 de noviembre de 2023, se refería a la necesidad de anular este tipo de contratos prácticamente de manera semanal.

¹⁸⁵ Atendiendo a la escasa y reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de los vicios del consentimiento en el contrato de fianza, cabe mencionar la STS 524/2018, de 24 de septiembre, Ponente: María Ángeles Parra Lucán (ECLI:ES:TS:2018:3238) por error en el contrato de permuta financiera y fianza; la STS 377/2019, de 1 de julio, Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno (ECLI:ES:TS:2019:2230), por error en el préstamo con garantía hipotecaria con cláusula de fianza; la STS 116/2021, de 3 de marzo, Ponente: Juan María Díaz Fraile (ECLI:ES:TS:2021:973), en referencia al dolo por aval de un préstamo cuando la sociedad prestataria era insolvente y la STS 745/2021, de 2 de noviembre, Ponente: Pedro Jose Vela Torres (ECLI:ES:TS:2021:3960), por error en el préstamo hipotecario garantizado mediante una fianza solidaria.

¹⁸⁶ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2022, p. 504. Sin embargo, CARRASCO PERERA, 2022, p. 247, opina que «no podrá alegar error contractual por el solo hecho de su discapacidad o por patología que deriva de su discapacidad».

tan en un «cajón de sastre»¹⁸⁷. Esta cuestión no debiera ocurrir si la norma sobre la anulabilidad específica de los contratos celebrados por personas con discapacidad delimitara de forma adecuada su ámbito de aplicación.

Para finalizar, el artículo 1303 del Código Civil se refiere a la restitución de las prestaciones una vez se declare la nulidad. El precepto inmediatamente posterior, el artículo 1304 del Código Civil, limita esta restitución:

«Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

En otras palabras, la persona con discapacidad que anula el negocio de acuerdo al artículo 1302.3 del Código Civil restituye en el alcance de su enriquecimiento, que tendrá que ser modulado viendo la utilidad o provecho de la persona no solo en las necesidades objetivas cubiertas, sino también en los intereses subjetivos satisfechos¹⁸⁸. Dicho de otra manera, el enriquecimiento se entenderá como el incremento o beneficio causado en su patrimonio mediante una inversión provechosa o un justificado empleo en la satisfacción de sus necesidades. Sin embargo:

«Solo restituyen en la medida del enriquecimiento, si bien respecto de la discapacidad, a partir de ahora, la excepción solo entrará en juego si el otro contratante era conocedor de la existencia de medidas de apoyo o se aprovechó de la situación, obteniendo una ventaja injusta. Por primera vez se atribuye valor a la buena fe de quien, confiando en la apariencia, contrata con el sujeto protegido (mantendrá el derecho a la restitución íntegra)»¹⁸⁹.

De esta forma, en la fianza, si esta se declarara nula de acuerdo al artículo 1302.3 del Código Civil, el fiador oneroso solo tendrá que restituir en la medida en que se haya enriquecido con la prestación recibida.

En el estudio del régimen de ineficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad, conviene detenerse en el análisis

¹⁸⁷ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 92, en palabras de FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, 2021, p. 237.

¹⁸⁸ VARELA CASTRO, 2022, p. 679.

¹⁸⁹ VAQUERO PINTO, 2021, p. 1707.

sis de la reciente ley aragonesa 3/2024¹⁹⁰. Esta ley constituye una completa y acertada norma sobre la materia y, por ello, merece la pena resaltar algunas de las cuestiones reguladas. Primero, el artículo 34.2, al contrario que la Ley 8/2021 define la discapacidad —aspecto que se agradece y resulta oportuno— e indica: «[a] los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación, previsiblemente permanente, que impide o dificulta a la persona comprender, valorar o expresar por sí sola el consentimiento en la toma de decisiones, tanto en aspectos personales como patrimoniales». Constituye la primera norma que trata de forma separada y diferenciada, como se verá acto seguido, la capacidad de entender y querer y la facultad para expresar su voluntad, aspecto sumamente importante que no puede pasar desapercibido, en tanto ambas influyen en el proceso de elaboración de la voluntad y en la emisión del consentimiento. Segundo, el artículo 40.1 regula, por primera vez, la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica y señala que «1. Tiene aptitud para ejercitar la capacidad jurídica la persona que por sí sola puede comprender y valorar el significado y los efectos de un acto concreto en el contexto en que se produce y, en consecuencia, determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella»¹⁹¹. Acto seguido, el mismo precepto establece dos presunciones de aptitud: una general y otra para un acto concreto. De esta manera:

«2. La aptitud general de ejercitar por sí sola la capacidad jurídica se presume en la persona que ha cumplido los catorce años, si bien, mientras no sea mayor de edad, quedará sujeta al régimen de asistencia. 3. Se presume la aptitud para realizar un acto concreto siempre que para dicho acto la persona no esté sujeta a medidas de apoyo asistenciales o representativas, judiciales o voluntarias ya eficaces, y que no se demuestre lo contrario de forma cumplida y adecuada»¹⁹².

Este precepto ha de analizarse junto al siguiente artículo, el 41, que se refiere a la validez de los actos jurídicos de la persona con

¹⁹⁰ El Consejo de Gobierno de Aragón acordó el 15 de junio de 2022 encomendar a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil la redacción del anteproyecto de ley de modificación del Código de Derecho Foral en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La Comisión Aragonesa de Derecho Civil es un órgano consultivo conformado por juristas de reconocido prestigio que tiene por objeto asesorar al Gobierno en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés y que, tras más de dos años de trabajo, ha desarrollado la presente norma.

¹⁹¹ El mismo se refiere a la capacidad de entender y a la facultad para expresar la voluntad a la que se ha hecho referencia hasta ahora. Por lo tanto, este término será el empleado en las siguientes páginas, siguiendo el modelo propuesto por Aragón.

¹⁹² «[e]l art. 12 CDPD utiliza la expresión capacidad jurídica como omnicomprendi-va de la capacidad jurídica (titularidad) y de obrar (ejercicio de los derechos). Ahora bien, ello no significa que la persona discapacitada pueda actuar por sí sola en el tráfico jurídico, si carece de capacidad de entender y querer la situación jurídica concreta [...]», BAYOD LÓPEZ, 2021, pp. 152-153.

discapacidad. El citado artículo determina que «[l]a persona que no tiene la suficiente aptitud para ejercer por sí sola su capacidad jurídica respecto de un acto concreto puede realizarlo válidamente con las medidas de apoyo adecuadas conforme a lo establecido en este Código». Es por ese motivo que el artículo 4.2 se redacta de la siguiente manera: «[l]a persona mayor de edad puede realizar, en ejercicio de su capacidad jurídica, todos los actos personales y patrimoniales de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la ley». De manera que lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención ha de entenderse como una presunción —las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás— que puede admitir excepciones: cuando la persona con discapacidad en el acto en concreto carezca de la suficiente aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica y, por ello, sea necesaria una medida de apoyo. La Ley 8/2021, en su tramitación, tal y como se ha advertido con anterioridad, contenía inicialmente en el artículo 1263 del Código Civil lo siguiente: «[l]as personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas». No obstante, omitir esta frase o cualquier tipo de alusión a la persona con discapacidad no hace sino entorpecer la comprensión de la norma¹⁹³. Su no inclusión en el precepto pudiera hacer creer que toda persona con discapacidad puede prestar válidamente su consentimiento, sin excepciones. No cabe duda de que la base sobre la que se construye el sistema (tanto del Código Civil como de la norma de Aragón) prevé problemas relacionados con la validez del consentimiento, pero no puede producirse *ex ante* la limitación de la capacidad para contratar de manera general por contravenir lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención. Por ello, la redacción de la norma aragonesa parece más adecuada, «respecto de un acto concreto» (art. 41). Tercero, en relación a la anulabilidad, regula un extenso régimen de anulabilidad (art. 45 a 45-5) basado en la invalidez del acto por quien «en el momento de su celebración, carezca de la suficiente aptitud para ejercitar su capacidad jurídica y no cuente con las medidas de apoyo que procedan para suplir esa insuficiencia». También recoge otras dos situaciones que dan lugar a la anulabilidad: cuando el curador o mandatario de apoyo establecido no intervinieran (art. 45-1: «1. El acto para el que la autoridad judicial hubiera establecido curatela

¹⁹³ Entiende DE SALAS MURILLO, *Diario la Ley*, 2021, p. 2, que «en el texto finalmente aprobado se elude esta mención por considerarla innecesaria. Y es que la aptitud genérica para celebrar con eficacia los actos jurídicos, presupuesto de validez de la declaración de voluntad contractual es, tratándose de personas con discapacidad, tener las medidas de apoyo necesarias».

asistencial o representativa que sea realizado por la persona con discapacidad sin la intervención del curador será anulable») y cuando existan defectos en la prestación del apoyo (art. 45-2: «[s]erá anulable el acto realizado en representación de la persona con discapacidad sin la debida autorización o aprobación cuando el acto la requiera»¹⁹⁴. 2. También será anulable el acto realizado con apoyo asistencial o representativo cuando exista oposición de intereses entre quien presta el apoyo y la persona con discapacidad»). Cuarto y último, el artículo 45-3 establece como excepción a la anulabilidad el supuesto en el que «[e]l otro contratante podrá oponerse a la acción de anulabilidad probando que no conocía, ni razonablemente podía conocer, las causas en que se funda la acción de anulabilidad». Regulación que parece muy acertada.

Así, conviene detenerse en los artículos 45 y 45-1. El primer precepto se refiere a la anulabilidad del acto cuando la persona carezca de la suficiente aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica y no cuente con la medida de apoyo. En cambio, el artículo siguiente se refiere a la anulabilidad del acto cuando la persona intervenga sin el curador establecido judicialmente o el mandatario de apoyo que hubiera iniciado su eficacia. La clave que diferencia ambos apartados reside en la eficacia de la medida. En ese sentido, la norma aragonesa, en el artículo 169-1, estipula lo siguiente en relación al inicio de eficacia del mandato:

«1. Para acreditar la concurrencia de las causas que dificulten el ejercicio de la capacidad jurídica, el mandatario comparecerá ante Notario con un informe pericial emitido por profesional especializado en el ámbito social o sanitario en el que se declare la concurrencia de dicha situación y la fecha desde la que se entiende producida. 2. Si hubiera previsiones del mandante sobre el inicio de eficacia, también deberán ponerse de manifiesto ante el Notario. 3. El Notario podrá entrevistar al mandante y solicitar pruebas complementarias. 4. En el acta notarial que se levantará al efecto se harán constar la declaración del mandatario, el informe pericial y las demás diligencias y pruebas practicadas, así como el inicio de eficacia de las diversas medidas de apoyo previstas. 5. Autorizada el acta, se presumirá ante tercero de buena fe la vigencia del mandato».

Entonces esta medida resultará eficaz cuando el notario levante acta notarial en la que conste el inicio de eficacia de la medida después de realizadas determinadas pruebas. De lo expuesto puede inferirse que el artículo 45 alude a las medidas de apoyo voluntarias en las que no se acredite el inicio de su eficacia y, el artículo 45-1, a la curatela judicial y al mandato.

¹⁹⁴ Aspecto este al que tampoco alude la Ley 8/2021.

El artículo 45-1 se basa en la anulabilidad por la falta de una medida de apoyo¹⁹⁵. Se conoce desde cuándo son eficaces las medidas y se ha probado que la persona con discapacidad carece de la necesaria aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica (bien a través de un proceso judicial que culmina con un pronunciamiento judicial o bien a través del procedimiento descrito ante notario que concluye con un acta notarial). En este caso, cuando no concurre la medida de apoyo el acto es anulable, pues ya se ha declarado la eficacia de la medida por falta de aptitud. No será necesario retomar el estudio de la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona.

En el artículo 45, sin embargo, la causa de la anulabilidad no solo reside en la falta de la medida de apoyo, sino también en la carencia de la suficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica¹⁹⁶. En el presente caso, la persona con discapacidad está provista de una medida de apoyo, pero no se sabe desde cuándo produce efectos, por lo tanto, será necesario probar que no concurre la medida de apoyo que resultare necesaria y que la persona carece de la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica. Al contrario de lo que ocurre en el supuesto anterior, en este habrá que probar que la persona con discapacidad carecía de la aptitud necesaria para llevar a cabo el acto.

La causa que determina la anulabilidad del acto llevado a cabo por la persona con discapacidad no reside solo en la falta de la medida de apoyo, sino también en la falta de aptitud para ejercicio de la capacidad jurídica por parte del sujeto. En el supuesto regulado en el artículo 45, será necesario probar que carece de dicha aptitud; sin embargo, en el caso concreto regulado a través del artículo 45-1 no habrá que probar la falta de aptitud, pues esta ya habrá sido probada judicialmente o ante notario. En este caso, solo será necesario probar la ausencia de la medida de apoyo. Esta solución alcanzada parece adecuada atendiendo al principio de economía procesal¹⁹⁷.

Así, el régimen de anulabilidad de la norma de Aragón se basa en que la persona con discapacidad no cuente con las medidas de

¹⁹⁵ Titulado en la norma «Invalidez por falta de intervención del curador o mandatario de apoyo».

¹⁹⁶ Razón por la cual el precepto se titula «Invalidez del acto de la persona sin aptitud para realizarlo».

¹⁹⁷ Al citado principio se refiere la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: «Con la misma inspiración básica de no multiplicar innecesariamente la actividad jurisdiccional y las cargas de todo tipo que cualquier proceso conlleva, el régimen de la pluralidad de objetos pretende la economía procesal y, a la vez, una configuración del ámbito objetivo de los procesos que no implique una complejidad inconveniente en razón del procedimiento que se haya de seguir o que, simplemente, dificulte, sin razón suficiente, la sustanciación y decisión de los litigios».

apoyo que procedan y carezca de la suficiente aptitud para ejercitar su capacidad jurídica. En este caso, se ha optado por el término «no cuenta con las medidas de apoyo» y no el de «prescindir de las medidas de apoyo» que emplea el Código Civil. Si la persona con discapacidad opta por el rechazo a la medida de apoyo, lo verdaderamente importante será atender de manera conjunta a la aptitud para ejercitar su capacidad jurídica y a la concurrencia o no de las medidas de apoyo cuando lleve a cabo el concreto acto. Asimismo, si se atiende al vocablo empleado en el artículo 45.1, «procedan», habría que saber si ha sido dispuesto para entender que las medidas han sido provistas o no y para conocer, de este modo, si la nulidad a la que da lugar el artículo 1261 del Código Civil sería de aplicación. Tras la lectura de la regulación que realiza sobre el régimen de anulabilidad, no cabe sino coincidir en la práctica totalidad con cada uno de los preceptos expuestos que completarían la Ley 8/2021 y otorgarían mayor claridad a la norma estatal.

En suma, se pueden extraer y recoger las principales posturas o corrientes existentes en cuanto a la interpretación del sistema de ineficacia del contrato llevado a cabo por la persona con discapacidad:

1) Aquella que entiende que el artículo 12 de la Convención no es un principio general que no admita excepciones. Por ello, en un concreto acto, la persona puede prestar un consentimiento que no sea válido, lo que conduce al régimen de anulabilidad del artículo 1302 del Código Civil cuando no concurre la medida de apoyo —se han plasmado las variadas interpretaciones que se formulan sobre el precepto— o al sistema de nulidad del artículo 1261 del Código Civil cuando la persona no esté provista de medidas de apoyo.

2) Aquella otra para la que el artículo 1302.3 únicamente será de aplicación cuando la contraparte obtenga una ventaja injusta. De este modo se invierte el prisma sobre el que sustenta la anulabilidad: se otorga pleno y único protagonismo al modo de actuar de la contraparte. El artículo 1261 del Código Civil será de aplicación cuando falte el consentimiento, defecto que se basa en la falta de consentimiento y no en la discapacidad.

3) La que considera que el artículo 12 de la Convención constituye un principio general, por lo que no cabe hablar de un consentimiento que no sea válido. Esta postura prescinde de un régimen de anulabilidad propio para los contratos llevados a cabo por personas con discapacidad y opta por un sistema basado en la actuación dolosa de la contraparte de forma exclusiva.

2.2.2. PLANTEAMIENTO DE LOS DIVERSOS CONTEXTOS QUE PUDIERAN ACONTECER EN LA FIANZA PRESTADA POR PERSONA CON DISCAPACIDAD

Después de analizar el régimen de anulabilidad, resulta adecuado presentar cuáles pueden ser los diferentes contextos en los que una persona con discapacidad desea constituirse en fiadora y los requisitos necesarios que, en su caso, han de concurrir en cada uno de ellos:

1) Persona que no tiene establecida una medida de apoyo voluntaria o judicial porque no resulta necesaria: la persona con discapacidad podrá constituirse en fiadora, en tanto dispone de aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica¹⁹⁸.

2) Persona que tiene establecida una medida de apoyo voluntaria: la persona con discapacidad podrá hacer uso de la medida de apoyo voluntaria y constituirse en fiadora siempre que la escritura pública determine la concreta circunstancia, es decir, la necesidad de una medida de apoyo en la fianza, y prevea una designación *ad hoc*¹⁹⁹.

Las medidas de apoyo voluntarias se adoptarán en escritura pública de acuerdo al artículo 255 del Código Civil y pueden consistir en medidas de apoyo propiamente dichas o en el mandato y poder preventivo al que se refieren los artículos 256 a 262 del Código Civil²⁰⁰. Las medidas de apoyo como tal son aquellas medidas que adopta una persona relativas a su persona o bienes, previendo o apreciando que concurren circunstancias que, en el presente o en el futuro, pueden dificultarle el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás²⁰¹. Las medidas de apoyo pueden ser anticipatorias o preventivas a la situación de necesidad o, incluso, cabe la posibilidad de que una persona pueda otorgar con apoyos dichas medidas²⁰². En este sentido, podrán ser adoptadas por «[c]ualquier persona mayor de edad o menor emancipada que, de acuerdo con el juicio o valoración que

¹⁹⁸ De modo que se adopta el término extraído de la norma de Aragón y al que se referirá en las próximas páginas.

¹⁹⁹ Palabras extraídas de la conversación mantenida con la notaria y vicedecana del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco, Carmen Velasco Ramírez, el día 11 de noviembre de 2023.

²⁰⁰ Distinción realizada por MEDINA SÁNCHEZ, 2021, p. 48.

²⁰¹ Definición aportada por MEDINA SÁNCHEZ, 2021, p. 48, y que ha sido modificada, en parte, por la inclusión del término «presente».

²⁰² DE SALAS MURILLO, 2021, p. 484. «[e]l otorgante podrá ser una persona con discapacidad en el momento del otorgamiento y recibir el apoyo de quien en su vida diaria actúe como un guardador de hecho, del curador si existiera, y siempre el apoyo institucional y profesional del propio notario [...]», MORO ALMARAZ, 2022, pp. 384-385.

realice el notario, tenga aptitud natural suficiente para conocer el significado y alcance del apoderamiento o del contrato que celebra»²⁰³ y, tal y como determina el artículo 250 del Código Civil, «[l]as medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance». Será necesario, por tanto, que la persona que establezca una medida de apoyo voluntaria tenga aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica o, en su defecto, si la persona carece de la suficiente aptitud, que sea posible conocer su voluntad con la ayuda de la medida de apoyo asistencial. La opción por una medida voluntaria no ha de suponer una peor situación para la persona con discapacidad que una medida judicial, lo que solo se podrá conseguir a través de la redacción de escrituras detalladas, personalizadas, que huyan de la estandarización y las cláusulas estereotipadas²⁰⁴. Tal y como se ha subrayado con anterioridad, el artículo 250 del Código Civil alude a «[l]as medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen [...]», sin que la norma entre a valorar ni establecer aquellos supuestos o circunstancias en los que la persona pueda precisar de apoyos, pues no cabe olvidar que la voluntad de la persona jugará un papel determinante en la Ley 8/2021²⁰⁵. Ahora bien, será necesario que la medida de apoyo determine el momento en el que se produce la necesidad de apoyo y el modo de acreditar tal situación²⁰⁶ para saber, por ejemplo, si se cumplen los requisitos que dan lugar a la anulabilidad o quiénes estarán legitimados para instar la nulidad del artículo 1302.3 del Código Civil si fuere necesario²⁰⁷.

3) Persona que tiene establecida una medida de apoyo judicial: la persona con discapacidad podrá hacer uso de la medida de apoyo judicial y constituirse en fiadora, siempre que sea posible atender a su voluntad. Si existiera una medida de apoyo judicial de tipo representativo, la fianza por sí sola no sería posible, precisamente, por la imposibilidad de conocer la voluntad de la persona.

²⁰³ MORO ALMARAZ, 2022, p. 384.

²⁰⁴ MORO ALMARAZ, 2022, p. 390. Tal y como determina GARCÍA RUBIO, «[l]as medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que puede designar la persona de apoyo y el alcance de este [...] de ahí que pueda haber tantas medidas voluntarias diferentes como personas que las creen», 2022, p. 226.

²⁰⁵ En contra se muestra GARCÍA HERRERA al señalar que «debe quedar perfectamente delimitado por la ley esas causas determinantes de la necesidad de apoyo, no dejando tal cuestión al arbitrio del poderdante [...]», 2022, p. 372.

²⁰⁶ DE SALAS MURILLO, 2021, p. 484.

²⁰⁷ Tal y como se ha advertido con anterioridad, sería indispensable que la normativa se refiriera al inicio de eficacia de la medida, al igual que se regula en la ley aragonesa 3/2024.

En estos casos, y de acuerdo a lo expuesto con antelación, la curatela representativa requerirá la autorización judicial de acuerdo al artículo 287 del Código Civil. Es en este punto donde cabe traer a colación el artículo 249 del Código Civil que dice: « [...] las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate». La expresión «insuficiencia de la voluntad»:

«fue objeto de una enmienda presentada durante la tramitación parlamentaria, bajo el argumento de que la voluntad se tiene o no se tiene; la enmienda no prosperó, pero no cabe duda de que el concepto, ciertamente indeterminado, puede generar alguna inseguridad jurídica, pues serán los juzgados o tribunales quienes deban determinar la existencia o no de la voluntad suficiente»²⁰⁸.

Así, los tribunales se refieren a la «insuficiencia de la voluntad» cuando citan el artículo 249 del Código Civil²⁰⁹ y, en ocasiones, también aluden conjuntamente al artículo 255 del Código Civil: «[s]olo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias»²¹⁰, sin que en ningún caso definan qué es lo que ha de entenderse por voluntad insuficiente. De esta manera:

«Hubiese sido más adecuado que la ley hubiese identificado y, por tanto, tipificado, el supuesto de hecho al que se vinculan las medidas de apoyo judiciales. Es decir, concretar que el proceso de medidas de apoyo judiciales se refiere a los casos en que es necesaria la asistencia de la persona discapacitada por presentar dificultades de entender y querer en el proceso de toma de sus decisiones. Y, en consecuencia, que la persona pueda recibir medidas de asistencia y apoyo de distinta intensidad según el grado en que las dificultades afecten a la comprensión y evaluación de la información necesaria para la toma de decisión con relevancia jurídica»²¹¹.

Leciñena Ibarra cree «más atinada la interpretación que refiere la insuficiencia de la voluntad, a la imposibilidad de culminar un proceso decisorio»²¹². En definitiva, podría decirse que la insufi-

²⁰⁸ GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS, 2022, p. 212.

²⁰⁹ Ejemplo de algunas de ellas son la SAP de Badajoz 149/2022 de 8 de junio de 2022, la SAP de Vizcaya 542/2022 de 18 de mayo de 2022, la SAP de Jaén 432/2023 de 28 de abril de 2023 y la SAP de Jaén 226/2023 de 3 de noviembre de 2023.

²¹⁰ Entre otras, la SAP de A Coruña 114/2023 de 22 de febrero de 2023 y la SAP de Badajoz 233/2022 de 10 de octubre de 2022.

²¹¹ CAMACHO CLAVIJO, 2022, pp. 89-90.

²¹² LECIÑENA IBARRA, RNsXXI, 2020, p. 63. La autora advierte que son «son dos las fases que integran este proceso de formación de la voluntad: una previa a la declaración del consentimiento, donde la persona con discapacidad a través de un razonamiento deliberativo toma conciencia de lo que quiere y de sus consecuencias y otra posterior donde el sujeto manifiesta su consentimiento con el que queda vinculada de manera definitiva. Es

ciencia de la voluntad alude a la imposibilidad de culminar un proceso decisorio por presentar dificultades en la capacidad de entender y querer que afectan a la facultad para expresar su voluntad.

4) Persona que prescinde o rechaza la medida de apoyo voluntaria o judicial establecida: el artículo 1302.3 del Código Civil sí se refiere a la prescindencia; sin embargo, la normativa no se refiere expresamente al rechazo, tal y como se ha podido analizar en el apartado anterior, si bien no parece desacertado defender esta postura atendiendo al espíritu de la Ley 8/2021, y siempre y cuando el rechazo sea regulado de manera adecuada. Así, si el rechazo a la medida de apoyo queda debidamente acreditado y recogido, no habría impedimento alguno para respetar dicha voluntad. Este acto requeriría la suficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica. En este caso, la persona con discapacidad no podría renunciar a la medida de apoyo valiéndose de la misma, pues no cabe pensar que el prestador de la medida de apoyo hiciera entender a la persona con discapacidad que es mejor renunciar a la misma y no seguir con ella. La necesidad de revocar la medida a través de la forma adecuada atiende a la necesidad de conocer, por ejemplo, qué sujetos se encuentran legitimados para instar la nulidad si fuere necesaria.

En cuanto a la prescindencia que da lugar a la anulabilidad si faltara la medida de apoyo²¹³, la fianza que se llevará a cabo de tal manera sería válida siempre que la persona tuviera suficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica.

5) Persona que no tiene ninguna medida voluntaria o judicial, pero resulta necesaria: en este punto, conviene distinguir a su vez dos situaciones: la fianza constituida en escritura pública y la otorgada en documento privado. En el primer supuesto, el artículo 17 bis. 2. a) de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 se refiere a que «el notario deberá 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 o intervinientes». El juicio de capacidad no es algo novedoso que haya introducido la Ley 8/2021. Ello determina que el instrumento público contenga una voluntad informada, cons-

en la primera fase donde interviene la persona que presta el apoyo, informando al sujeto, ayudándolo en su comprensión y razonamiento, facilitándole información suficiente sobre la decisión a tomar adaptada a sus habilidades intelectivas, sus riesgos, beneficios y alternativas posibles», LECIÑENA IBARRA, RDC, 2022, p. 276.

²¹³ Se remite al apartado anterior respecto a la variada interpretación doctrinal que existe del artículo 1302.3 del Código Civil.

ciente y expresada con libertad²¹⁴. El juicio de capacidad se extiende a «la apreciación de la capacidad natural, de la capacidad para el acto o el negocio jurídico pretendido y a la apreciación de la existencia de la voluntad libre [...] para asegurar que el consentimiento que se presta en el documento público no se encuentra viciado por alguna de las causas previstas por la ley (violencia, intimidación, engaño o error)»²¹⁵. De esta manera, si no hay una medida de apoyo prevista y el notario aprecia la falta de suficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica, no se permitirá que se constituya en fiador, salvo que la ayuda que pudiera ofrecerle el notario resultara suficiente²¹⁶. Asimismo, se podrá informar a la persona con discapacidad sobre las opciones que existen para que pueda determinar una medida de apoyo voluntaria. El notario, en el «cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquella desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias»²¹⁷. La figura del facilitador también resultará de utilidad para estos casos. Tanto el artículo 7 bis de la LEC como el mismo artículo de la LJV se refieren a esta figura: «[s]e permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida». A su vez, el artículo 25 de la Ley del Notariado dispone que:

«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».

²¹⁴ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, 2022, p. 43.

²¹⁵ GARRIDO MELERO, 2020, p. 92.

²¹⁶ La notaria y vicedecana del Ilustre Colegio Notarial, Carmen Velasco Ramírez, de acuerdo a la entrevista mantenida día 11 de noviembre de 2023, entiende que por mucho que el notario ejerza como apoyo parece insuficiente. Sin embargo, no hay que olvidar que los apoyos a los que se refiere la Ley 8/2021 no se agotan en la curatela, guarda de hecho y defensa judicial, sino que el notario perfectamente podrá constituirse en un apoyo eficaz. En el supuesto en que la facultad para expresar la voluntad, deseos y preferencias de la persona estuviera limitada por su falta de capacidad natural, el solo hecho de contar con la ayuda del notario quizá resultara suficiente para que entendiera la fianza.

²¹⁷ Disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021.

Por lo tanto, si se conjuga la figura del facilitador con el párrafo añadido al artículo 25 de la Ley del Notariado²¹⁸, se posibilitaría que la persona con discapacidad pudiera adoptar medidas de apoyo voluntarias. De no ser posible, solo quedaría el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo que deberá ser promovido por las personas interesadas y por el Ministerio Fiscal²¹⁹. A este respecto, Vázquez de Castro muestra sus dudas sobre la posibilidad que cabría de anular este tipo de contrato —si bien no lo rechaza terminantemente—, pues la realidad muestra lo difícil que resulta anular un contrato en el que una de las partes tiene una discapacidad y carece de medidas de apoyo, más si cabe si el contrato se ha realizado ante notario²²⁰.

Si, por el contrario, la fianza se constituye en documento privado sin la intervención del notario, parece que la fianza se otorgará sin impedimento alguno.

En cualquiera de los casos expuestos, si la persona con discapacidad actuara careciendo de la suficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica, sería de aplicación el artículo 1261 del Código Civil.

6) Persona que cuenta con una guarda de hecho: mención aparte merece aquella persona que cuenta con esta medida informal. Se configura como «una medida de apoyo a la persona con discapacidad de carácter legal e informal que se despliega y opera cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente»²²¹. Tal y como se infiere de su regulación en el artículo 264 del Código Civil, la guarda podrá constituir una medida de apoyo o de representación, lo que variará el resultado cuando la persona quiera otorgar una fianza. Si fuera una guarda de hecho de tipo asistencial, la fianza se podrá constituir siempre que fuera posible conocer su voluntad. En caso contrario, si la guarda de hecho fuera de representación, «[e]n todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287». En suma,

²¹⁸ MARTÍNEZ ORTEGA, RNsXXI, 2022, p. 36.

²¹⁹ Artículo 757 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: «1. El proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano. 2. El Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa».

²²⁰ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2022, pp. 536-537.

²²¹ ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 492.

siempre que la persona con discapacidad no pueda afianzar, por sí misma o con la mera asistencia del guardador, será necesaria la autorización judicial²²².

Como se ha visto, son diversas las situaciones en las que cabe que una persona con discapacidad quiera constituir una fianza, por lo que ahora procede analizar qué es lo que ocurre en la práctica cuando una persona con discapacidad desea ser fiadora, por ejemplo, cuando acude a una entidad bancaria con tal fin. Un alto porcentaje de la jurisprudencia consultada trata de fianzas ligadas a un préstamo en el que intervienen entidades bancarias.

La reducción en la concesión de préstamos y el endurecimiento de los mismos a partir del año 2008²²³ podría ir ligado a pensar que los bancos manifiestan más reticencias a que una persona con discapacidad pueda afianzar²²⁴. En este sentido, las entidades bancarias adoptan sus propios criterios de control: desde aquellas que ante cualquier escenario, bien la persona con discapacidad cuente con una medida de apoyo voluntaria o judicial, bien la medida de apoyo esté prevista, pero se produzca la prescindencia a la misma, o bien no haya una medida de apoyo, pero resulte necesaria, entienden que, en cualquiera de los tres casos, aunque no haya una medida constituida, pero exista una guarda de hecho²²⁵ o se detecte una aparente falta de capacidad jurídica que requiera medidas de apoyo, se solicitará autorización judicial²²⁶. De esta manera, con independencia de que no se trate de una curatela representativa o una guarda de hecho con funciones representativas —únicos supuestos recogidos por la Ley 8/2021 que necesitan de autorización judicial—, requerirán, de igual forma, autorización del juez si existe una aparente falta de aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica. Otras entidades, sin embargo, entienden que cualquier persona que vaya a intervenir en una operación crediticia en calidad de fiadora tiene que tener la capacidad cognitiva suficiente para entender las implicaciones económico-patrimoniales del contrato. Por lo

²²² ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 495.

²²³ Informe de estabilidad financiera del Banco de España del mes de abril del año 2008, disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/InformesEstabilidadFinancera/08/Fic/IEFabr08.pdf>

²²⁴ Juicio que comparte la letrada del Instituto Tutelar de Bizkaia, María Luz Peletero Montes, el 9 de noviembre de 2023.

²²⁵ *Vid.* El Documento Interpretativo al Protocolo Marco entre la Fiscalía General del Estado y Asociaciones Bancarias publicado en julio de 2023, que se refiere a la guarda de hecho y a cómo deben actuar las entidades bancarias ante tal medida de apoyo informal, subrayando especialmente la declaración responsable ante la entidad bancaria suscrita por el guardador de hecho.

²²⁶ Es el caso de Kutxabank, de acuerdo a la entrevista mantenida con la asesoría jurídica de Kutxabank, en concreto, con Itziar Arana Martínez, el 15 de noviembre de 2023, quien ha dado a conocer su protocolo interno.

que en aquellos casos en los que se considere que la probable persona fiadora no puede entender o valorar correctamente el contrato, no se le suele aceptar como fiadora. En otras palabras, en los casos de personas con discapacidad, el criterio general es el de que no sean fiadoras de operaciones crediticias²²⁷.

No parece imposible que las personas con discapacidad puedan ser fiadoras, pero los criterios adoptados por las entidades bancarias dificultan tal condición. Esos protocolos internos resultan contrarios a lo dispuesto en la Ley 8/2021 y pueden identificarse algunos condicionantes que conducen a las entidades bancarias a fijar criterios restrictivos:

1. Falta de publicidad de las medidas de apoyo adoptadas. De acuerdo con los artículos 4 y 77 de la Ley 20/2011, las medidas de apoyo voluntarias y judiciales son inscribibles en el Registro Civil. Sin embargo, el artículo 83 de la referida norma considera la discapacidad y las medidas de apoyo como datos sometidos a publicidad restringida, lo que implica que solo la persona con discapacidad o quien ejerza la medida de apoyo podrá autorizar a terceras personas a acceder a tales datos. Esto provoca la dificultad de que la parte contratante —en este caso, la entidad bancaria— pueda conocer si se encuentra establecida alguna medida de apoyo relacionada con la discapacidad.
2. Falta de concreción en el sistema de ineficacia propio. Los artículos 1301 y siguientes del Código Civil se refieren a la anulabilidad de los actos llevados a cabo por las personas con discapacidad. Esta posibilidad puede crear cierta inseguridad jurídica en la parte contratante por falta de claridad en la redacción, tal y como se ha analizado con anterioridad.
3. Insuficiente regulación sobre las medidas de apoyo. La norma no dota a las medidas de apoyo de suficiente cuerpo normativo.

En definitiva, todas ellas son cuestiones que no aportan seguridad jurídica a las partes contratantes y que desincentivan la contratación con las personas con discapacidad.

²²⁷ Protocolo de actuación correspondiente a Laboral Kutxa de acuerdo a la conversación mantenida con la asesoría jurídica de Laboral Kutxa, en concreto con María Jesús Larrañaga Iribecampes, el 14 de noviembre de 2023.

2.2.3. REFORMULACIÓN DEL RÉGIMEN DE ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Tras exponer las diferentes interpretaciones a las que da lugar el régimen de anulabilidad en la contratación con personas con discapacidad y la reciente norma aragonesa sobre la materia, así como los diferentes escenarios en los que puede encontrarse una persona con discapacidad al afianzar, se procederá a realizar una reformulación del régimen de anulabilidad. Siempre que haya una medida de apoyo y la persona con discapacidad no haga uso de ella, no se aplicará el artículo 1302.3 del Código Civil. El hecho de que la persona con discapacidad esté desprovista de una medida de apoyo por sí solo nada dice de cara a la ineficacia del negocio o acto en cuestión, ya que junto a ese requisito será necesario que concurra otro más: la insuficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica. El sistema no se puede basar en la anulabilidad de la fianza por carecer de medidas de apoyo, porque precisamente lo que pivota en torno al actual régimen es la voluntad de la persona con discapacidad (para adoptar una medida, para rechazar la misma, etc.). Constituiría un auténtico contrasentido afirmar que en la Ley 8/2021 impera la voluntad y que la anulabilidad procede por el solo hecho de no emplear las medidas de apoyo. Por consiguiente, lo verdaderamente importante es atender a la concurrencia de dos requisitos: que la persona actúe sin la medida de apoyo y que el sujeto carezca de la suficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica²²⁸. Así, parece oportuno que el artículo 1302.3 del Código Civil se refiera, al igual que la normativa aragonesa, a la insuficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. Asimismo, también parece pertinente que el artículo 1302.3 del Código Civil distinga entre la anulabilidad de los contratos realizados sin las medidas de apoyo voluntarias y la anulabilidad de los contratos realizados sin las medidas de apoyo judiciales. De este modo se crea un sistema sencillo, eficiente y práctico.

El régimen de anulabilidad basado en los contratos realizados por personas con discapacidad se basa en la ventaja injusta obtenida por la contraparte cuando la legitimación es otorgada al prestador del apoyo. No parece lugar para tal requisito. Lo conveniente sería incluir el mismo como causa de rescisión del contrato debido a la propia naturaleza de la figura (provoca un perjuicio económico

²²⁸ Como indica DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, pp. 91 y ss., se trata de una «actuación de una persona que no pueda conformar adecuadamente su voluntad y carece de medidas de apoyo».

en una de las partes). La ventaja injusta no guarda relación con el sentido de la anulabilidad —si el mismo se contemplara como un vicio del consentimiento, sería necesario que se produjera un cambio en el listado y concepción de los vicios del consentimiento—.

En cuanto a la posibilidad de que la persona contratara sin la medida de apoyo porque la hubiera rechazado, esta es una opción que debiera contemplarse y regularse adecuadamente —aunque no resulta sencilla—. Para atender a este supuesto sería necesario remitirse al apartado anterior, en el que se ha analizado la cuestión.

Conviene pensar en la necesidad de que el artículo 1302.3 del Código Civil sea modificado y reescrito de la siguiente manera:

«Los contratos celebrados por personas con discapacidad podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen, cuando estando provistas de medidas de apoyo voluntarias para el ejercicio de su capacidad jurídica, no cuenten con dichas medidas y carezcan de la suficiente aptitud para ejercitar su capacidad jurídica. Asimismo, será anulable el acto realizado por la persona con discapacidad sin la intervención de la medida de apoyo judicial. La contraparte podrá oponerse a la anulabilidad cuando probara que la persona con discapacidad tenía aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica en ese acto concreto»²²⁹.

También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.

Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este último caso, el contratante podrá demostrar su buena fe cuando no conociera ni debiera conocer las circunstancias en que se funda la acción de anulabilidad»²³⁰.

En resumen, son dos los requisitos del régimen de anulabilidad de los contratos concertados por personas con discapacidad: que falte la medida de apoyo que ha sido provista para tal circunstancia y que la persona carezca de la suficiente aptitud para el ejercicio de

²²⁹ Idea que es compartida por DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, p. 95, cuando señala que «si quiere mantener la validez del contrato, especialmente frente a reclamaciones caprichosas podría demostrar que el sujeto al contratar formó adecuadamente su voluntad para evitar la impugnación, no pudiendo considerarse automática por la simple presentación de la falta de apoyo».

²³⁰ Distinta reformulación es planteada por GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO: «[l]as personas con discapacidad también podrán anular, con el apoyo que precisen los contratos que celebren por sí solas o con alguna medida de apoyo cuando el otro contratante se hubiera aprovechado de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta», 2022, p. 660.

su capacidad jurídica. Se distingue así entre la anulabilidad de las medidas de apoyo voluntarias y la anulabilidad de las medidas de apoyo judiciales. En el primero caso, tendrá que probarse la insuficiencia de la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica y la falta de la medida de apoyo voluntaria y, en el segundo caso, tendrá que probarse la falta de la medida de apoyo judicial —la insuficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica se presume al establecerse la medida de apoyo por la autoridad judicial—. Esto hace necesario que se conceptúe la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica como aquella que por «por sí sola puede comprender el significado y los efectos de un acto concreto en el contexto en que se produce y, en consecuencia, determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella»²³¹. De esta forma, no toda persona con discapacidad podría ser objeto de dicha anulabilidad, sino solo aquella que cumpliera con los requisitos descritos. Si la persona con discapacidad tiene una medida de apoyo y falta la misma en la contratación, la anulabilidad procederá siempre que la persona carezca de la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica. Sin embargo, si la persona no tiene establecida ninguna medida de apoyo, pero en el acto en cuestión carece de la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica, la nulidad a la que da lugar el artículo 1261 del Código Civil sería de plena aplicación²³².

De este modo, la reformulación expuesta distingue, al igual que la norma aragonesa, entre las medidas voluntarias —en las que deberá probarse que la persona no tiene la suficiente aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica y falta la medida de apoyo— y las medidas judiciales —en las que solo se probará la falta de medidas de apoyo, ya que la falta de aptitud se habrá probado antes judicialmente—.

Ante la posibilidad de que el contratante demuestre su buena fe para que la anulabilidad no opere, nos encontramos ante una disyuntiva: que el contratante pueda demostrar su buena fe siempre, que el contratante no pueda demostrar su buena fe nunca o que la buena fe solo se pueda demostrar en algún caso. Cuando se trata de la contratación con personas con discapacidad, son tres los intereses que se deben tutelar: la autonomía de la persona con discapacidad, su tutela jurídica y la confianza de terceros²³³. En el primer

²³¹ Empleando como base el artículo 40 de la ley aragonesa 3/2024.

²³² A esa nulidad absoluta se refiere el Alto Tribunal cuando no concurren en el negocio jurídico los requisitos establecidos en el artículo 1261 del Código Civil, entre otras, la STS 458/2007, de 9 de mayo. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos (ECLI:ES:TS:2007:3608), así como VAQUERO PINTO, 2021, pp. 1694 y ss., y ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 995.

²³³ GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, 2022, p. 646.

supuesto prevalecería la confianza de terceros²³⁴, en el segundo contexto predominaría la tutela jurídica de la persona con discapacidad y, en el último, se conjugarían ambos intereses. Una opción intermedia es por la que se opta en el artículo 1302.3 del Código Civil al separar la legitimación de la persona con discapacidad y sus herederos de la legitimación de la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. Así, los segundos podrán ejercer la anulabilidad siempre que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo. La opción idónea no es otra que separar la legitimación de la persona con discapacidad y sus herederos de la legitimación de la persona a la que le hubiere correspondido prestar el apoyo (de la misma manera que lo hace el Código Civil), siendo en esta última donde el contratante puede demostrar su buena fe: que no conocía ni debía conocer que la persona carecía de la suficiente aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica, ni la necesidad de la medida de apoyo (dependiendo del supuesto en el que nos situemos: ante una medida de apoyo voluntaria o ante una medida de apoyo judicial). De no ser así, si el sistema optara porque la contraparte pudiera demostrar su buena fe siempre, muchos supuestos quedarían faltos de protección al no proceder la anulación del artículo 1302.3 del Código Civil — y los contratos resultarían válidos—. Podría optarse por la misma redacción de la ley aragonesa 3/2024: «[e]l otro contratante podrá oponerse a la acción de anulabilidad probando que no conocía, ni razonablemente podía conocer, las causas en que se funda la acción de anulabilidad» (art. 45-3). Esto es, que no conocía ni debía conocer que la contraparte necesitaba una medida de apoyo, así como que careciera de la suficiente aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica si con una mínima diligencia no fuera posible apreciar dichos extremos.

En suma, la validez de la fianza estaría sujeta a los elementos esenciales determinados en el artículo 1261 del Código Civil y, en especial, al consentimiento que pueda otorgar la persona con discapacidad. Para ello, resultará necesario atender a la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona y, si careciera de la suficiente aptitud, determinaría el uso de medidas de apoyo. La fianza sería anulable por aplicación de los artículos 1301 y 1302 del Código Civil cuando concurriera, junto a la falta de medidas de apoyo, la insuficiente aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica.

²³⁴ La norma aragonesa parece que propugna tal solución cuando dice que «[e]l otro contratante podrá oponerse a la acción de anulabilidad probando que no conocía, ni razonablemente podía conocer, las causas en que se funda la acción de anulabilidad» (art. 45-3).

IV. CONCLUSIONES

- I. La negación de la capacidad para obligarse y, por ende, para constituir fianza de las personas con discapacidad proviene de mucho tiempo atrás, si bien hoy en día no existe precepto que aluda a su capacidad para contratar. Ya en el Derecho romano, los locos o enfermos mentales, los sordos y los mudos no podían obligarse y eran sometidos a curatela. La razón de dicha idea residía en concebir a aquellas personas como seres que no entendían lo que hacían, carentes de voluntad. Por tanto, la base sobre la que se instituye el sistema actual no parece distar demasiado del empleado a lo largo de la historia; para que la persona pueda quedar obligada o, en este caso, ser fiadora, es necesario que pueda formar su voluntad de manera adecuada.
- II. En la actualidad, las personas con discapacidad, en general, no encuentran limitaciones en su capacidad para obligarse de acuerdo con el artículo 1263 del Código Civil, y tampoco encuentran limitaciones para constituirse en fiadores, pero ello no implica que toda persona con discapacidad pueda quedar obligada. Actualmente, la persona con discapacidad, para contratar la fianza, tendrá que emitir su consentimiento, entendido este como la manifestación de la voluntad que no solo aglutina y debe atender a la capacidad de entender y querer del sujeto, sino también, y de forma conjunta, a la facultad para expresar su voluntad. Por lo tanto, para que el consentimiento sea válido es necesario que la voluntad se haya formado de manera adecuada. En caso contrario, si se carece de alguno de estos elementos, se requerirán medidas de apoyo en la contratación para emitir un válido consentimiento.
- III. En la práctica, se ha podido observar el escaso uso que realizan las personas con discapacidad de la figura de la fianza. Los factores que inciden pueden ser variados: no ha resultado necesario, no han «superado» los mecanismos internos de control elaborados por las entidades bancarias cuando estas intervienen en la contratación o, sencillamente, se trata de un negocio jurídico prescindible, ya que se encuentran más preocupados por otras cuestiones esenciales de su día a día.
- IV. Un único precepto del Código Civil se refiere a la fianza concertada por personas con discapacidad, el artículo

287.8°, que alude a la necesidad de autorización judicial para prestar fianza en los casos en que el curador ejerza funciones de representación. La fianza se menciona en este apartado al no ser posible atender a la voluntad de la persona con discapacidad y por el perjuicio que pudiera generarle que el curador constituyera una fianza en su nombre.

- V. El fundamento que sustenta el régimen de anulabilidad actual y el pretérito acerca de los contratos celebrados por persona con discapacidad son semejantes: la falta de intervención de la institución de protección. Los contratos celebrados por incapaces devenían anulables —incapacitados por concurrir en ellos los requisitos del artículo 200 del Código Civil, a los que se establecía una institución de protección— y los contratos celebrados por las personas con discapacidad devienen anulables —por no concurrir la medida de apoyo que se establece para una persona que no puede formar adecuadamente su voluntad—. Sin embargo, el nuevo elemento que diferencia ambos sistemas de ineficacia no es otro que la voluntad de la persona con discapacidad a la que hay que atender, elemento que provoca que la persona pueda contratar, aun teniendo medidas de apoyo, si es capaz de emitir un consentimiento válido para el acto concreto. En otras palabras, si puede conformar de forma adecuada su voluntad por tener no solo la necesaria capacidad de entender, sino también la facultad para expresar su voluntad. Si no se entiende así el cambio producido en el que impera la voluntad de la persona cuando sea posible, nada habría cambiado respecto al sistema anterior. Se trataría, en definitiva, de una mera adaptación terminológica que produciría idénticos efectos. Sin embargo, no es el único elemento discordante con el sistema anterior, también se posibilita que la contraparte en la contratación pueda demostrar su buena fe para que la ineficacia no opere, cuestión que antes no estaba prevista. La nueva regulación crea un sistema de protección que defiende la autonomía de las personas con discapacidad y que, a su vez, inspira confianza en terceros cuando contraten con personas con discapacidad.
- VI. El sistema de ineficacia ligado a la fianza concertada por una persona con discapacidad sin suficiente aptitud

para el ejercicio de la capacidad jurídica dará lugar a la anulabilidad del artículo 1302 del Código Civil cuando no concurra la medida de apoyo establecida, voluntaria o judicial, o a la nulidad del artículo 1261 del Código Civil si la persona no tiene establecida ninguna medida de apoyo.

- VII. En aras de una técnica legislativa más eficiente, resultaría conveniente la modificación del artículo 1302 del Código Civil, reformulando su contenido y contribuyendo a una mayor seguridad jurídica. De esta manera, las entidades bancarias, por ejemplo, no tendrían que acudir al establecimiento de protocolos internos en la contratación con personas con discapacidad cuando se establece una fianza. Además, también sería menester, entre otras cuestiones, que la norma determinara si la persona con discapacidad puede rechazar la medida de apoyo, la manera en que la misma ha de llevarse a cabo, desde cuándo se entiende empleada la medida de apoyo voluntaria, etc. De igual modo, convendría definir la discapacidad, como propone la ley aragonesa, e incluir y definir el concepto «aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica».

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Artículos 263 al 267», en *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Cizur Menor, 2021, pp. 492-498.
- «El artículo 1263 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Cizur Menor, 2021, pp. 988-996.
- «El artículo 1301 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Cizur Menor, 2021, pp. 1005-1010.
- «El artículo 1302 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Cizur Menor, 2021, pp. 1011-1021.
- «Límite a la restitución debida por persona con discapacidad (antes de la reforma), tras la nulidad contractual», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2023, núm. 123, pp. 221-230.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad», en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio notarial de Madrid*, 2021, núm. 100, pp. 6-82.

- BARCELÓ COMPTE, Rosa: *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Madrid, 2019.
- BARREIRO MORALES, María Elisabet: *Mujer y Derecho en la Antigua Roma: Tutela mulierum*, Barcelona, 2023.
- BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación con los Derechos civiles territoriales», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Madrid, 2021, pp. 145-167.
- BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho romano. Curso de Derecho privado romano*, Caracas, 2006.
- BERNAD SEGARRA, Lucía: «Poder y Derecho: el senadoconsulto Velejano», en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* (dir. por J. GARCÍA SÁNCHEZ), Tomo I, Madrid, 2021, pp. 561-582.
- BERROCAL LANZAROT, Ana: «El régimen jurídico de la curatela representativa como institución judicial de apoyo de las personas con discapacidad», *Actualidad Jurídico Iberoamericana*, 2022, núm. 17, pp. 426-497.
- BUIGUES OLIVER, Gabriel: *La posición jurídica de la mujer en Roma. Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer*, Madrid, 2014.
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra: *El Derecho civil inclusivo: el nuevo modelo de discapacidad por enfermedad mental*, Madrid, 2022.
- CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel J.: *Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I*, Cizur Menor, 2017, 4.^a ed.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992.
- «Riesgos y estrategias en la nueva contratación con discapacitados, guardadores y curadores», Gómez-Acebo & Pombo, junio de 2021, disponible en: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/06/Riesgos_estrategias_contractuales.pdf.
- «Contratación por discapacitados con y sin apoyos», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Cizur Menor, 2022, pp. 239-275.
- «Contratación por discapacitados con y sin apoyos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, núm. 42, pp. 196-233.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago: *Discapacidad y Derecho romano: condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*, Madrid, 2019.
- CASTRILLO CASADO, Janire: «Mujeres, negocio y mercaduría a finales de la Edad Media: algunos apuntes sobre el País Vasco», *Edad Media: Revista de Historia*, 2021, núm. 22, pp. 285-315.
- CASTRO TRAPOTE, Jorge: «La mayoría de edad como presunción *iuris tantum* de capacidad en los códigos civiles y canónicos», *Ius canonicum*, 2018, núm. 16, pp. 539-580.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena: «Capítulo XXIV. La función notarial como apoyo institucional: el ejercicio de derechos con apoyo y juicio de discernimiento en el ámbito notarial», en *La reforma de la discapacidad* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), Vol. II, Madrid, 2022, pp. 19-55.
- COLMENAR MALLÉN, María del Carmen: «Ciertos aspectos de la incapacidad en derecho romano, derechos actuales en España y regulación en algunos países

- de nuestro entorno», en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* (dir. por J. GARCÍA SÁNCHEZ), Tomo II, Madrid, 2021, pp. 447-484.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Capacidad negocial de las personas con discapacidad intelectual», en *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual* (dir. por R. M. MORENO FLÓREZ), Madrid, 2022, pp. 89-98.
- DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso: «La potestad marital», *Anuario de Derecho civil*, 1948, núm. 1, pp. 13-45.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y LÓPEZ DÍAZ, Patricia, «La ventaja injusta y su incardinación en el Derecho chileno de contratos», *Revista Chilena de Derecho*, 2023, núm. 3, pp. 29-59.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Capítulo 15. Ineficacia e invalidez de los contratos», en *Teoría general de la obligación y el contrato* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ), Madrid, 2023, 6.^a ed., pp. 501-535.
- «Capítulo 10. Requisitos del contrato», en *Teoría general de la obligación y el contrato* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ), Madrid, 2023, 6.^a ed., pp. 353-388.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «La opción por la nulidad o la anulabilidad en la protección del incapaz natural y de los que con él contratan», *Estudio sobre invalidez e ineficacia*, 2006, núm. 2, pp. 1-21.
- «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 780, pp. 2227-2268.
- «La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos», *Diario La Ley*, 2021, núm. 9841.
- «Artículos 256 al 262», en *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Cizur Menor, 2021, pp. 483-491.
- «El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 17, pp. 16-47.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar? », *Idibe*, 30 de septiembre de 2021, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>
- «Lección 12. Eficacia e ineficacia del contrato», en *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Valencia, 2023, 6.^a ed., pp. 243-264.
- «Prueba de la guarda de hecho», *Idibe*, 8 de febrero de 2024, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/prueba-la-guarda-hecho/>
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «IX. La fianza», en *Elementos de Derecho civil. II Derecho de obligaciones* (dir. por J.L. LACRUZ BERDEJO), Madrid, 2005, pp. 319-350.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato, Vol. I*, Cizur Menor, 2007, 6.^a ed.
- FENOY PICÓN, Nieves: *Dolo, ventaja injusta y rescisión por lesión en los contratos*, Madrid, 2023.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio: *Derecho romano*, Madrid, 2022.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Cizur Menor, 2021.
- GACTO FERNÁNDEZ, Enrique: «El marco jurídico de la familia castellana. Edad Moderna», *Historia. Instituciones. Documentos*, 1984, núm. 11, pp. 37-66.

- GALICIA AIZPURUA, Gorka: «El derecho de regreso del fiador *solvens*: régimen sustantivo y clasificación concursal», *Anuario de Derecho Civil*, 2023, núm. 1, pp. 7-74.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa: «Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M.M. HERAS HERNÁNDEZ), Valencia, 2022, pp. 341-386.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Artículo 250», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Cizur Menor, 2022, pp. 221-238.
- «Artículo 1263», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Cizur Menor, 2022, pp. 623-630.
- «Artículo 1301», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Cizur Menor, 2022, pp. 637-644.
- «La capacidad para contratar de las personas con discapacidad», en *Estudios de derecho de contratos* (dir. por A. M. MORALES MORENO), Madrid, 2022, pp. 333-358.
- «Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos», *Revista de Derecho Civil*, 2022, núm. 1, pp. 233-245.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y TORRES COSTAS, María Eugenia: «Artículo 249», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Cizur Menor, 2022, pp. 207-220.
- «Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, núm.1, 2022, pp. 279-334.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y VARELA CASTRO, Ignacio: «Artículo 1302» en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Cizur Menor, 2022, pp. 645-668.
- GARRIDO MELERO, Martín: «El juicio de capacidad notarial en los testamentos y en los otros negocios jurídicos», en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. por M. C. GETE-ALONSO y CALERA), Madrid, 2020, pp. 91-118.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: «Capítulo VII. La edad», en *Manual de Derecho civil. Introducción y derecho de la persona* (dir. por L. PUIG I FERRIOL, M. C. GETE-ALONSO y CALERA, J. GIL RODRÍGUEZ y J. J. HUALDE SÁNCHEZ) Madrid, 2001, 3.ª ed., pp. 158-171.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; KARRERA EGIALDE, Mikel Mari; DE MIGUEL HERNÁNDO, Diego: «El contrato de fianza», en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA), Vol. 9, Cizur Menor, 2014, pp. 285-374.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «El artículo 249 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Cizur Menor, 2021, pp. 512-526.

- «Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil Español» en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Cizur Menor, 2022, pp. 21-80.
- HIDALGO CEREZO, Alberto: «Discapacidad y ejercicio de los derechos patrimoniales», en *Sistema de apoyos para personas con discapacidad. Medidas jurídico-civiles y sociales* (dir. por M.B. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ), Madrid, 2021, pp. 57-94.
- IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho romano: historia e instituciones*. Barcelona, 2010.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: *El “aprovechamiento injustificado” como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la undue influence del Derecho inglés*, Valencia, 2022.
- JARUFE CONTRERAS, Daniela: «Nulidad y ventaja injusta en el derecho español, a propósito de la reforma del Código Civil en materia de capacidad», en *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos* (dir. por M. V. C MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO), Cizur Menor, 2022, pp. 457-468.
- KASER, Max (traducción SANTA CRUZ TEJEIRO, José): *Derecho romano privado*, Madrid, 1982.
- LALINDE ABADÍA, Jesús: «La recepción española del senado consulto Velleyano», *Anuario de historia del derecho español*, 1971, núm. 41.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Hacia la consecución del cambio de paradigma: el protagonismo de la voluntad de las personas con discapacidad en la adopción de las decisiones que les incumben», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2020, núm. 94, pp. 60-65.
- «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, 2022, núm. 1, pp. 257-293.
- «Contratación con personas de edad avanzada: un reto para la autonomía decisoria en el marco del envejecimiento», *Diario La Ley*, 2022, núm. 10063.
- LÓPEZ BARBA, Elena: *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*, Madrid, 2020.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «El apoyo notarial a la persona con discapacidad en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica», *El notario de siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2021, núm. 97, pp. 38-45.
- MARLASCA MARTÍNEZ, Olga: «La fianza: antecedentes históricos y Derecho actual», *Revista General de Derecho Romano*, 2013, núm. 20, pp. 1-26.
- MARTÍN BRICEÑO, María Rosario: «La persona con discapacidad y su capacidad contractual: conflicto de intereses e influencia indebida en su voluntad», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M. M. HERAS HERNÁNDEZ), Valencia, 2022, pp. 467-496.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «Capítulo 15. La edad», en *Derecho de la Persona* (coord. por P. DE PABLO CONTRERAS), Madrid, 2021, 7.^a ed., pp. 103-130.
- «La Observación General primera del Comité de Derechos de las personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?», en *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y L. B. PÉREZ GALLARDO), Chile, 2021, pp. 85-112.

- MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, María Lourdes: «De la *cura furiosi* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual», *Revista General de Derecho Romano*, 2005, núm. 4, pp. 775-825.
- «Tutela y curatela en Derecho romano», *Revista General de Derecho Romano*, 2020, núm. 35, pp. 1-9.
- MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos: «El facilitador: herramienta fundamental en la defensa de las personas con discapacidad», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2022, núm. 101, pp. 36-39.
- MEDINA SÁNCHEZ, Rosa: «Medidas de apoyo de carácter voluntario en las situaciones de discapacidad», en *Sistema de apoyos para personas con discapacidad. Medidas jurídico-civiles y sociales* (coord. por M. B. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ), Madrid, 2021, pp. 33-56.
- MORO ALMARAZ, María Jesús: «Capítulo XIV. Medidas voluntarias de apoyo», en *La reforma de la discapacidad* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), Vol. I, Madrid, 2022, pp. 371-418.
- MORO SERRANO, Antonio: «Las formas de garantía real en Roma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1989, núm. 592, pp. 715-738.
- MUNAR BERNAT, Pedro Antonio: «Artículo 287», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Cizur Menor, 2022, pp. 433-442.
- MUÑOZ GARCÍA, María José: «Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada en el Derecho Histórico Español. Especial referencia a las leyes 54 a 61 del ordenamiento de Toro y a su proyección», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 1989, núm. 7, pp. 433-456.
- *Las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada: 1505-1975*. MADRID, 1991.
- OLIVER SOLA, María Cruz: «La fianza. Estudio comparativo en Derecho romano, en el Código Civil español y en el Fuero Nuevo de Navarra», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 2002, núm. 19, pp. 95-134.
- ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, José María: «Tratamiento jurídico de la enfermedad en las Partidas», *Glosae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 1992, núm. 3, pp. 135-164.
- «Origen romano de la fianza en las Partidas», *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 1998, núm. 7, pp. 89-122.
- PALLARÉS NEILA, Javier: «El ejercicio de la nueva curatela», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M. M. HERAS HERNÁNDEZ), Valencia, 2022, pp. 257-280.
- PAÑOS PÉREZ, Alba: *Nuevo Paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica: apoyos voluntarios a las personas con discapacidad*, Madrid, 2022.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Capítulo 16. Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar», en *Derecho Privado. Derecho de la persona* (coord. por P. DE PABLO CONTRERAS), Madrid, 2008, 3.ª ed., pp. 135-176.
- «Capítulo XXXIII. Contratación y discapacidad: la reforma de la legislación para el apoyo a las personas con discapacidad», en *La reforma de la discapacidad* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), Vol. II, Madrid, 2022, pp. 325-355.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de ley», *Revista de Derecho Civil*, 2018, núm. 3, pp. 61-83.
- PÉREZ PÉREZ, Victoria Eugenia: «Capacidad de la mujer en Derecho privado romano», *Revista Clepsydra*, 2017, núm. 16, pp. 191-217.

- PETIT SÁNCHEZ, Milagros: «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», *Revista de Derecho Civil*, 2020, núm. 5, pp. 265-313.
- PRADOS GARCÍA, Celia: «Eficacia y validez de los contratos celebrados por personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 16, pp. 24-45.
- REYES LÓPEZ, María José: «Artículo 1823», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Volumen IV, Cizur Menor, 2016, 2.^a ed., pp. 1093-1096.
- «Fianza y aval a primer requerimiento», en *Derecho Civil II obligaciones y contratos* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Valencia, 2021, 5.^a ed., pp. 497-514.
 - «Artículo 1822», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tomo V, Valencia, 2023, pp. 8039-8044.
 - «Artículo 1828», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tomo V, Valencia, 2023, pp. 8075-8080.
 - «Artículo 1855», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tomo V, Valencia, 2023, pp. 8197-8198.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Ana M.: «La accesoriadad de las garantías en el Derecho romano. ¿Son las actuales garantías independientes figuras de nuevo cuño?», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2018, núm. 40, pp. 47-69.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad. De la incapacitación al apoyo», *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2021, núm. 19, pp. 23-55.
- SÁNCHEZ VICENTE, María Pilar: *La condición jurídica de la mujer a través de las partidas*, Oviedo, 1985.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «La «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad», en *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual* (dir. por R. M. MORENO FLÓREZ), Madrid, 2022, pp. 11-18.
- SERRANO YUSTE, Joaquín: «Capítulo XXIX. Apoyos judiciales y actuación notarial», en *La reforma de la discapacidad* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), Vol. II, Madrid, 2022, pp. 189-216.
- SORIA MOYA, Mónica: «La mujer en Roma: pasado y presente», en *Estudios sobre la mujer: política, derecho, comunicación, educación y violencia contra las mujeres* (dir. por R. ABRIL STOFFELS), Barcelona, 2021, pp. 125-141.
- TENA ARREGUI, Rodrigo: «El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2022, núm. 101, pp. 40-47.
- «La escritura notarial de apoyo a la persona con discapacidad y el régimen de la ineficacia contractual», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2023, núm. 109, pp. 74-79.
- VALLEJO PÉREZ, Gema: «Los derechos procesales de la mujer desde el derecho romano», en *El principio de igualdad desde un enfoque multidisciplinar, prevención y represión de la violencia de género* (coord. por I.C. IGLESIAS CANLE, J.A. GONZÁLEZ-ARES FERNÁNDEZ y M.V. ÁLVAREZ BUJÁN), Barcelona, 2016, 5.^a ed., pp. 13-37.
- VAQUERO PINTO, María José: «Artículos 1300 al 1314», en *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Cizur Menor: Aranzadi, 2021, 5.^a ed., pp. 1693-1714.

- VARELA CASTRO, Ignacio: «Artículos 1304 y 1314», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Cizur Menor, 2022, pp. 669-682.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Reformas en Derecho de obligaciones y contratos», en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Valencia, 2022, pp. 503-566.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «Artículo 1263», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tomo IV, Valencia, 2023, pp. 5770-5774.