



FACULTAD DE DERECHO

**PROTECCIÓN CIVIL DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO NOTARIAL**

Autor: Carola Krauel Rubio

5º E3 B

Derecho Civil

Tutor: José María Ruiz de Huidobro de Carlos

Madrid

Abril 2023

RESUMEN

La finalidad del presente trabajo es la exposición e investigación de la protección que proporciona el Ordenamiento Jurídico al colectivo de las personas con discapacidad como resultado de la adaptación legislativa operada por la Ley 8/2021, del 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.

Dado el nivel de afectación que ha sufrido la normativa española en materia notarial, se trata de profundizar en cómo pueden las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica en los negocios más habituales del tráfico jurídico, y en el apoyo que les proporcionará el Notario, desde el punto de vista de sus funciones de asesoramiento y autoridad, en cada uno de ellos.

Palabras clave: Persona con discapacidad, medidas de apoyo, medidas voluntarias de apoyo, guardador de hecho, curatela, defensor judicial, asesoramiento notarial, autoridad notarial.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to present and investigate the protection provided by the Spanish legal system to the group of people with disabilities, as a result of the legislative adaptation brought about by Law 8/2021, of 2 June, reforming civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity.

Given the level of impact that the Spanish legislation on notarial matters has undergone, the aim is to examine in depth how people with disabilities can exercise their legal capacity in the most common legal transactions, and the support that the notary will provide them with, from the point of view of his advisory and authoritative functions, in each of them.

Key words: Person with disability, support measures, voluntary support measures, de facto guardian, guardianship, legal ombudsman, notarial advice, notarial authority.

ÍNDICE

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	6
1. INTERÉS DEL TEMA.....	6
2. OBJETIVOS DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.....	7
3. METODOLOGÍA JURÍDICA.....	8
4. PLAN DE EXPOSICIÓN.....	9
CAPÍTULO II. MARCO GENERAL DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	11
1. GRADOS DE DISCAPACIDAD Y SUS NIVELES DE PROTECCIÓN..	11
2. SISTEMA DE MEDIDAS DE APOYO.....	12
2.1. Medidas voluntarias de apoyo	13
2.2. Guarda de hecho	14
2.3. Curatela	14
2.4. Defensor judicial	16
CAPÍTULO III. EL NOTARIADO A LOS FINES DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN	17
CAPÍTULO IV. LA FUNCIÓN NOTARIAL DE ASESORAMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD	21
1. EN LOS CASOS EN QUE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD VIENE A AUTORREGULAR SU PROPIA SITUACIÓN	22
1.1. Escritura de constitución de las medidas de apoyo	22
1.2. Poderes preventivos	24
1.3. Contrato de mandato	26
1.4. Auto curatela	27
2. EN LOS CASOS EN QUE LOS PROGENITORES DESEAN ESTABLECER DISPOSICIONES FAVORECEDORAS DEL DISCAPACITADO.	
2.1. Previsiones testamentarias	29

2.2. Patrimonio protegido	35
CAPÍTULO V. LA AUTORIZACIÓN POR EL NOTARIO DE DIVERSOS ACTOS JURÍDICOS A REALIZAR POR EL DISCAPACITADO.....	37
1. ACTOS DE TRASCENDENCIA PERSONAL.....	38
1.1. Sufragio.....	38
1.2. Otorgar testamento	40
1.3. Celebración de matrimonio y previo expediente matrimonial	43
2. ACTOS DE TRASCENDENCIA PATRIMONIAL.....	44
2.1. Enajenar y gravar bienes inmuebles; dar o tomar dinero a préstamo; afianzar. 45	
2.2. Aceptación y renuncia de herencia.....	47
2.3. Partición de herencia y extinción de condominio.....	48
CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES.....	53
BIBLIOGRAFÍA	56
1. LEGISLACIÓN.....	56
2. JURISPRUDENCIA.....	57
3. OBRAS DOCTRINALES.....	58
4. RECURSOS ELECTRÓNICOS	64

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art: Artículo.

CC: Código Civil.

CDPD: Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

CGN: Consejo General del Notariado.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado. (Ahora, DGSJFP: Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública)

JEC: Junta Electoral Central.

LAPDECJ: Ley 8/2021, del 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.

LN: Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

LOREG: Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

LPAPAPD: Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

LPPA: Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

LPPPD: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

MF: Ministerio Fiscal.

OJ: Ordenamiento Jurídico.

RD: Real Decreto.

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

TS: Tribunal Supremo.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1. INTERÉS DEL TEMA

El colectivo de las personas con discapacidad, que constituye una de las minorías más numerosas actualmente, ha permanecido a lo largo de la historia completamente apartado de la sociedad. Fruto de una mayor concienciación de la sociedad sobre la integración de las personas especialmente vulnerables, surge una intensa negociación conjunta entre los gobiernos de los diferentes estados, la sociedad civil y asociaciones de las personas con discapacidad, bajo el lema “Nada de la discapacidad sin la discapacidad”¹. El resultado de este largo proceso fue la aprobación de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Merece especial atención su artículo 12, “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, que reafirma que las personas con discapacidad tienen la capacidad jurídica de ser titular de derechos y obligaciones, y legitimación para ejercerlos.

Acorde con la Convención y, en especial, con su Art. 12, España obra la modificación de su anticuada normativa vigente con la intención de adecuarla al propósito de dicha Convención; “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente”².

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 (en adelante, LAPDECJ) supone una radical modificación de la concepción de la persona con discapacidad. El cumplimiento de esta norma excede de sustituir unas palabras -incapacitado, incapacitación, tutela, curatela- por otras como -persona que precisa apoyo, discapacitado-³, ya que extraído de las palabras de Castro-

¹ Comisión de Derechos Humanos, “Guía Notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: El Notario como apoyo institucional y autoridad pública”, *Unión Internacional del Notariado*. (disponible en:

<https://www.notariado.org/portal/documents/176535/264697/Gu%C3%ADa+de+buenas+pr%C3%A1cticas+para+personas+con+discapacidad+del+notariado+mundial.pdf/c7a36d45-b01c-f8f5-936e-6dc598ca2bfa?t=1580212779010>; última consulta: 11/04/2023)

² “La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, 13 de diciembre de 2006, Art.12.

³ Valls Xufre J.M. “La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (I). La Convención de Nueva York y su incumplimiento en España (*)” *Elderecho.com. Lefebvre* (disponible en <https://elderecho.com/la-abolicion-de-la-incapacitacion-el-notario-y-los-apoyos-a-la-discapacidad-i-la-convencion-de-nueva-york-y-su-incumplimiento-en-espana>; última consulta 3/02/2023)

Girona, “estamos ante un acontecimiento histórico que marca un antes y un después en materia de discapacidad”⁴.

En palabras de De Verda y Beamonte, se produce “...un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la capacidad de obrar: se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica”⁵

Definitivamente, esta Ley resulta de vital importancia en nuestro Ordenamiento Jurídico, pues permite el acceso a una verdadera participación en la sociedad, en cuanto supone el reconocimiento de que los discapacitados venían siendo tratados de una manera casi indigna, y el deseo de promover el respeto de su dignidad inherente⁶.

2. OBJETIVOS DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.

El presente trabajo persigue como principal finalidad analizar en profundidad la protección que nuestro OJ, y para mayor concreción, la función notarial, concede a las personas con discapacidad, en el contexto de la revolución jurídica operada por la entrada en vigor de la LAPDECJ⁷.

Asimismo, procura vislumbrar cómo en la práctica pueden las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica en los negocios más habituales del tráfico jurídico, y la forma de proceder en cada uno de ellos.

Para alcanzar este objetivo, se detallan una serie de subobjetivos:

1.- Comprender qué significa el concepto “persona con discapacidad” y el sistema de medidas de apoyo que propone la LAPDECJ para la protección del colectivo.

⁴ Castro-Girona Martínez, A. La Convención de los derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: El Notario “Ombudsman social”. *Aequitas Documentos. Fundación del Notariado* (disponible en: https://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=2823dc01-e493-48c0-95cc-56a8b4de0c7a&groupId=10228)

⁵ De Verda y Beamonte, J. R.: “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021 de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario la Ley*, núm. 10021, Sección Dossier, 3 de marzo de 2022.

⁶ Valls Xufré J.M. *Op. cit.*, s.p.

⁷ 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 (BOE 3 de junio de 2021)

2.- Concretar el papel que protagoniza el Notariado, en su doble condición de funcionario público y profesional del derecho, a los fines de la CDPD, y considerar la complejidad que acarrea la reforma en su práctica diaria.

3.- Analizar la función de asesoramiento que proporciona el Notario a la persona con discapacidad y a sus familiares para regular la discapacidad.

4.- Examinar la función de autoridad que cumple el Notario en la formalización de los negocios jurídicos, centrandó la atención en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la medida de apoyo aplicable al caso concreto.

3. METODOLOGÍA JURÍDICA.

Para alcanzar el propósito de conocer en profundidad la protección que nuestro OJ concede a las personas con discapacidad, en el ámbito notarial, la metodología jurídica podría calificarse como mixta, en cuanto, en alguna ocasión se ha recurrido a un análisis histórico, y a continuación, se ha llevado a cabo un análisis exegético positivo legalista, apoyado en una metodología conceptual normativista de conceptos generales del derecho de la persona.

En líneas generales se ha realizado un análisis histórico al comparar el tradicional sistema de protección de la discapacidad con el vigente, consecuencia de la revolución jurídica operada por la entrada en vigor de la LAPDECJ. Por otro lado, se ha revisado brevemente las medidas de protección que existían y como han sido reemplazadas por el nuevo sistema de medidas de apoyo. Es decir, se ha examinado cómo ha evolucionado la integración de las personas con discapacidad, abandonando la sustitución, y dando paso a la asistencia.

A continuación, se ha recurrido a una metodología mixta conformada por una revisión conceptual normativista, a la par que un análisis exegético positivo legalista:

Por un lado, se ha procedido a una revisión jurisprudencial y doctrinal que ha servido de punto de partida para comprender el tema en cuestión, caracterizado por su novedad y gran controversia. Dicho método ha guiado y facilitado la comprensión de las diferentes perspectivas, teóricas y prácticas, sostenidas por los diversos autores, y en concreto, notarios.

En último lugar, se ha empleado una metodología exegética positivo legalista, al analizarse varias normas de gran trascendencia en la materia en cuestión. Para mayor

concreción, a nivel nacional, se ha consultado el Código Civil, la LAPDECJ, La Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, y el Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. Asimismo, a nivel internacional, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

4. PLAN DE EXPOSICIÓN

Se ha considerado oportuno dividir el trabajo en seis capítulos: (I) Introducción, (II) Marco general de la protección de las personas con discapacidad, (III) El notariado a los fines del artículo 12 de la Convención, (IV) La Función notarial de asesoramiento para la protección de la persona con discapacidad, (V) La autorización notarial en los diversos actos jurídicos a realizar por el discapacitado, (VI) Conclusiones.

El primer capítulo “Introducción” reconoce el interés sobre la revolución jurídica integradora de la discapacidad, los objetivos que se persiguen y la metodología empleada.

El segundo capítulo, denominado “Marco general de la protección de las personas con discapacidad”, estudia brevemente el concepto de discapacidad introducido por la reforma de la Ley, así como sus diferentes grados, y los diferentes niveles de protección. Además, en él se examina cada una de las medidas de apoyo que integran el sistema que la nueva ley propone como sustituto al anticuado sistema de incapacitación.

En el tercer capítulo, titulado “El notariado a los fines del artículo 12 de la Convención” se expone la doble condición del Notario como profesional del Derecho y funcionario que ejerce la fe pública, con su consiguiente doble función de asesoramiento y autorización. Asimismo, se expone la complejidad práctica a la que queda sometido el notariado con la reforma de la Ley.

El cuarto capítulo “La función notarial de asesoramiento para la protección de la persona con discapacidad”, trata de explicar el asesoramiento que proporciona el Notario en su función de proveedor de apoyo institucional y asesoramiento a la persona con discapacidad, y a sus familiares, para la regulación de la discapacidad.

El quinto capítulo “La autorización por el notario de diversos actos jurídicos a realizar por el discapacitado”, expone los requisitos que debe comprobar el Notario en su función

de proveedor de autoridad y seguridad jurídica, en el otorgamiento de los más habituales negocios jurídicos con personas con discapacidad.

En el sexto capítulo se recogen las principales conclusiones de la investigación.

CAPÍTULO II. MARCO GENERAL DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

1. GRADOS DE DISCAPACIDAD Y SUS NIVELES DE PROTECCIÓN.

A grandes rasgos, el objetivo principal perseguido por la nueva Ley es “hacer un traje a medida” para cada discapacitado, pues no todas las personas requieren la misma técnica o grado de protección. De hecho, la CDPD, en uno de sus principios generales, concretamente dispuesto en su artículo 3 d), “el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana⁸”, vuelve a confirmar el derecho al apoyo en sus diferentes intensidades y formas de prestación.

Con el motivo de organizar el sistema general de protección jurídica que el OJ español dispensa a las personas con discapacidad, se examinará detenidamente la clasificación de la discapacidad confeccionada por el profesor Ruiz de Huidobro de Carlos, atendiendo a la naturaleza y/o grado de discapacidad que se tiene, asociándole a este su correspondiente nivel de protección⁹:

En primer lugar, la discapacidad en sentido amplísimo englobaría a todo individuo que, tal y como explica la CDPD, en su Art. 1.2, presente cualquier tipo de deficiencia, bien sea física, mental, intelectual o sensorial, que pueda impedir a dicha persona participar de manera plena, efectiva y en igualdad de condiciones que los demás, en la sociedad. Esto es, cualquier persona con discapacidad, por mínima que sea, será merecedora de medidas de protección para garantizar su intervención plena en la sociedad¹⁰.

En segundo lugar, la discapacidad en sentido amplio abarcaría a aquellas personas con una discapacidad psíquica igual o superior al 33% o física o sensorial igual o superior al 65%, así como a todas aquellas personas en situación de dependencia severa, y gran dependencia, esto es, generalizada y prolongada, en consonancia con el Art. 2.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y el Art. 26 de la Ley 39/2006,

⁸ “La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, 13 de diciembre de 2006, Artículo 3.

⁹ Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 259-262.

¹⁰ *Ibid.*, p. 261.

de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Dichos discapacitados serán sujetos de beneficios sociales, laborales, y fiscales, así como jurídico económicos como, por ejemplo, el patrimonio protegido¹¹.

En último lugar, la discapacidad en sentido estricto alude a la incapacidad cognitiva y volitiva de la persona, es decir, el defecto o insuficiencia de razonamiento y expresión de la voluntad de la persona, definido en los Art. 249 y 250 del CC. Son estas personas a las que el derecho asiste en su capacidad jurídica, mediante medidas de apoyo propias, para el ejercicio del Derecho con plena eficacia.

2. SISTEMA DE MEDIDAS DE APOYO.

Hasta la aprobación de la CDPD y LAPDECJ, el énfasis de la protección civil de las personas con discapacidad se ponía en la institución protectora, en lugar de en la institución asistencial. En la práctica diaria, el sistema de protección resultaba unilateral, desproporcionado y desequilibrado; en cuanto, se limitaba la capacidad de obrar, tendiendo a la sobreprotección sin atender a otras circunstancias personales, además de desentendiéndolas, y de manera irrespetuosa con su autonomía y menoscabadora de su dignidad¹².

Tal y como indica Castro-Girona Martínez, “para tener capacidad jurídica en condiciones de igualdad es necesario que las personas con discapacidad no solo sean titulares de derechos y obligaciones, sino que se articulen mecanismos que permitan su ejercicio y que se reconozca la validez y eficacia de los derechos ejercitados y de los actos otorgados en igualdad de condiciones que los demás”¹³

La nueva regulación establece un sistema de medidas de apoyo a la persona con discapacidad, cuya función residirá en apoyar, y no en suplir, a la persona con discapacidad, para que, respetando su voluntad, deseos y preferencias, ejerza plena, eficaz, y en igualdad de condiciones su capacidad jurídica.

¹¹ *Id.*

¹² *Ibid.*, p. 263.

¹³ Castro-Girona Martínez, A., “El notario, autoridad y apoyo institucional en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad” *El Notario del S.XXI, N° 102, 2022* (disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-102/academia-matritense-del-notariado/11301-el-notario-autoridad-y-apoyo-institucional-en-el-ejercicio-de-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad>)

Nuestro Código Civil, en los artículos contenidos entre el 254 y 298, regula dichas medidas de apoyo: medidas voluntarias de apoyo, guarda de hecho, curatela y defensa judicial, ordenadas por el orden de preferencia que preside la reforma.

2.1. Medidas voluntarias de apoyo

En primer lugar, para proteger al discapacitado, se dará preferencia a las medidas voluntarias de apoyo, que él mismo hubiera podido ordenar. Estas son definidas por el CC, en su Art. 250, como “las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance”.

Son previstas por la referida persona con discapacidad actual o en previsión de ser discapacitada, para el supuesto de futuras dificultades en el desenvolvimiento jurídico en igualdad de condiciones que los demás, con el objetivo de evitar, al menos en un principio, su sustitución. Se trata, en termino amplísimo, de configurar un “traje a medida”, para cuya configuración la figura del Notario en la nueva ley, debe prestar su asesoramiento y colaboración.

La medida voluntaria por excelencia es la escritura de constitución de medidas de apoyo, consistente en prever o acordar el régimen de las medidas de protección de su persona y/o de sus bienes, en un documento otorgado por la persona discapacitada. Otra medida de apoyo de extraordinaria utilidad es la escritura de apoderamiento, que, otorgado unilateralmente y dirigido a terceros, precisará con claridad los actos que el apoderado puede realizar válidamente en nombre del poderdante.

Asimismo, puede bilateralmente otorgarse una escritura, compareciendo también la persona o personas que van a prestar el citado apoyo, comprometiéndose a cumplir con las instrucciones establecidas por el discapacitado, presentando en este caso, dicho documento la naturaleza de un contrato de mandato. En todo caso, se trata de documentos que desplegaran sus efectos en el ámbito interno de las relaciones entre el discapacitado y el que presta apoyo al mismo, cuyo incumplimiento generara la posibilidad de exigir responsabilidad, pero que no pueden, en las gestiones diarias, desplegar sus efectos frente a terceros (ámbito externo), so pena de restar utilidad al poder, ya que podría ser objeto de cuestionamiento cada trámite a realizar por el apoderado.

Por último, como última medida voluntaria de apoyo, cabe mencionar la auto curatela, en la que la persona que prevé incurrir en situación de discapacidad designa, en

testamento o documento público notarial, uno o varios curadores y da instrucciones de cómo desea que se organicen y administren los asuntos relativos a su persona y bienes.

2.2. Guarda de hecho

En segundo lugar, se contempla la guarda de hecho, como medida de apoyo informal, en cuanto no existe título habilitante, y subsidiaria, dado que su existencia quedará supeditada a la inexistencia de otras medidas de apoyo voluntarias o judiciales, o bien su ineficiencia, siendo válida en este segundo caso la coexistencia, tal y como establece el artículo 263 CC.

Dicha figura aparece en nuestro ordenamiento jurídico hace ya muchos años, reconociendo la existencia, en la práctica, de familiares que se ocupaban de personas necesitadas de protección, las cuales no habían sido nunca incapacitadas judicialmente por no haber realizado ningún acto de trascendencia patrimonial que les hubiera hecho necesario este trámite. En sus gestiones diarias quedaban asistidas, viendo solventadas sus necesidades, con la actuación del guardador de hecho, usualmente, algún familiar que conviviera con ella. Era una institución muy extendida en la esfera de familias estructuradas, donde estando la persona con discapacidad adecuadamente asistida y apoyada en el ejercicio de su capacidad jurídica por su círculo familiar, no solía recurrirse a la incapacitación judicial¹⁴.

Al hilo de la nueva regulación deja de mirarse con recelo, y es una figura que se potencia, pasando de ser la cenicienta, a la princesa de las medidas de apoyo¹⁵.

2.3. Curatela

En tercer lugar, se activa la última ratio del sistema, la curatela, como principal medida formal de apoyo judicial en defecto de las anteriores, es decir, se contempla

¹⁴ Moreno Flores, R. M. (2022). Problemáticas jurídicas de las personas con discapacidad intelectual Dykinson.

¹⁵ López San Luis, R. “Guarda de hecho vs guarda de derecho tras 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”, Dykinson, Madrid, 2022, p.139.

cuando no exista otra medida de apoyo suficiente como alternativa o por requerirse apoyo continuado¹⁶.

Así, en la institución de la curatela actual, tenemos la ocasión de estudiar dos tipos de curatela:

- La curatela asistencial: En el ámbito en el que sea preciso, el curador asiste a la persona que precisa de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Dicha provisión de apoyos deberá ser proporcional a las necesidades de la persona con discapacidad, respetuosa con su voluntad, deseos y preferencias y orientada hacia su máxima autonomía posible.

- La curatela representativa: El curador, cuando resulte indispensable por las coyunturas de la persona con discapacidad, no sólo asistirá, sino representará al discapacitado en cuestión. En estos casos excepcionales, la representación residirá en decidir, en nombre del discapacitado, lo que éste querría si pudiera manifestarlo, es decir, tratando de deducir, conforme a su trayectoria vital, creencias y valores, su voluntad; y no en una simple sustitución en la toma de sus decisiones¹⁷. Esta idea aparece plasmada en el Art. 249 CC.

Por todo lo expuesto, a mi juicio, se cambia el criterio sistemático, de manera que antes la tutela y curatela se definían por la función: la antigua curatela, equivaldría a la actual curatela asistencial, mientras que la antigua tutela, equivaldría a la actual curatela representativa; y en la actualidad se distinguen ambas medidas de apoyo por la persona protegida: En el caso de la curatela, la persona con discapacidad que precisa medida de apoyo formal, ya sea asistencial o representativo, y en el caso de la tutela, los menores de edad.

¹⁶ Núñez, M. N., Vicente, M. P., & Hernández, M. D. M. H. (2022). El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio (Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales) (1.a ed.). Tirant Lo Blanch.

¹⁷ García Rubio, M.P., “El proyecto de reforma del Código Civil «consagra el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales y la prevalencia de su voluntad, deseos y preferencias»”, *Liber. Asociación de entidades de apoyo a la toma de decisiones*. (disponible en <https://www.asociacionliber.org/desde-la-tribuna-maria-paz-garcia-rubio-reforma-codigo-civil/>; última consulta 3/02/2023)

2.4. Defensor judicial

En último lugar, se considera la defensa judicial, como medida formal subsidiaria, ocasional, pese a ser bastante recurrente, para la defensa de los intereses de una persona que precisa apoyo¹⁸.

Dicha institución, con motivo de una solicitud formulada por el Ministerio Fiscal, la misma persona con discapacidad o cualquier otra persona que actúe en interés de éste, será designada por la autoridad judicial en caso de los supuestos que enumera el Art. 295 del CC: imposibilidad de la persona designada para ejercer las medidas de apoyo en cuestión, aparición de una situación de colisión de intereses, excusa del curador, provisión de medidas judiciales de apoyo al discapacitado hasta la resolución judicial, y en los casos en que el discapacitado requiera un apoyo concreto, es decir, ocasional¹⁹.

¹⁸ Cabello de Alba Jurado, F., “Aspectos notariales de la reforma del Código Civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, Academia Sevillana del Notariado, *Conferencias de los cursos académicos 2020-2021/2021-2022*. Academia Sevillana del Notariado, Sevilla pp. 80-142.

¹⁹ Tomaselli Rojas, A.L., “Cambio del paradigma de la guarda de hecho. La autoridad competente para el nombramiento del defensor judicial en la provisión de medidas de apoyo”, *Elderecho.com. Lefebvre* (disponible en: <https://elderecho.com/defensor-judicial-nombramiento-medidas-apoyo>; última consulta 3/02/2023)

CAPÍTULO III. EL NOTARIADO A LOS FINES DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION

La LN, en su Art. primero, reconoce al Notario como “funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”²⁰. Asimismo, el RN, en su respectivo Art. Primero, se refiere al Notariado como “a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho”²¹. De ambas definiciones se deduce que la figura del Notario imprime este doble carácter.

La doble condición del notariado es de gran trascendencia, en cuanto delimita sus dos grandes funciones: Como funcionarios públicos tienen la competencia de ejercer la fe pública notarial, que se traduce en la exactitud de lo que perciben y la autenticidad de las declaraciones de voluntad. Y, como profesionales del Derecho persiguen la misión de constituir institución de información, asesoramiento, protección y apoyo, para quien reclama su ministerio con el objetivo de alcanzar el fin más adecuado a sus circunstancias e intereses²².

En el contexto de la profunda reforma, Martínez Sanchiz declara “nos obliga a abordar una nueva situación. Los notarios nos encontramos con una responsabilidad altísima ya que debemos ofrecer soluciones e introducir medidas de salvaguarda”²³. Por su parte, de Lorenzo, dice “nos dota de herramientas para incrementar la dignidad humana del sector a través del desarrollo de una plena capacidad jurídica”²⁴

En las palabras del notario, y secretario de la ONCE, se vislumbra la doble misión de la profesión, así como la compleja, pero a la vez entusiasta, tarea que va a suponer el desarrollo de la misma, a la luz de la reforma.

²⁰ Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado. Artículo 1.

²¹ Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. Artículo 1.

²² *Id.*

²³ Martínez Sanchiz, J.A., “La Ley 8/2021 es un referente mundial en materia de discapacidad”, *El Notariado informa* (disponible en: [²⁴ *Id.*](https://www.notariado.org/portal/-/la-ley-8/2021-es-un-referente-mundial-en-materia-de-discapacidad-?redirect=%2Fportal%2Finicio%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_oWHL0EZI7IGE%26p_p_lifecycle%3D2%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_resource_id%3DgetRSS%26p_p_cacheability%3DcacheLevelPage; última consulta: 23/03/2023)</p></div><div data-bbox=)

Tras la aprobación de la LAPDECJ, si el Notario ya venía ofreciendo su apoyo institucional a cualquier ciudadano -en cuanto eje en el que descansa el sistema público español de la seguridad jurídica preventiva²⁵-, más aún debe hacerlo para apoyar la autonomía de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás²⁶. La Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, da una serie de instrucciones y guías para orientar al Notario ante estas nuevas situaciones.

Comenzando por recibirla y hablar con ella, utilizando los apoyos instrumentales y ajustes razonables precisos, el Notario procurará que la persona con discapacidad exprese su voluntad, deseos y preferencias. Posteriormente, destinará sus esfuerzos a indagar y diseñar un plan concreto, personalizado e imparcial para la persona con discapacidad, atendiendo pormenorizadamente a su situación²⁷. Para su diseño debe acercarse a la persona con discapacidad con afecto, sin diferencias, y ofreciendo su tiempo y su escucha²⁸. Al respecto, se enuncia en los Art. 25 de la LN, y 147 del RN, la forma de proceder para el Notario en el asesoramiento.

Una vez diseñado, ejercerá su condición de autoridad, destinado a velar porque el ejercicio de los derechos sea en igualdad de condiciones con los demás²⁹. En los Art. 156, 167 y 193 del RN se pone de manifiesto la función del Notario como autoridad. Como funcionario que ejerce la fe pública notarial, deberá comprobar jurídicamente en el momento de prestar consentimiento la adecuación del apoyo, así como la suficiente aptitud para otorgar el negocio jurídico, emitiendo el correspondiente juicio de capacidad, comprensión o discernimiento. Esta comprobación es la que confiere seguridad jurídica

²⁵ Belloch Julbe, J.A., “La seguridad jurídica preventiva. Su Valor actual” *El Notario del S.XXI*, N°19, 2008 (disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-19/2007-la-seguridad-juridica-preventiva-su-valor-actual-0-8310023116236575>)

²⁶ Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

²⁷ Castro-Girona Martínez, A., “La reforma civil de la Ley 8/2021: el paradigma de los apoyos y el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad”, *Hay Derecho Blog* (disponible en: <https://www.hayderecho.com/2021/06/29/la-reforma-civil-de-la-ley-8-2021-el-paradigma-de-los-apoyos-y-el-ejercicio-de-derechos-en-condiciones-de-igualdad/>; última consulta: 11/03/2023)

²⁸ Peinado Ruano, J., “La función asesora y equilibradora del Notario” *El Notario del S.XXI*, N° 9, 2006 (disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-9/2754-la-funcion-asesora-y-equilibradora-del-notario-0-3980045657586349>)

²⁹ Castro-Girona Martínez, A *Op. cit.*, s.p.

al acto concreto y permite a la persona con discapacidad ejercitar sus derechos en igualdad con las correspondientes salvaguardias que eviten abusos, conflictos de intereses o indebidas influencias³⁰.

Expuesta la dimensión teórica de la reforma que prioriza claramente la dignidad de la persona con discapacidad, merece analizar la parte práctica de la misma donde los valores de protección y seguridad devienen más complicados.

La situación anterior a la reforma menoscababa a todas luces el componente de dignidad de la persona al concurrir múltiples procedimientos de sustitución, lo que a su vez simplificaba enormemente el cometido del Notario a la hora de enjuiciar la capacidad del participante, pues si en el momento del otorgamiento al Notario le surgían dudas, negaba la autorización y con ello quedaba garantizada la seguridad jurídica ³¹.

Ahora bien, con la entrada en vigor de la nueva Ley, se reconoce a la persona con discapacidad, no solo la titularidad de derechos sino el ejercicio de estos. Así, en la búsqueda de un equilibrio en la ecuación de dignidad, protección y seguridad jurídica, la actuación del notario se complica notablemente y su responsabilidad aumenta exponencialmente³².

Las verdaderas dudas para el Notario se suscitan en el juicio de discernimiento que debe hacer el Notario sobre la suficiente voluntad o aptitud para otorgar el negocio jurídico determinado. En la actividad de valoración puede encontrarse el fedatario público ante muy diferentes escenarios: Bien con una persona que puede internamente formar su voluntad y expresar su consentimiento con el único apoyo preciso del Notario, pero también con una persona que requiere asistencia de otra para hacerlo, o incluso con una persona que, aun contando con apoyo asistencial, no puede formar o expresar ese consentimiento³³. Además, la capacidad exigida para cada tipo de acto varía.

En síntesis, el rol del Notario con la reforma es esencial, ya que se convierte en la persona que en última instancia evaluará la idoneidad de la persona para ejercer su capacidad, con la responsabilidad que supone que su decisión pueda impugnarse

³⁰ Castro-Girona Martínez, A. *Op. cit.*, s.p.

³¹ Tena Arregui, R., “El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del S.XXI*, N° 107, 2023 (disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10931-el-juicio-notarial-de-valoracion-del-consentimiento-tras-la-ley-8-2021-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>; última consulta 11/03/2023)

³² *Id.*

³³ Tena Arregui, R., *Op. cit.*, s.p.

judicialmente de manera posterior, situación que el Notario habrá de evitar, ya que por otra parte, de generalizarse las impugnaciones, quedaría vacía de contenido la reforma y sería contraproducente para la protección de la discapacidad que con ella se pretende.

Sería conveniente por tanto que se proporcionaran al notariado español unas pautas y directrices para una forma de proceder con cierta uniformidad.

CAPÍTULO IV. LA FUNCIÓN NOTARIAL DE ASESORAMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

Extraídas las palabras del Notario Peinado Ruano, “Asesorar es informar, proponer, recomendar, sugerir. Asesor es quien aconseja; asesoramiento es la información que se da a otro para que sepa cómo debe obrar, en los planos legal y moral”³⁴

La esencia de la reforma operada por la LAPDECJ ha sido la de pasar de un sistema que “suplía” al “incapacitado” a un sistema de “apoyo” o “asistencia”, y, sólo en último término “representación” de la persona con discapacidad. Dándose preferencia a las medidas voluntarias de apoyo, el notario se convierte en el funcionario ad hoc, y sólo en su defecto o insuficiencia, será la autoridad judicial el funcionario ad hoc³⁵.

Para la correcta aplicación de la CDPD, la función notarial debe orientar su dedicación hacia el apoyo institucional y el asesoramiento de las personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, para que reciban toda la información, recomendación y apoyo concreto, que les permita ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones. Por tanto, se deduce que la función notarial desarrolla un papel abanderado en la labor de protección de los derechos de las personas con discapacidad³⁶.

Para la configuración de cualquier negocio jurídico, el Notario deberá informar, aconsejar y asesorar a la persona con discapacidad, descifrar su verdadera voluntad, y plasmar, y configurar adecuadamente dicha voluntad en el documento público.

En esta labor es fundamental la comunicación directa entre el Notario y la persona con discapacidad. En todo caso, será más fácil si puede alcanzarse una comunicación fluida. En el caso de que no fuere así, podrán acompañar al discapacitado personas facilitadoras del lenguaje, como psicólogos y/o educadores sociales. Otras técnicas que podrá utilizar el Notario, con el objetivo de comunicarse con él y descifrar su voluntad, será utilizar pictogramas, imágenes, dibujos, reforzar mensajes importantes, utilizar frases sencillas, hablar despacio, utilizar técnicas de lectura fácil, así como cualquier otro

³⁴ Peinado Ruano, J., *Op. cit.*, s.p.

³⁵ Alba Ferré, E., “La comparecencia ante el notario de las personas con discapacidad tras la ley 8/2021” *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1752-1779.

³⁶ Comisión de Derechos Humanos, *Op. cit.*, s.p.

procedimiento que haga que la persona con discapacidad se encuentre cómoda³⁷. Además, para las personas con discapacidad sensorial, podrá recurrirse a técnicas del lenguaje braille e intervención de personas conocedoras del lenguaje de los sordo mudos.

En conjunto, se trata de que, el notario, tal y como dice el Art. 249 CC, “procure que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias”.

1. EN LOS CASOS EN QUE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD VIENE A AUTORREGULAR SU PROPIA SITUACIÓN

Se procede a estudiar en profundidad la misión del notario, como funcionario ad hoc para el caso de la persona con discapacidad que desea autorregular su discapacidad actual y/o futura. De este modo, se distinguen cuatro posibles modelos de escrituras para abordar la problemática en cuestión:

1.1. Escritura de constitución de las medidas de apoyo.

La escritura reguladora de la propia discapacidad puede otorgarse en previsión de una futura discapacidad, en cuyo caso el otorgante no tiene discapacidad en el momento del otorgamiento, o bien, por apreciación de tenerla, en cuyo caso el otorgante efectivamente tiene ya esa discapacidad.³⁸

A la escritura de constitución de medidas de apoyo concurrirán la propia persona con discapacidad, y en su caso, las que van a prestar el apoyo, además de, si fuera necesario, personas facilitadoras del lenguaje, como psicólogos y/o educadores sociales.

En la misma, comenzará el discapacitado por exponer sus circunstancias personales y familiares, así como el reconocimiento de una situación actual o que en el futuro pueda llegar a impedirle su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto.

³⁷ Lora Tamayo, I., “La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021” *El Notario del S.XXI, N° 106, 2022* (disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11191-la-comunicacion-en-el-otorgamiento-notarial-en-la-ley-8-2021>)

³⁸ Lora Tamayo, I., “Algunas aplicaciones notariales en la Ley de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica” *El Notario del S.XXI, N° 107, 2022* (disponible en: <https://www.elnotario.es/tribunales/86-secciones/opinion/opinion/10937-algunas-aplicaciones-notariales-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>)

Otro supuesto será el de personas que tienen trastornos de conducta o adicciones, que, teniendo juicio de discernimiento, de forma voluntaria se autoimponen un régimen de apoyo obligatorio para la realización de determinados actos y negocios jurídicos a fin de evitar poner en riesgo su estabilidad económica y su patrimonio.

El ideal de la precitada escritura es abordar la previsión o acuerdo de la esfera personal, familiar y patrimonial de la persona³⁹. En relación con las medidas de apoyo acordadas, también es posible establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de las personas que presten el apoyo y la forma en que este se llevará a cabo, e incluso mecanismos y órganos de control para evitar abusos, conflictos de intereses o influencias indebidas, así como determinar mecanismos y plazos para revisar las medidas tomadas⁴⁰.

Un ejemplo de la expresión de voluntad, deseos y preferencias del discapacitado referentes a su situación personal es, por ejemplo, si desea o no ser atendida en su propio domicilio, si desea que se contraten personas para que la auxilien en su domicilio, si desea o no su internamiento en una residencia, si desea que se realicen inversiones en medicación o en la supresión de barreras arquitectónicas, etcétera.

En lo referente a su situación patrimonial, un ejemplo de la expresión de su voluntad es precisar en qué actos deben intervenir las personas que designa, a partir de que cuantía, si en caso de ser varias personas la actuación debe ser conjunta o individual, si desea que éstas rindan cuentas, hacer orientaciones entorno a lo que le gustaría que se invirtiera o no, y en qué tipo de productos invertir, etcétera.

No obstante, surge el interrogante de si la escritura reguladora de la propia discapacidad debe primar, en cualquier caso. La opinión extendida parece coincidir en que, si la persona discapacitada no tiene medidas de apoyo, podrá siempre otorgar escritura de constitución de medidas de apoyo, con la ayuda del Notario y de cualquier otra persona que se considere necesaria o conveniente. Sin embargo, si la persona discapacitada tiene medidas de apoyo, la situación se vuelve más complicada⁴¹:

³⁹ *Id.*

⁴⁰ García Fernández, J., “La especial importancia de los poderes preventivos en el nuevo régimen de protección a las personas con discapacidad”, Garrigues comunica (disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/especial-importancia-poderes-preventivos-nuevo-regimen-proteccion-personas-discapacidad)

⁴¹ Lora Tamayo, I. *Op. cit.*, s.p.

Para el caso de que estas medidas de apoyo fueran voluntarias, parece no haber problema en que la persona las modificara en la nueva escritura reguladora de su discapacidad. Ahora bien, si las medidas de apoyo existentes fueran judiciales, para lo que la resolución judicial no haya establecido apoyo o representación, se considera que la solución debe ser la misma que en los casos anteriores, esto es viabilizar la escritura de constitución de medidas de apoyo. Por el contrario, si se trata de regular la discapacidad en relación con actos para los que ya se ha establecido asistencia o apoyo judicialmente, no podrán ignorarse los apoyos establecidos para otorgar una escritura que establezca disposiciones diferentes. En este último caso se deberá solicitar una modificación judicial de las medidas establecidas⁴².

1.2. Poderes preventivos

Tras la reforma de la LAPDECJ, el CC no define de forma específica qué medidas tienen la consideración de medidas voluntarias de apoyo, sino señala que cualquier acuerdo de apoyo voluntario establecido por la propia persona con discapacidad con el objetivo de la asistencia a su capacidad jurídica, será aceptado en el Art. 250 CC. Así, la doctrina reconoce que, pese a no mencionarse de forma concreta en el precitado artículo, los poderes y mandatos preventivos quedan incluidos como medida voluntaria de apoyo⁴³.

Adicionalmente, en la práctica diaria, el otorgamiento de poder ha quedado consolidado como la medida voluntaria de apoyo al discapacitado por excelencia al resultar ésta la de mayor eficacia⁴⁴.

Los poderes preventivos persiguen la protección de los intereses de la persona ante un eventual supuesto de pérdida sobrevenida de la capacidad⁴⁵, y comportan un instrumento de gran utilidad, que, dirigido a terceros, precisara con claridad los actos que el apoderado puede realizar válidamente en nombre del poderdante.

Conviene distinguir dos tipos de poderes:

⁴² Lora Tamayo, I. *Op. cit.*, s.p.

⁴³ Bescansa Miranda, R. *Protección Jurídica de la Persona*. Aferre, Barcelona, 2021, p.258.

⁴⁴ Gomá Lanzón, F. “El poder preventivo tras la ley de apoyo a las personas con discapacidad” *El Notario del S.XXI, N° 106, 2022* (disponible en: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/10934-el-poder-preventivo-tras-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>)

⁴⁵ García Fernández, J. *Op. cit.*, s.p.

- Poder preventivo con cláusula de subsistencia, los cuales surten efectos desde el momento de su otorgamiento y prorrogan su validez si en el futuro la persona con discapacidad precisare de dicho apoyo.

- Poder que entra en vigor solo para el caso de que sobrevenga una situación de falta de capacidad del poderdante, considerado doctrinalmente como el verdadero poder preventivo. De nuevo, vuelve a ser la voluntad y preferencia del poderdante la que va a determinar cómo precisar esa circunstancia: dictamen de un facultativo, dictamen de dos facultativos, acreditación de reconocimiento por parte de la administración de un determinado grado de discapacidad, acta notarial con informe pericial, etcétera.

Ambos poderes mantendrán su validez, aunque por enfermedad o longevidad, la situación psíquica del poderdante en condiciones psíquicas no sean las óptimas o precise apoyos en el ejercicio de su capacidad.

El Notario advertirá al poderdante que este tipo de apoderamientos se basan en la confianza en el o los apoderados, y los riesgos que entraña la amplitud de facultades que suelen darse en este tipo de poderes.

Un punto de enorme trascendencia práctica en el ejercicio de los poderes citados es el siguiente: ¿Necesita el apoderado obtener autorización judicial para realizar aquellos actos de mayor trascendencia enumerados en el antiguo Art. 272 CC, o en el actual 287?⁴⁶

Antes de la reforma de la LAPDECJ, en el ámbito del CC (Derecho Común) no se necesitaba la citada autorización judicial para los actos de administración extraordinaria o de disposición, para los cuales, en cambio, el apoderado preventivo, en el ámbito del Derecho Foral Catalán sí la requería. La situación cambia radicalmente con la reforma legislativa, pues se establece en el Art. 259 CC: “Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa”. De acuerdo con lo prevenido en este último artículo, en caso del silencio del poder, se aplicarán las reglas contenidas en los Art. 284 a 294 CC, relativas a la exigencia de fianza, inventario, y necesidad de

⁴⁶ Gomá Lanzón, F. *Op. cit.*, s.p.

autorización o aprobación judicial para los actos del Art. 287 y 290 CC -actos dispositivos y de trascendencia-, los cuales serán objeto de estudio posterior.

Desde el punto de vista transitorio ¿Qué ocurre con los poderes otorgados antes de la reforma LAPDECJ? De ello se ocupa la disposición transitoria tercera.

Los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, en virtud del Art. 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los Art. 284 a 290 del CC.

1.3. Contrato de mandato.

Puede bilateralmente otorgarse esta escritura, compareciendo también la persona o personas que van a prestar el citado apoyo, comprometiéndose a cumplir con las instrucciones establecidas por el discapacitado, presentando en este caso, dicho documento la naturaleza de un contrato de mandato.

En todo caso, se trata de documentos que desplegaran sus efectos en el ámbito interno de las relaciones entre el discapacitado y el que presta apoyo al mismo, cuyo incumplimiento generara la posibilidad de exigir responsabilidad, pero que no pueden, en las gestiones diarias, desplegar sus efectos frente a terceros (ámbito externo), so pena de restar utilidad al poder, ya que podría ser objeto de cuestionamiento cada trámite a realizar por el apoderado.

En la redacción previa del mandato, este se extinguía por la incapacitación sobrevinida del mandante, salvo que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación. En la redacción reformada, este acabara con motivo de la constitución en favor del mandante de la curatela representativa, como medida de apoyo judicial a su capacidad jurídica. La curatela representativa referida sugiere una interpretación literal y sistemática, por lo que es de reseñar que esta debería, como regla general, indicar al menos los actos precisos a los que se refiere. Siendo así, entonces podría discutirse que una curatela representativa para una clase de actos no implique la extinción de aquellos a los que se refiere el mandato⁴⁷.

⁴⁷ Mariño Pardo, F., “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Modificación del artículo 1732 del Código Civil: causas de extinción del mandato.”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: <http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la->

1.4. Auto curatela

Resultado de la evolución legislativa, con la entrada en vigor de la reforma de la LAPDECJ dejamos de hablar de autotutela para hablar de auto curatela.

Designado preventivamente en escritura pública por la propia persona con discapacidad para el caso de quedar judicialmente declarado como discapacitado, el curador ya no reemplazará a su curado, como ocurría con la tutela, sino lo asistirá y complementará su capacidad de obrar.

Analizaremos, a continuación, las grandes novedades y cuestiones dudosas que nos plantea esta figura⁴⁸.

En términos jurídicos, se define la auto curatela como medida de previsión que faculta a cualquier persona a anticiparse a futuras circunstancias que pudieran impedir el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás. Esta figura le permitiría designar un curador y dar instrucciones de cómo desea que se organicen y administren los asuntos relativos a su persona y bienes⁴⁹.

De la redacción del Art. 271 del CC se entiende que será “cualquier persona mayor de edad o menor emancipada” la facultada para designar en escritura pública un futuro curador; sin embargo, como novedad se plantea el caso de que sea una persona que ya presenta un grado de discapacidad la que otorgue esta escritura. Pese a que atendiendo a la literalidad del artículo parece no tener cabida, las primeras interpretaciones se inclinan a admitirlo, en consonancia con los principios inspiradores de la Convención de Nueva York, que persigue la confección de un “traje a medida” para cada discapacitado. En base a la Convención sería ilógico desproteger a una persona que independientemente de su discapacidad, presente capacidad natural en el momento del otorgamiento de la escritura, para dejar por escrito su voluntad en caso de futuras dificultades que le impidan ejercer su capacidad jurídica en igual condición que el resto⁵⁰.

En lo relativo al nombramiento de la persona que ejercerá el cargo de curador en caso de darse las circunstancias previstas, se permite el nombramiento justificado de más de

[ley_13.html#:~:text=El%20mandato%20se%20extinguir%C3%A1%2C%20tambi%C3%A9n,a%20lo%20dispuesto%20por%20%C3%A9ste.;](#) última consulta: 18/02/2023)

⁴⁸ Hijas Cid, E. “Novedades en la regulación de la autocuratela”, *El Notario del S.XXI, N° 106, 2022* (disponible en: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/10936-novedades-en-la-regulacion-de-la-autocuratela>)

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Hijas Cid, E., *Op. cit., s.p.*

un curador, incluso designados para cargos distintos (curador de la persona y curador de los bienes). Otra de las novedades es que incluso ya se consiente la delegación en el cónyuge u otra persona, de la elección del curador de entre los que se encuentren en la escritura. Este último supuesto se prevé para el caso, por ejemplo, de que un padre de familia con hijos menores de edad, en previsión del rápido desarrollo de una enfermedad degenerativa, nombre a todos sus hijos sin saber cuál será el estilo de vida y preocupación por él de cada uno de ellos, y sea, por tanto, su mujer quien designe al más adecuado como curador, cuando las circunstancias así lo precisen.

Un aspecto controvertido en lo referido a la auto curatela es la necesidad de autorización para los actos comprendidos en el actual Art. 287 CC. Una opinión defendible sería la de entender que, si conforme a la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante, DGRN) de fecha 12 de julio de 2013⁵¹, la exoneración es válida si la hace quien dispone de bienes a título gratuito a favor de un menor y discapacitado, entonces, el curador nombrado por el propio discapacitado para la organización de su propio patrimonio debería ser admitido con más razón. Todavía con mayor motivo, si según el Art. 259 del CC, al otorgar una persona un poder general que subsista para el caso de discapacidad puede excluir la necesidad de autorización judicial para los actos del Art. actual 287 CC, por analogía, más todavía en el caso podrá hacerlo para el caso de que el propio discapacitado designe a su propio curador⁵².

2. EN LOS CASOS EN QUE LOS PROGENITORES DESEAN ESTABLECER DISPOSICIONES FAVORECEDORAS DEL DISCAPACITADO.

En el rol del notario como prestador de apoyo institucional a la persona especialmente necesitada de apoyo, se incluye también la figura del notario como velador de la existencia de salvaguardias que impidan el abuso e influencia indebida.

⁵¹ Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 12 de julio de 2013 [versión electrónica – BOE-A-2013-9911, núm. 229, de 24 de septiembre de 2013, páginas 77039-77043]

⁵² Hijas Cid, E., *Op. cit.*, s.p.

2.1. Previsiones testamentarias

En este apartado se trata de estudiar todas las disposiciones que los progenitores pueden ordenar en sus propios testamentos, a fin de proteger y velar por sus hijos con discapacidad⁵³.

- La sustitución pupilar.

La sustitución pupilar, conforme al Art. 775 CC, se utiliza para determinar el destino de los bienes de un hijo en el caso de que este muriera antes de los catorce años (considerada edad mínima para testar en el Derecho Civil español común), con el fin de evitar la apertura de la sucesión intestada en el momento del fallecimiento del menor.

Habida cuenta de que en la sustitución pupilar se trata de testar por otro, uno de los desafíos de la sustitución pupilar es establecer si la sustitución solo aplica a los bienes heredados del ascendiente que la ordena o si abarca todo el patrimonio del sustituido, como si el ascendiente hubiera realizado un testamento a nombre del descendiente⁵⁴. La Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 2003⁵⁵ establece que la sustitución pupilar solo incluye los bienes dejados al sustituido incapaz, sin embargo, posteriormente, algunas sentencias emitieron opiniones diferentes, sobre todo en relación con la sustitución ejemplar, así la Sentencia del TS de 14 de abril de 2011⁵⁶, defendiendo la concepción amplia, según la cual la sustitución comprendía todo el patrimonio entero del sustituido, tal y como había mantenido una Sentencia del TS de 6 de febrero de 1907, reiterada por otra de 26 de mayo de 1997.

- La sustitución fideicomisaria de residuo.

La sustitución fideicomisaria de residuo, sería una disposición testamentaria por la que el progenitor (fideicomitente) prevé transmitir un patrimonio determinado a su hijo con discapacidad (fiduciario), para el disfrute y tenencia de dichos bienes y derechos,

⁵³ Martorell García, V. “Cuadros prácticos notariales sobre la reforma de la discapacidad por la Ley 8/2021”, (disponible en: <http://www.oviedonotaria.com/>)

⁵⁴ Mariño Pardo, F., “Las sustituciones pupilar y ejemplar.”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: [⁵⁵ Resolución de la DGRN \(hoy, DGSJFP\), de 6 de febrero de 2003 \[versión electrónica – BOE-A-2003-5132, núm. 61, de 12 de marzo de 2003, páginas 9668-9669\]](http://www.iurisprudente.com/2017/11/las-sustituciones-pupilar-y-ejemplar.html#:~:text=Seg%C3%BAn%20la%20Sentencia%20de%202014,sencillamente%20mediante%20la%20sustituci%C3%B3n%20fideicomisaria; última consulta 09/03/2021))</p></div><div data-bbox=)

⁵⁶ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 14 de abril de 2011, núm. 289/2011, núm. Recurso 1404/2007 [base de datos vlex]. Fecha de última consulta: 04/02/2023.

usualmente, de forma vitalicia, y, a su fallecimiento, y siempre que el hijo no hubiera dispuesto de ellos, pasen a otra persona ya designada (fideicomisario).

En lo que refiere a esta modalidad de sustitución, es de importancia resaltar que de conformidad con los Art. 782 y 808 del CC, dicha sustitución puede gravar la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad para beneficiar al legitimario con situación de discapacidad.

El gravamen a la legítima estricta es introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad⁵⁷. Y, con la LAPDECJ, se recoge por primera vez en el Ordenamiento Jurídico español que dicha sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, pueda ser de residuo, aunque con la limitación de que el fiduciario no pueda disponer gratuitamente inter vivos, ni mortis causa⁵⁸.

Las diferencias que se observan entre una y otra redacción, son las expuestas a continuación:

En primer lugar, la regulación anterior posibilitaba que cualquier descendiente con discapacidad fuera beneficiario de dicha facultad, aun no concurriendo en él la condición de legitimario. Sin embargo, en la nueva redacción, esto desaparece, en cuanto la sola discapacidad no es condición suficiente para gravar de manera tan intensa la legítima estricta del resto de legitimarios⁵⁹. Actualmente, el descendiente con discapacidad debe ostentar la condición de legitimario para poder ser instituido fiduciario, el cual podrá ser hijo y nieto con discapacidad convertido en legitimario por premoriencia de su padre.

Acorde con el beneficiario de la institución precitada, parece criticable que el legislador opte por excluir a ascendientes y cónyuge viudo, quienes deberían pensarse como los frecuentes y potenciales destinatarios de esta sustitución fideicomisaria, más

⁵⁷ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Artículo 10, apartado dos.

⁵⁸ Botello Hermosa, P., “La importante modificación que propone en el derecho sucesorio español el anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, N.º 776, pp. 2783-2804.

⁵⁹ Carrión, S., “Sustitución fideicomisaria en favor de hijos con discapacidad. Algunas consideraciones sobre los arts. 782 y 808 CC tras su redacción por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Instituto de Derecho Iberoamericano*, (disponible en: <https://idibe.org/tribuna/sustitucion-fideicomisaria-favor-hijos-discapacidad-algunas-consideraciones-los-arts-782-808-cc-tras-redaccion-la-ley-82021-2-junio/>)

aún cuando la expectativa de vida va en aumento, y con ella las enfermedades degenerativas⁶⁰.

La segunda apreciación se refiere a la diferencia conceptual entre persona incapacitada y persona con discapacidad. La nueva redacción acoge, bajo el término de curatela, todos los supuestos de discapacidad, esto es, desde el que requiere mera asistencia, hasta el necesitado del apoyo más intenso; derivado de lo cual, surge el caso dudoso de que tipo de persona curatelada podrá beneficiarse de esta institución⁶¹. De la disposición adicional cuarta del CC se deduce que los beneficiarios deben ser descendientes legitimarios con discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, así como a aquellas personas en situación de dependencia de grado II y III, y las personas con discapacidad psíquica igual o superior al 33%. El grado de discapacidad se acreditará con certificación administrativa o resolución judicial, según dice el Art. 2.3 de la LPPPD. La doctrina ha llegado a la conclusión de que exigir al legitimario beneficiario que pruebe su discapacidad o dependencia supondría una carga que, la LAPDECJ en su Preámbulo, apartado III, no exige⁶². Asimismo, Oñate Cuadros añade que la remisión a la disposición adicional es a los conceptos de discapacidad, y no a su acreditación. Así, la inexistencia de certificación acreditativa de la discapacidad no impedirá la validez y eficacia de la disposición testamentaria⁶³.

Continuando con los casos dudosos, a los que se trata de responder desde la lógica, se plantea el supuesto de la concurrencia de más de un hijo del testador con situación de discapacidad. La cuestión suscita duda en lo relativo a decidir instituir como beneficiario de la sustitución fideicomisaria de residuo que grave el tercio de legítima estricta, a uno de ellos y no al otro. La lógica sugiere que la justicia se declinaría hacia su rechazo, en cuanto el otro hijo con situación de discapacidad vería su cuota de legítima estricta gravada en beneficio de aquel protegido por el testador⁶⁴.

⁶⁰ Robles Ramos, K.J., “Intangibilidad cualitativa de la legítima. Excepciones”, Dykinson, Madrid, 2021.

⁶¹ Botello Hermosa, P., *Op.cit*, pg. 2787.

⁶² Moscoso Torres, R.M., “La modificación del régimen de legítimas de los descendientes tras la Ley 8/2021”, *Boletín de Información Notarial N° 55- MAR 2023*, pp. 3-13, (disponible en: <file:///C:/Users/BEEP/Downloads/BIN%2055.pdf>)

⁶³ Oñate Cuadros, F.J: Una oportunidad perdida: reformas necesarias en el Código Civil para las personas con discapacidad en el ámbito sucesorio.; La reforma de la discapacidad volumen 2, Fundación del Notariado, Madrid, 2022, p. 476.

⁶⁴ Botello Hermosa, P., *Op.cit*, pg. 2787.

Otra de las dudas de importante consecuencia jurídica es si la sustitución fideicomisaria al recaer sobre el tercio de legítima estricta se entiende también recaída sobre la cuota de la propia persona nombrada como fiduciaria. Ante tal incertidumbre la doctrina se encuentra dividida: Una parte minoritaria de la doctrina considera que sí deberá recaer sobre la legítima estricta del fiduciario, de tal forma que compense el gravamen temporal al que se ven sometidos los fideicomisarios, mientras que la mayoría apuesta por no gravarla⁶⁵.

Con ocasión de estudio de la disposición transitoria cuarta, desaparecida la posibilidad de ordenar sustitución ejemplar, salvo en Cataluña, la sustitución fideicomisaria queda conformada en la práctica como su adaptación ex lege, en cuanto permite mantener parcialmente su eficacia⁶⁶.

De dicha desaparición es protagonista la LAPDECJ en su honorable deseo de primar la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado a fin de que nadie lo supla a la hora de otorgar testamento.

El antiguo Art. 776 del CC, permitía a los padres, como una excepción al carácter personalísimo del testamento, testar en nombre del hijo que se veía incapacitado para hacerlo. Dicha institución permitía que los padres, mejores concedores de las personas que cuidaban y velaban por sus hijos, designaran beneficiarios de sus bienes a tales personas, calmando con ello la inquietud que les produce pensar que ocurrirá con sus hijos discapacitados cuando ellos falten.

Sin embargo, consecuencia de la adaptación a la sustitución fideicomisaria de residuo, solo los bienes que los padres hayan dejado a título gratuito al discapacitado, y no el resto de los bienes que el pudiera recibir o tener por otra vía (donaciones de familiares, pensiones, salarios, etcétera), pasarán a la persona designada, siempre que el discapacitado no haya necesitado disponer de ellos durante su vida (de ahí, el nombre de “residuo”).

A mi entender, y acorde con la interpretación más favorable para el discapacitado, ello puede ser positivo en el caso de los discapacitados con un grado de discernimiento

⁶⁵ Botello Hermosa, P., *Op.cit*, pg. 2787.

⁶⁶ Mariño Pardo, F., “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Supresión de la sustitución ejemplar.”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_6.html; última consulta: 09/03/2023)

suficiente para poder testar, porque nadie les sule, pero no en el caso del discapacitado que carece del citado grado de discernimiento. En el segundo de los casos, en cuanto a los bienes que hayan recibido por vía distinta a la de los progenitores, serán llamados los herederos abintestato que pueden no haber tenido relación alguna con el discapacitado; en lugar de la persona que los progenitores, que son los que mejor conocen la situación de la persona con discapacidad, hubieran designado.

Parece criticable que la Ley olvide que los progenitores serán las únicas personas que de manera totalmente desinteresada harán lo posible por lograr el beneficio de su hijo con discapacidad, tomando las decisiones más acertadas sobre su patrimonio. Aún parece más criticable la regulación del derecho inter temporal recogida en la disposición transitoria cuarta, pues con carácter retroactivo está invalidando o dejando sin efecto situaciones previstas por los progenitores y estudiadas por los notarios décadas atrás, cuando las normas restrictivas de derechos no deben aplicarse con carácter retroactivo⁶⁷.

Piénsese en el caso de unos progenitores que, en los años ochenta, ordenan en su testamento sustitución ejemplar para que los bienes de su única hija con síndrome de Down, a su fallecimiento, pasen al único primo que se ocupa de ella; pues el resto de los primos no tienen contacto con la misma. Dicho primo se ha dedicado a cuidarla, junto con su esposa, durante tres décadas y por motivos laborales, el bien inmueble que la discapacitada poseía en Madrid, con autorización judicial fue vendido para comprar uno en Andalucía. De acuerdo con la disposición transitoria cuarta, como la discapacitada ha fallecido en 2022, con posterioridad a la entrada en vigor de la LAPDECJ, el bien inmueble que deja la causante queda fuera de aquel testamento ordenado por los padres de la discapacitada, siendo necesario llamar a los herederos intestados de la misma, que son, además del primo que la ha cuidado, otros primos que no han tenido ningún contacto con ella.

- La administración y disposición de bienes de los hijos con discapacidad.

La administración y disposición de bienes de los hijos con discapacidad, sería una disposición testamentaria por la que el progenitor prevé que mientras su hijo, por razón de su discapacidad, quede sujeto a alguna medida de apoyo que exija su representación o

⁶⁷ Pérez Ramos, C. “Incidencia de la Ley 8/2021 sobre las sustituciones hereditarias”, *El Notario del S.XXI*, N° 107, 2023 (disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10933-incidencia-de-la-ley-8-2021-sobre-las-sustituciones-hereditarias>)

asistencia, la administración y disposición de los bienes objeto de la herencia en cuestión, así como futuras percepciones derivadas de esta, sea ejercida por una o varias personas solidaria o indistintamente⁶⁸, permitiéndosele administrar libremente, incluso con enajenación de los bienes sin necesidad de autorización judicial ni subasta pública⁶⁹. Asimismo, de conformidad con el Art. 252 CC, podrá el testador designar los órganos de control que considere oportunos para la supervisión del ejercicio de las facultades conferidas.

La administración de los referidos bienes y derechos por las personas designadas en testamento deberá hacerse con la misma diligencia que emplearían con los suyos propios, cumpliendo en todo caso con la voluntad del testador sobre su administración y destino, conforme al Art. 164.1 CC.

- El nombramiento testamentario de tutor o curador

El nombramiento testamentario de tutor o curador para los hijos, cónyuge o pareja conviviente discapacitada consiste en una disposición testamentaria mediante la cual el testador prevé en documento público notarial para el caso de que a su fallecimiento cualquiera de ellos tuviere una discapacidad que así lo aconsejare, la designación de uno o varios tutores o curadores, solidaria o indistintamente, o bien mancomunadamente, así como los órganos de fiscalización que considerare convenientes, según los Art. 201 y 276.4 CC⁷⁰.

Es importante advertir que la eficacia de esta designación queda supeditada al nombramiento judicial, si bien, los progenitores podrían establecer en disposición

⁶⁸ Mariño Pardo, F., “El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Naturaleza y cuestiones generales. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. 1.”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: <http://www.iurisprudente.com/2014/06/el-administrador-de-bienes-de-un-menor.html>; última consulta: 09/03/2023)

⁶⁹ Mariño Pardo, F., “La dispensa de la autorización judicial por el testador al administrador testamentario en los actos de disposición. Su posibilidad en el derecho común y en los derechos forales. La Resolución DGSJFP de 26 de septiembre de 2022.”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: <http://www.iurisprudente.com/2022/11/la-dispensa-de-la-autorizacion-judicial.html>; última consulta: 09/03/2023)

⁷⁰ Mariño Pardo, F., “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: La posibilidad de designación de tutor o curador en testamento.”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: http://www.iurisprudente.com/2021/09/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_10.html; última consulta: 09/03/2023)

testamentaria su voluntad de que las personas por ellos designadas ejerzan la guarda provisional hasta que la autoridad proceda al nombramiento de tutores o curadores.

- La designación de beneficiario de seguro de vida

Por último, la designación de beneficiario de seguro de vida y su administración para el hijo con discapacidad, conforma una previsión del progenitor por la que éste designa beneficiarios de sus seguros de vida para caso de muerte o cualesquiera otras operaciones análogas, bien sean actuales o futuras, a las mismas personas y por el mismo orden que resultarían llamados a su herencia como herederos, sin perjuicio de las eventuales cesiones en favor de las entidades de crédito por seguros vinculados a operaciones de préstamo a operaciones de préstamo o crédito, en consonancia con el Art. 84 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Las personas designadas lo resultarán independientemente de que dicha herencia sea o no aceptada o que lo fuese a beneficio de inventario, por tratarse de condiciones independientes.

Además, las cantidades resultantes quedarán igualmente sujetas a la administración y disposición prevista anteriormente.

2.2. Patrimonio protegido

Esta fórmula de protección surge como respuesta a la preocupación de las familias con algún integrante discapacitado que quieren adelantarse a la situación futura en que quedará su familiar con discapacidad cuando los progenitores falten. Es decir, aparece como un mecanismo destinado a garantizar la satisfacción de las necesidades vitales para que estas personas puedan llevar una vida digna⁷¹.

Tal y como su nombre indica, el “Patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad”, jurídicamente consiste en la creación de un patrimonio aislado del resto del patrimonio del beneficiado, sin adquirir personalidad jurídica propia, que, constituido por las distintas aportaciones de bienes y derechos a favor de la persona con discapacidad, queda sometido a un régimen específico para garantizar el adecuado destino

⁷¹ Moscoso Torres, R.M., “Disposiciones gratuitas a favor de las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio. Referencia al patrimonio protegido”, Academia Sevillana del Notariado, *Conferencias de los cursos académicos 2020-2021/2021-2022*. Academia Sevillana del Notariado, Sevilla pp. 208-246.

de dicho patrimonio⁷². El beneficiario será toda persona con una discapacidad psíquica igual o superior al 33% o física o sensorial igual o superior al 65%, con independencia de que se haya reconocido judicialmente o no; en principio bastaría con un certificado acreditativo emitido por Equipos de Valoración y Orientación, acorde con RD 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.⁷³

Acorde con el nuevo Art. 3.1 de la Ley, dicho patrimonio se constituye bien por la persona necesitada de apoyo, que será la misma beneficiaria, o bien por sus padres, tutores, curadores o guardador de hecho, cuando este no tenga la capacidad necesaria para constituirlo⁷⁴.

Tanto su constitución, como las sucesivas aportaciones, deben hacerse en escritura pública o bien deben ser ordenadas por la autoridad judicial. En ambos casos se realizará el inventario de los bienes y derechos que lo integran y las instrucciones para su administración, la cual podrá corresponder al propio discapacitado o, en caso de que carezca de la capacidad suficiente, a sus padres, tutores, curadores, guardador de hecho, o a cualquier otra persona, a los cuales se les exigirá autorización judicial para los mismos supuestos que la requiere el tutor para la administración de bienes del tutelado. Del patrimonio protegido quedará constancia en el Registro Civil.

En última instancia, debe mencionarse que el patrimonio protegido quedará bajo la supervisión del MF, al que deberá el administrador rendir cuentas. Se extinguirá cuando se entienda extinguida la minusvalía que motivó su creación, o por el fallecimiento de la persona con discapacidad.

⁷² Espiñeira Soto, I. “Resumen de la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *notariosyregistradores.com. Revista electrónica* (disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/discapacitados.htm>; última consulta: 4/02/2023)

⁷³ Valcarce, A. “Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad” *Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales* (disponible en: https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/Version_sencilla_proteccion_patrimonial_2009.pdf; última consulta: 15/03/2023)

⁷⁴ Moscoso Torres, R.M., *Op. cit., s.p.*

CAPÍTULO V. LA AUTORIZACIÓN POR EL NOTARIO DE DIVERSOS ACTOS JURÍDICOS A REALIZAR POR EL DISCAPACITADO.

Examinado el impacto de la Convención en la actividad notarial desde el punto de vista del Notario como proveedor de apoyo institucional y asesoramiento para las personas con discapacidad, se procede al estudio de la figura del notario como autoridad proveedora de seguridad jurídica. Durante la celebración del negocio jurídico, el Notario se convierte en el encargado de supervisar y asegurar la validez y eficacia de éste en el mundo jurídico, por lo que debe verificar las cautelas de protección que nuestro OJ establece en cada caso concreto⁷⁵.

Para la autorización de cualquier negocio jurídico, deberá el Notario realizar un control de legalidad y un juicio de discernimiento, comprensión y capacidad, que garantice que el consentimiento se está prestado conforme a derecho⁷⁶. Este juicio de capacidad por el Notario se vuelve imprescindible, dado que es la intervención notarial la que reconoce la validez del acto otorgado.

El juicio de capacidad, discernimiento y comprensión no es un juicio médico, por lo que no trata de determinar el alcance de las limitaciones de la persona con discapacidad, sino constatar una voluntad advertida, intencionada y libremente expresada, formada bien por sí sola o con los apoyos pertinentes⁷⁷. Lo determinante para la autoridad es verificar que la percepción de la persona con discapacidad es clara conforme a su aptitud de entendimiento y discernimiento del acto que se está realizando y de las consecuencias que comporta⁷⁸.

En definitiva, lo que podría parecer un menoscabo de la seguridad jurídica es en realidad una fórmula interpretativa que promueve la integración social y el respeto por los derechos humanos de aquellos que tienen discapacidad.

⁷⁵ Comisión de Derechos Humanos, *Op. cit.*, s.p.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ Lora Tamayo, I. "El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica", *El Notario del S.XXI, N°101, 2022* (disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10762-el-apoyo-notarial-a-la-persona-discapacitada-en-la-ley-que-reforma-los-preceptos-del-codigo-civil-relativos-al-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>)

⁷⁸ Durán Alonso, S., "Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: el papel de los notarios en España a la luz de la Ley 8/2021" *Rev. Boliv. de Derecho* N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 44-71.

Aquí podrá tenerse en cuenta, como norma general de actuación notarial, lo dispuesto en el nuevo Art. 25 de la LN, introducido por la reforma, y conforme al cual; “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”.

1. ACTOS DE TRASCENDENCIA PERSONAL

A partir de la CDPD se inicia una línea jurisprudencial por el TS, que afirmaba que la discapacidad de las personas no les debe impedir testar, contraer matrimonio o votar, sin más, pues son derechos personalísimos y fundamentales. Al ser derechos personalísimos que, en ningún caso, podían hacerse a través de un representante legal, en numerosas ocasiones las personas incapacitadas judicialmente quedaban privadas de esos derechos. La nueva línea judicial consideraba que únicamente se les podía privar o limitar de este derecho tras un examen detallado e individualizado del caso y estableciendo los concretos apoyos o limitaciones en aplicación de los principios de proporcionalidad e interés superior de la persona con discapacidad⁷⁹.

Todo ello se ha visto recogido en la disposición transitoria primera de la LAPDECJ, la cual establece que las privaciones de derecho, actualmente existentes, a partir de la entrada en vigor de la citada Ley quedan sin efecto, de forma automática. Además, el actual Art. 269 CC, establece, de cara al futuro, que la resolución judicial que constituya la curatela no podrá incluir la mera privación de derechos.

1.1. Sufragio

En relación con el derecho de sufragio, tiene especial relevancia la actuación notarial en cuanto al otorgamiento de los llamados “poderes electorales”, que son los que puede

⁷⁹ Campos Izquierdo, A.L., “Protección del derecho de las personas con discapacidad a votar, testar y contraer matrimonio, conforme a la jurisprudencia del TS”, *Elderecho.com. Lefebvre* (disponible en: <https://elderecho.com/proteccion-del-derecho-las-personas-discapacidad-votar-testar-contraer-matrimonio-conforme-la-jurisprudencia-del-ts> ; última consulta 18/02/2023)

otorgar una persona cuya discapacidad no le permita el desplazamiento para realizar los trámites que implica el voto por correo. Acreditando esta circunstancia podrá otorgar ante Notario un poder a favor de otra persona, para que ésta recoja toda la documentación y realice los trámites del voto por correo en su nombre. Dichos poderes son gratuitos y deben ser cumplimentados con urgencia y carácter preferente⁸⁰.

En la línea antes apuntada, de no privar a personas con discapacidad de derechos personalísimos, fue reformado el Art. 3.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG), afirmando que “Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”. Tal precepto fue complementado con una disposición adicional octava por la que se reintegra a las personas con discapacidad en el pleno ejercicio de su derecho político de sufragio activo, aunque sus limitaciones hubieran sido establecidas en Resolución judicial firme.

Ante la situación generada por la aparición de dicho Art. 3 y disposición adicional octava en la LOREG, el presidente del Consejo General del Notariado (en adelante, CGN) eleva una consulta a la DGRN para su remisión a la Junta Electoral Central (en adelante, JEC). La consulta se refiere a la actuación que ha de seguir el Notario, al autorizar los poderes electorales, en cuanto el Notario debe comprobar que el otorgante dispone de capacidad, ya que en muchos casos ante la discapacidad física que impide el desplazamiento para votar -presupuesto que permite el otorgamiento de estos poderes gratuitos-, el Notario se encuentra con personas de muy avanzada edad o con discapacidad psíquica.

En respuesta a dicha consulta, la JEC responde que su criterio, conforme a una interpretación favorable al derecho de sufragio, como sugiere el propio CGN, es que el juicio notarial de capacidad debe orientarse a la constatación del derecho de votar del elector, así como de designar a una persona que le preste su apoyo en la formulación y recepción de la documentación electoral, sin exigir otras valoraciones que pudieran limitar el ejercicio de su derecho⁸¹.

⁸⁰ Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE de 7 de julio de 1944)

⁸¹ Sesión JEC, de 16 de octubre de 2019, [versión electrónica – base de datos [juntaelectoralcentral.es](http://www.juntaelectoralcentral.es), núm. Acuerdo 208/2019]. Fecha de la última consulta: 18 de julio de 2023. http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina/acuerdos?anyosesion=2019&idacueroinstruccion=67435&idsesion=932&template=Doctrina/JEC_Detalle

1.2. Otorgar testamento

Acorde con la redacción previa del Art. 665 CC, el Notario debía estar a lo que dispusiera la sentencia, la cual podía privar del derecho a testar. Si no lo prohibía, el Notario debía designar dos facultativos que previamente reconocieran al testador y respondieran de su capacidad.

En el texto de la reforma que figuraba en el proyecto presentado por el Gobierno, se disponía que si el que pretendía hacer testamento estaba en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su capacidad para otorgarlo, El Notario con carácter previo debía designar dos expertos que lo reconocieran y dictaminaran favorablemente sobre su aptitud.

Pero en la versión final, no hay exigencia de acudir al dictamen ni de facultativos ni de expertos; basta con que la persona con discapacidad pueda, a juicio del Notario, comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. En palabras de Francisco Mariño Pardo “Con la redacción final, puede decirse que desaparece el llamado "testamento del incapacitado", como una modalidad formal de testamento notarial”⁸².

En este sentido, cobra notoriedad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 632/2020, 14 de septiembre de 2020, que, fundamentada en las recientes orientaciones del Tribunal Supremo, refuerza claramente que las personas con discapacidad no deben verse privadas anticipadamente del derecho a testar, al partirse de la presunción de capacidad⁸³. Asimismo, la precitada Sentencia matiza la doctrina tradicional que ya fallaba en esta orientación, siendo interesante atender a las STS 597/2017, 8 de noviembre de 2017⁸⁴, y STS 362/2018, 15 de Junio de 2018⁸⁵, que revocan la limitación para otorgar testamento por considerarse insuficientemente injustificadas las negativas, contrariando a la protección de los derechos de las personas con discapacidad; y a las STS 298/2017,

⁸² Mariño Pardo, F., “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Testamento del incapacitado”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: <http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley-79.html>; última consulta: 18/02/2023)

⁸³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz núm. 632/2020, de 14 de septiembre de 2020 [versión electrónica – base de datos – Vlex]. Fecha de la última consulta: 23 de marzo de 2023.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2017, de 8 de noviembre de 2017 [versión electrónica – base de datos – Vlex]. Fecha de la última consulta: 23 de marzo de 2023.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 362/2018, 15 de junio de 2018 [versión electrónica – base de datos – Vlex]. Fecha de la última consulta: 23 de marzo de 2023.

16 de mayo de 2017⁸⁶, STS 461/2016, 7 de Julio de 2016⁸⁷, y STS 234/2016, 8 de abril de 2016⁸⁸, que reconocen la facultad de testar a personas con severas discapacidades por comprender el alcance de las disposiciones al momento del otorgamiento.

De modo incoherente con la reforma siguen incluidos, aunque vacíos de contenido, Art. como el 698.2 CC, que sigue exigiendo que comparezcan los precitados dos facultativos al otorgamiento del testamento.

Otro Art. que no se ha modificado es el 664 CC, el cual tiene una redacción nada congruente con los principios inspiradores de la reforma, porque en el sistema anterior el Notario tenía que atender, en primer lugar, a si existía o no una sentencia de incapacitación, y lo hecho antes de que esa sentencia de incapacitación reconociera la discapacidad, era válido; sin embargo, el Notario ya no tiene que atender a estas circunstancias, tal y como reconoce la Sentencia del TS 535/2018, de 28 de septiembre de 2018, debiendo estar únicamente al estado en que se halle el testador en dicho momento, de manera que, si a su juicio la persona con discapacidad puede comprender y manifestar el alcance de las disposiciones testamentarias, entonces, podrá otorgarlo⁸⁹.

Merece atención la incertidumbre de si la reforma supondrá alguna modificación en la línea jurisprudencial sobre la impugnación del juicio notarial de capacidad. Existe un auto del TS de 6 de octubre de 2021, que desestimó un recurso de casación manteniendo la doctrina jurisprudencial previa, que se declina hacia el principio de “favor testamenti”⁹⁰, el cual exige que se deba probar de manera concluyente la falta de capacidad del testador o la imposibilidad excepcional y, de hecho, de determinar su voluntad⁹¹. Esa prueba concluyente no requiere una seguridad o certeza absoluta, sino una determinación suficiente que pueda extraerse de los criterios de probabilidad

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 298/2017, 16 de mayo de 2017 [versión electrónica – base de datos – Vlex]. Fecha de la última consulta: 23 de marzo de 2023.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 461/2016, 7 de julio de 2016 [versión electrónica – base de datos – Vlex]. Fecha de la última consulta: 23 de marzo de 2023.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 234/2016, 8 de abril de 2016 [versión electrónica – base de datos – Vlex]. Fecha de la última consulta: 23 de marzo de 2023.

⁸⁹ Mariño Pardo, F., *Op.cit.*, s.p.

⁹⁰ Hermida Bellot, B., “Personas con discapacidad intelectual y medidas de apoyo en el ejercicio de su derecho a otorgar testamento. Análisis de la reforma operada por Ley 8/2021”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1914-1933.

⁹¹ Mariño Pardo, F., *Op.cit.*, s.p.

cualificada. Es lo que en otras ocasiones la Sala llama, “pruebas cumplidas y convincentes”.

En sede del testamento abierto, el Art. 665 CC se ve complementado por el Art. 695 CC, que comienza estableciendo que el testador expresará su última voluntad al Notario, oralmente, por escrito, o, lo que se introduce como novedad, mediante cualquier medio técnico, material o humano, previsto por la reforma para las discapacidades sensoriales. Así se legisla con especial atención los siguientes supuestos en presencia de discapacidad.

Con anterioridad a la reforma, la legislación exigía la designación de dos testigos instrumentales para el testador que no supiera o pudiera leer, no supiera o pudiera firmar, así como para la persona ciega. Con la reforma se suprime la exigencia de intervención testifical para quien, al otorgar testamento, no supiera o pudiera leer y para la persona ciega, siendo imprescindible, únicamente, para el testador que no sepa o pueda firmar.

En cuanto a la forma en que el otorgante debe expresar su voluntad al Notario, el Art. 695, tras la reforma, añade al medio oral o escrito, “cualquier medio técnico, material o humano”; y en cuanto a la forma en que el Notario debe comunicarle el contenido del testamento al testador, que de ordinario, será la lectura para que el testador manifieste su conformidad, en los casos en que haya dificultad de comunicación oral o dificultades manifestadas del testador para leer u oír, tras la reforma se posibilita la búsqueda de cualquier medio que permita superar dichas dificultades. Los medios para lograrlo pueden ser muy diversos, así, el apoyo de una persona de confianza no favorecida en el negocio jurídico, el uso de aplicaciones, la intervención de intérprete, el uso de signos y dibujos, entre otros⁹².

En el supuesto de persona que no puede hablar, esto es, la persona muda, en caso de que no se llegare a alcanzar una comunicación fluida o el contenido del testamento fuera de mayor complejidad, se utilizará el lenguaje de signos debiendo firmar el intérprete el testamento.

Si el testador es sordo, pero puede hablar, no parece necesaria la comparecencia de un intérprete, siendo muy conveniente que proceda a leer por sí mismo el testamento, como tiene previsto el Art. 193 del RN, para las escrituras públicas en general. Ahora bien, si no fuera capaz o no supiera leer por sí el testamento, será preciso la intervención

⁹² Martorell García, V. “Cuadros prácticos notariales sobre la reforma de la discapacidad por la Ley 8/2021”, (disponible en: <http://www.oviedonotaria.com/>)

del intérprete. En último lugar, para la persona sordomuda, el Art. 193 del RN determina que en caso de no ser este capaz de leer el testamento por sí, por no poder o no saber hacerlo, deberá también acudir a la firma un intérprete.

Si la persona es ciega, siempre que haya posibilidad de comunicación y entendimiento, en principio no hace falta ningún requisito añadido. Y solamente en el caso de que no sea posible la comunicación oral y sí por lenguaje braille, se recurrirá a este medio.

En definitiva, dado que lo que la norma impone al Notario es que facilite el otorgamiento, y dada la supeditación de la validez del testamento al juicio de discernimiento en el momento del otorgamiento por el Notario, y en defensa de una posible futura impugna judicial, es interesante que se haga, por parte del Notario, un acta previa que refleje el desarrollo del proceso seguido para la conformación de su voluntad, que vislumbre no solo la voluntad dispositiva del otorgante, sino los deseos y preferencias del discapacitados que motivan su decisión testamentaria.

1.3. Celebración de matrimonio y previo expediente matrimonial

En sede de discapacidad, el derecho de matrimonio venía siendo un tema de controversia por haberse venido limitando. Acorde con el originario Art. 83.2 CC se impedía a “los que no estuviesen en pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio”. Tras la reforma, se acuerda que la discapacidad no debe impedir contraer matrimonio, por ser éste un derecho fundamental y personalísimo.

La celebración del matrimonio se compone, desde la perspectiva jurídica, de tres etapas: celebración del expediente matrimonial previo, consentimiento matrimonial, e inscripción en el Registro Civil.

Centrándonos en la primera, esto es, expediente matrimonial previo, que es aquel en el que se acredita el cumplimiento de los requisitos legales, entre ellos, la capacidad de discernimiento para la celebración del matrimonio por quienes desean contraerlo, se puede comenzar por afirmar que su celebración puede ser tramitada bien ante Notario, o bien ante el Juez encargado del Registro Civil.

La Instrucción de 3 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, vino a aclarar una serie de puntos dudosos sobre la tramitación del expediente previo matrimonial ante Notario. Y en concreto, en su artículo cuarto se centró en el caso de personas con discapacidad.

En un principio, cuando existían resoluciones judiciales previas, bien modificando judicialmente la capacidad de la persona, o bien acordando medidas judiciales de apoyo, el Notario dejaba de ser competente para pasar a serlo el encargado del Registro Civil del domicilio de los contrayentes. Sin embargo, este apartado fue derogado por lo dispuesto en la Instrucción de 9 de julio de 2021. Lo cual implica que, con resolución judicial previa y sin resolución judicial previa, el Notario es competente para llevar a cabo la tramitación del expediente matrimonial.

Durante el procedimiento, si el Notario se encontrara con que uno de los contrayentes, de modo evidente, categórico y sustancial no pudiera prestar consentimiento matrimonial deberá solicitarle, si el contrayente no lo hubiera aportado previamente, junto al resto de la documentación, un informe realizado por el médico de cabecera o especialista que le trate en relación con su aptitud, en el que se manifieste las circunstancias en relación con su aptitud para prestar o no consentimiento. Si tras ser requerido, no lo aportara, se inadmite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de volver a solicitarlo⁹³.

También es posible que, en caso de duda fundada por el Notario, este solicite un informe pericial médico sobre la capacidad del contrayente, en base al cual decidirá, finalmente, sobre la admisión o no del procedimiento, y la autorización o no del matrimonio⁹⁴.

Autorizada el acta, se procede a la segunda fase del procedimiento, que es la celebración del matrimonio ante Notario, o el resto de las figuras autorizadas, la cual consistirá en la lectura de los Art. 66, 67 y 68 del CC, con la consiguiente pregunta de si consienten contraer matrimonio. En caso de contestación afirmativa de ambos, quedarán unidos en matrimonio.

2. ACTOS DE TRASCENDENCIA PATRIMONIAL

Al abordar el estudio de los actos de trascendencia patrimonial que puede realizar la persona con discapacidad, se debe partir de la distinción de dos supuestos:

En primer lugar, la persona con discapacidad sometida a curatela asistencial o sujeta a cualquier otra medida de apoyo distinta de la curatela representativa, quien conserva su

⁹³ Instrucción de 3 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notarios. Cuarto.

⁹⁴ *Id.*

iniciativa para realizar este tipo de actos, con el apoyo preciso o la asistencia de su curador, si la resolución lo ha señalado para este negocio jurídico concreto.

Y, por otro lado, el supuesto excepcional de la persona que precisa apoyo sometida a curatela representativa, en cuyo caso se aplica el régimen de autorización judicial previa a la formalización del acto, que también estaba previsto para el tutor en el antiguo Art. 271 CC.

El fundamento del régimen de autorización judicial previa reside en que el juez controle la intervención del curador para los casos en que su intervención tenga mayor relevancia al comprometer gravemente el patrimonio de la persona que precisa apoyo. De esta forma, el juez podrá evaluar la necesidad, conveniencia u oportunidad de celebrar actos de gran trascendencia patrimonial y en beneficio del tutelado⁹⁵.

De lo anterior se deduce que la exigencia de autorización judicial previa persigue la finalidad de garantizar que los actos que realice el curador, comprometiendo el patrimonio del curatelado, sean en su interés, más que complementar su capacidad⁹⁶.

2.1. Enajenar y gravar bienes inmuebles; dar o tomar dinero a préstamo; afianzar.

El Art. 287 del Código Civil determina para el curador con funciones representativas la exigencia de autorización judicial previa, en todo caso, para determinados actos. Dado que los actos que se plantean con mayor frecuencia en la práctica notarial son los de enajenación o venta de inmuebles, constitución de hipoteca para financiar la adquisición de los mismos, así como arrendamientos a largo plazo por su posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad para su oponibilidad a terceros, serán los que se estudien a continuación⁹⁷:

El Art. 287 del CC, en su apartado segundo, recoge la exigencia de previa autorización judicial para la enajenación de bienes inmuebles. La nueva redacción determina que la enajenación deberá preferentemente efectuarse mediante venta directa,

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 56/2018, de 10 de enero de 2018 [versión electrónica – base de datos – Vlex]. Fecha de la última consulta: 15 de marzo de 2023.

⁹⁶ Mesa Torres, P., “Actos realizados por el curador representativo que precisan a autorización judicial”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, N.º 749, pp. 2624 y 2625.

⁹⁷ *Ibid*, pp. 2635-2638.

salvo si el tribunal considerase la subasta judicial para la plena garantía de los intereses de la persona con discapacidad.

La preferencia por la venta directa difiere por completo de la antigua redacción, la cual establecía como medio ordinario la subasta. Parece lógico esta inversión, en cuanto normalmente los curadores representativos recurren a un procedimiento de jurisdicción voluntaria cuando ya han apalabrado la venta con un posible comprador, por un precio cierto. Lo que sí debe considerarse es que la solicitud de autorización se acompañe de un dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien inmueble.

Asimismo, se recoge en este apartado segundo la exigencia de previa autorización judicial por el curador representativo para enajenar o gravar bienes o derechos de especial relevancia familiar o personal; concepto bastante impreciso e indeterminado, cuya forma de proceder determinará el desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

Además, el legislador exige al curador representativo previa autorización judicial para dar inmuebles en arrendamiento cuando este exceda, desde un inicio, de los seis años. Se deduce pues, de la redacción del referido artículo, que el arrendamiento de bien inmueble con plazo inferior a los seis años, aun siendo superado en virtud de prórrogas, no quedará sujeto a la autorización judicial en cuestión. A cerca de esto, la DGSJFP⁹⁸ se pronuncia para aclarar que, para la determinación del plazo, únicamente se tendrá en cuenta el “término inicial” del arrendamiento.

También procede estudiar como acto dispositivo el enumerado en el apartado tercero como acto dispositivo a título gratuito, o donación. En atención a la redacción del artículo, se exonera de la solicitud de autorización judicial previa al curador representativo, que disponga a título gratuito de bienes o derechos de la persona que precise representación, para aquellas disposiciones de escasa relevancia económica y que carezcan de especial significado personal o familiar. Numerosos autores manifiestan su duda acerca de aquellos casos en que la discapacidad de la persona le impida expresar su voluntad, deseos y preferencias. Parece lo adecuado, de conformidad con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que la operación sea autorizada por el juez.

En último lugar, procede analizar el acto dispositivo de dar o tomar dinero a préstamo, así como prestar aval o fianza, contenido en el apartado octavo del referido artículo. La exigencia de autorización judicial previa para prestar garantías personales,

⁹⁸ Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 15 de julio de 2021 [versión electrónica – BOE-A-2021-12744, núm. 180, de 29 de julio de 2021], pp. 91653-91658.

aval o fianza, no era considerado un acto dispositivo de gran trascendencia patrimonial en el antiguo Art. 271 CC, y no es hasta la reforma que decide incluirse⁹⁹.

La razón por la cual se requiere autorización judicial en estos casos, hace referencia al riesgo económico que estas operaciones conllevan. Si un tercero no cumpliera con su obligación principal, la persona con discapacidad que requiere apoyo podría verse afectada en su patrimonio. Sometidas estas operaciones a control judicial, serán verificadas las condiciones pactadas, el destino de la cantidad, la solvencia del prestatario, las garantías, etcétera.

Al respecto, es importante señalar que el Art. 278.8 del CC no considera como excepción a la autorización judicial la compra con subrogación en el préstamo hipotecario o la financiación del precio de la compra a través de un nuevo préstamo hipotecario, a diferencia del Derecho Catalán, que sí lo hace. Si el legislador no ha incluido esta excepción, se entiende que su intención es mantener el requisito preceptivo de autorización judicial previa por parte del curador representativo.

2.2. Aceptación y renuncia de herencia.

Conforme a la redacción del nuevo Art. 996 CC, la aceptación de la herencia, tanto pura y simplemente, como a beneficio de inventario podrá realizarse por la propia persona que precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, siempre que el Notario juzgue que tiene el suficiente discernimiento para hacerlo. A falta de previsión específica para la renuncia, se deduce la misma solución.

En caso de que éste apreciare la necesidad de medidas de apoyo, deberá tenerse en cuenta el tipo de actuación requerida, bien asistencial o complementaria, bien representativa. El prestar atención al tipo de medida de apoyo es importante en cuanto es la condición que determina la exigencia de autorización judicial previa¹⁰⁰.

La Circular informativa del Consejo General del Notariado 3/2021 considera la exigencia de autorización judicial previa referida en el Art. 287 del CC, únicamente

⁹⁹ Mesa Torres, P., *Op.cit.*, pp. 2643 y 2644.

¹⁰⁰ Mariño Pardo, F., “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: La aceptación y la repudiación de la herencia por la persona con discapacidad.”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_7.html; última consulta 11/ 03/2023)

aplicable a los casos en que la persona con discapacidad no actúa en su propio nombre, sino representada y no asistida, esto es sustituida.

De lo anterior se deduce que, de conformidad con el Art. 287.5 CC referente a la exigencia de autorización judicial previa, y al artículo 93.2 apartado b) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que determina el ámbito de aplicación, a quien se exige autorización judicial para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiarla, es:

- A los progenitores para repudiar la herencia o legados a nombre de sus hijos menores de 16 años, o aun siendo mayores no prestaren su consentimiento.

- A los tutores de menores, curadores representativos de personas con discapacidad y defensores judiciales de menores o discapacitados, para aceptar sin beneficio de inventario o repudiar.

2.3. Partición de herencia y extinción de condominio.

De manera adicional a la previa autorización judicial, los Art. 289 y 1060, apartado segundo y tercero del CC, exigirán posterior aprobación judicial de la partición de la herencia ya realizada, a los tutores de menores, curadores representativos de personas con discapacidad y defensores judiciales de menores o discapacitados, si el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa en el momento de su nombramiento.

En relación con el Art. 1060 CC suscita curiosidad como algunas Resoluciones, entre ellas las de la antigua DGRN de 25 de abril de 2001 y 4 de julio de 2009, y la Resolución de la DGSJFP de 30 de marzo de 2022¹⁰¹, determinan que el incumplimiento del requisito de la previa autorización judicial para aceptar sin beneficio de inventario no afectaría a la validez de dicha aceptación siempre que existiera posterior aprobación judicial de la partición, ya que este segundo requisito purificaría o supliría el primero. Parece que la consecuencia no será la invalidez de la aceptación, sino versará sobre la responsabilidad de dicho representante legal para con la persona con discapacidad, en el incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo.

Algunos problemas frecuentes al realizar la partición de herencia serían los casos de colisión de intereses:

¹⁰¹ Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 30 de marzo de 2022 [versión electrónica – BOE-A-2022-6423, núm. 93, de 19 de abril de 2022], pp. 53513-53519.

En la práctica notarial diaria el más habitual podría ser el claro conflicto de intereses entre progenitor curador representativo e hijo discapacitado, en la repartición de herencia del otro progenitor fallecido¹⁰². El supuesto de la llamada cautela socini implica la decisión por el legitimario de percibir más pero gravado con el usufructo del viudo, o menos, pero percibirlo de inmediato y sin gravamen. Al ser el hijo discapacitado, recae la elección sobre su progenitor por ser su curador representativo, lo que conlleva una clara contraposición de intereses, ya que el representante se ve directamente afectado por el resultado de la elección. Para la protección de la persona discapacitada se exige el nombramiento de un defensor judicial y una posible posterior aprobación judicial¹⁰³. Esta doctrina aparece asentada en la Resolución de la antigua DGRN de 5 de febrero de 2015¹⁰⁴.

Otros de los problemas recurrentes en la práctica se contemplan en la Resolución de 2 de agosto de 2012, de la antigua DGRN¹⁰⁵:

Se dan problemas en la liquidación de gananciales que habrá de realizarse con carácter previo a la partición de herencia, si la persona fallecida estaba casada en este régimen matrimonial. En estos casos podrá plantearse la colisión de intereses si el cónyuge viudo comparece en su propio nombre, y como representante legal de hijos menores o discapacitados, en los siguientes supuestos:

Si existen bienes cuya ganancialidad no está claramente determinada, sino que es fruto de una presunción legal -presunción de ganancialidad-, la cual puede ser contradicha; si a la hora de liquidar gananciales no se adjudica el 50% del patrimonio ganancial al viudo y a la herencia, sino que se forman lotes, vuelve a plantearse una colisión de intereses.

En el caso de que el ascendiente curador representativo hubiera renunciado a la herencia o no tuviera derecho a heredar, por ejemplo, en el caso de encontrarse divorciado

¹⁰² Faus Pujol, M. “Conflicto de intereses tutor con menor y curador con discapacitado” Vlex (disponible en: <https://vlex.es/vid/conflicto-intereses-tutor-incapacitado-226994>; última consulta: 17/03/2023)

¹⁰³ López Navarro, J. “Herencia con incapaz sujeto a patria potestad rehabilitada”, *notariosyregistradores.com. Revista electrónica* (disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/resoluciones/por-meses/resoluciones-dgrn-marzo-2015/#61-herencia-con-incapaz-sujeto-a-patria-potestad-rehabilitada-/>)

¹⁰⁴ Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 5 de febrero de 2015 [versión electrónica – BOE-A-2015-2234, núm. 52, de 2 de marzo de 2015], pp. 19786-19788.

¹⁰⁵ Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 2 de agosto de 2012 [versión electrónica – BOE-A-2012-12707, núm. 245, de 11 de octubre de 2012], pp. 72852-72856.

del causante, entonces desaparecería la colisión entre curador representativo y el descendiente representado.

Ya en la partición de herencia propiamente dicha también se plantea el caso de colisión de intereses en la partición entre los coherederos, al ser uno de ellos curador representativo de la persona con discapacidad.

En el supuesto de partición de herencia en que la división se hace por lote de bienes, y no por cuotas indivisas, el coheredero sería interesado en su propio nombre, y a la vez curador representativo de otro hermano interesado, por lo que se daría una colisión de intereses al formalizar la elección. Para este caso, igual que para los restantes en que aparece colisión de intereses, se exige el nombramiento de un defensor judicial. Sin embargo, para el supuesto de partición de herencia por cuotas indivisas, no sería necesario el nombramiento de defensor judicial, en cuanto no existiría conflicto de intereses entre el curador representativo y el discapacitado, aunque si sería necesaria aprobación judicial posterior a la partición.

El supuesto mencionado en el párrafo anterior se presentaría análogamente cuando, ante la ausencia de testamento, la viuda ha de percibir el usufructo de una tercera parte de la herencia, y concurre representando a un hijo discapacitado. En este supuesto, si se realiza la adjudicación hereditaria respetando el porcentaje indicado en la declaración de herederos, no hay que formularse ningún tipo de elección que conduzca a un posible caso de colisión de intereses¹⁰⁶. Esto queda contemplado en la Resolución de la antigua DGRN de 23 de mayo de 2012¹⁰⁷.

Otros problemas se plantean, no cuando la persona con discapacidad va a heredar, sino cuando va a reconocer que su progenitor había vendido en vida un bien en documento privado.

Para la elevación a público de este contrato privado suscrito por un cónyuge ya fallecido, es necesario que comparezcan comprador y herederos del vendedor. Al comparecer como herederos para poder otorgar la escritura de elevación a público de

¹⁰⁶ Álvarez Rivera, J.A. “Herencia con posible conflicto de intereses entre madre e hijo menor”, *notariosyregistradores.com*. *Revista electrónica* (disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2012-JUNIO.htm>; última consulta 23/03/2023)

¹⁰⁷ Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 23 de mayo de 2012 [versión electrónica – BOE-A-2012-8589, núm. 153, de 27 de junio de 2012], pp. 45577-45582.

documento privado, de alguna manera, se está aceptando tácitamente la herencia¹⁰⁸. Al intervenir una persona con discapacidad, debería su curador intervenir en su representación para dar su consentimiento a esta escritura de elevación a público. Llegados a este punto, el Derecho se pregunta si es necesaria autorización judicial o no. Finalmente, la doctrina ha entendido que no se trata de un acto de disposición sino de un acto jurídico de reconocimiento o ratificación de un contrato privado, por lo que no sería preciso recabar autorización judicial previa, conforme a la Resolución de 1 de junio de 2012, de la DGRN¹⁰⁹.

Un conflicto más que se plantea en la práctica diaria de los notarios es la frecuencia con la que se reciben en herencia bienes hipotecados. Cabe plantearse si, entonces, el heredero estaría hipotecando, con la mayor premisa de que si el heredero fuera una persona con discapacidad, debería el curador representativo solicitar autorización judicial, también. La doctrina ha entendido que heredar un bien hipotecado no supone realizar un acto independiente de gravamen que comprometa el patrimonio preexistente de la persona con discapacidad, por lo tanto, no sería necesaria la autorización judicial. Dicha orientación se desprende de la Resolución de la DGRN de 7 de julio de 1998¹¹⁰.

En último lugar, se debe analizar la extinción de condominio, figura que, en la práctica suscita dudas en cuanto a su naturaleza.

El propio Art. 289 del CC asimila la división de la cosa común a la partición de herencia, determinando la no exigencia de autorización judicial previa, pero sí la posterior aprobación judicial.

Lo que ocurre es que la extinción de un condominio puede llevarse a cabo de diferentes formas y no solo a través de la división de la cosa común. Así, tratándose de un bien indivisible que pertenece a varios copropietarios, teniendo uno de ellos discapacidad, si uno de los copropietarios se quedara con el bien abonando el valor a los restantes, entre ellos al discapacitado, podría defenderse su naturaleza dispositiva, en cuanto se asimila a un acto de enajenación, y exigírsele autorización judicial previa. Pero,

¹⁰⁸ Álvarez Rivera, J.A. “Elevación a público de documento privado existiendo un incapacitado”, *notariosyregistradores.com. Revista electrónica* (disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2012-JUNIO.htm>; última consulta 23/03/2023)

¹⁰⁹ Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 1 de junio 2012 [versión electrónica – BOE-A- 2012-8710, núm. 155, de 29 de junio de 2012], pp. 46243-46247.

¹¹⁰ Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 7 de julio de 1998 [versión electrónica – BOE-A- 1998-18528, núm. 182, de 31 de julio de 1998], pp. 26118 a 26119.

en el caso de que, sin embargo, existiera un lote de bienes sobre los que realizar una extinción de condominio, no se daría una enajenación, sino una especificación, determinación, o concreción de la parte que corresponde a cada uno de los copropietarios. En este caso bastaría con una elección, para la que, en caso de no darse colisión de intereses, no sería necesaria autorización judicial previa, pero si la posterior aprobación como división de la cosa común.

Habiendo sido muy discutida la naturaleza jurídica de la disolución de comunidad, y siendo prevalente la jurisprudencia, entre otras la Resolución de la DGRN de 16 diciembre 2014¹¹¹, y doctrina¹¹² que considera su naturaleza de acto especificativo o determinativo de derechos, hay casos en que es asimilado a un acto de disposición del Art. 287 del CC.

¹¹¹ Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 16 diciembre 2014. [versión electrónica – BOE-A-2015-572, núm. 20, de 23 de enero de 2015], pp. 5037 a 5044.

¹¹² Faus Pujol, M. “Reglas generales de extinción de comunidad” *Vlex* (disponible en: <https://vlex.es/vid/extincion-comunidad-226553>; última consulta: 31/03/2023)

CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES

Tras examinar exhaustivamente las más relevantes normas jurídicas, la jurisprudencia emitida por nuestros Tribunales, y la doctrina existente, pueden extraerse del presente trabajo las conclusiones expuestas a continuación:

1.- El concepto “persona con discapacidad” recibe un giro radical con la nueva Ley, en cuanto deja de contemplarse desde un punto de vista negativo o restrictivo de la capacidad, entendiéndola incapaz, para pasar a contemplarla en positivo, como persona que precisa apoyo para ejercer, por sí misma, los derechos de que es titular en virtud de su capacidad jurídica. De esta forma, el sistema de medidas de apoyo que propone la Ley 8/2021 para su protección, se centra en apoyar, y no en suplir, a la persona con discapacidad, para que, respetando su voluntad, deseos y preferencias, ejerza su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones que los demás; y tan solo en los casos en que no sea posible, se acudirá a la sustitución o representación.

2.- Dichas medidas de apoyo, enumeradas según el orden de preferencia que preside la reforma, serían: medidas voluntarias de apoyo, guarda de hecho, curatela y defensa judicial.

En primer lugar, se da preferencia a las medidas voluntarias de apoyo, medida formal que promueve la autonomía de la persona con discapacidad. Crece enormemente la importancia de la antes residual figura del guardador de hecho, medida informal de apoyo, habitual en muchas familias estructuradas, que podrá ejercer funciones representativas solicitando autorización judicial. En último lugar, se situarían las medidas judiciales de apoyo, medidas formales, que en función de que la necesidad de protección sea permanente o sea ocasional, aún recurrente, revestirá la forma de curatela, en principio asistencial y solo excepcionalmente representativa, o de defensor judicial.

3.- En la protección de las personas con discapacidad, el papel del Notario pasa a ser fundamental: de un lado, en cuanto que las medidas voluntarias de apoyo se tienen que instrumentar ante Notario; de otro lado, el juicio de capacidad que el Notario debe prestar en la realización de determinados negocios. En esta tesitura, el Notario desarrollará su doble cualidad, de funcionario público y profesional del derecho, con sus correspondientes funciones de autoridad y asesoramiento. Ello supone que, con la entrada en vigor de la LAPDECJ, la profesión notarial se enfrenta a una entusiasta tarea, cual es

la de reforzar la dignidad humana de las personas con discapacidad, pero a la vez enormemente compleja, para lo cual sería conveniente la determinación de unas indicaciones y directrices homogéneas.

4.- La función de asesoramiento persigue elaborar un “traje a medida” para cada discapacitado, para lo cual deviene fundamental la comunicación directa entre el Notario y la persona con discapacidad, con el objetivo de que esta última exprese sus preferencias. En el caso de no alcanzarse una comunicación fluida, se recurrirá a cualquier medio técnico, material o humano que la facilite: personas facilitadoras del lenguaje, psicólogos y/o educadores sociales, pictogramas, imágenes, dibujos, reforzar mensajes importantes, utilizar frases sencillas, o hablar despacio, entre otras.

5.- Esta función de asesoramiento se prestará tanto en el caso de que la persona con discapacidad desee autorregular su discapacidad actual y/o futura, como en el caso en el que sean los progenitores quienes deseen establecer disposiciones favorecedoras del discapacitado.

En el primero de los casos, dicha autorregulación podrá darse a través de la escritura de constitución de medidas de apoyo, poderes con subsistencia de efectos para el caso de discapacidad, poderes que solo entran en vigor en situación de falta de capacidad del poderdante, contrato de mandato y auto curatela.

En el segundo, nos encontraríamos con las previsiones testamentarias, de muy diverso contenido, prestando especial interés la figura de la sustitución ejemplar, y la constitución de un patrimonio protegido.

6.- La función de autoridad que desempeña el notariado español se centrará en dos aspectos: De un lado, comprobar la capacidad de entendimiento y discernimiento del acto que se ejecuta, por la persona con discapacidad, y su voluntad de llevarlo a cabo. Y por otro, en verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la medida de apoyo aplicable al caso concreto, ya sea ésta, voluntaria o judicial, formal o informal, permanente u ocasional, para la adecuada protección de la persona con discapacidad, en cuestión. Dicha intervención notarial, una vez constatados ambos aspectos, asegura la validez y eficacia en el tráfico jurídico, de los negocios celebrados por la persona con discapacidad.

7.- Presenta especial interés el estudio de los requisitos a verificar por el Notario en determinados actos de trascendencia personal, tales como otorgamiento de poderes para ejercitar el derecho de voto, otorgamiento de testamento y expediente matrimonial y celebración de matrimonio; y en determinados negocios y contratos de trascendencia patrimonial, que son algunos de los enumerados en el Art. 287 del CC.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado. Artículo 1.

Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE de 7 de julio de 1944).

Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 6 de febrero de 2003 [versión electrónica – BOE-A-2003-5132, núm. 61, de 12 de marzo de 2003, páginas 9668-9669]

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Artículo 10, apartado dos.

“La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, 13 de diciembre de 2006, Art.3 y 12.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 14 de abril de 2011, núm. 289/2011, núm. Recurso 1404/2007 [base de datos vlex]. Fecha de última consulta: 04/02/2023.

Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 12 de julio de 2013 [versión electrónica – BOE-A-2013-9911, núm. 229, de 24 de septiembre de 2013, páginas 77039-77043]

Sesión JEC, de 16 de octubre de 2019, [versión electrónica – base de datos juntaelectoralcentral.es, núm. Acuerdo 208/2019]. Fecha de la última consulta: 18 de julio de 2023.
http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina/acuerdos?anyosesion=2019&idacuerdoinstruccion=67435&idsesion=932&template=Doctrina/JEC_Detalle

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 (BOE 3 de junio de 2021)

Instrucción de 3 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notarios. Cuarto.

Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

2. JURISPRUDENCIA

Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 7 de julio de 1998 [versión electrónica – BOE-A- 1998-18528, núm. 182, de 31 de julio de 1998], pp. 26118 a 26119.

Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 23 de mayo de 2012 [versión electrónica – BOE-A- 2012-8589, núm. 153, de 27 de junio de 2012], pp. 45577-45582.

Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 1 de junio 2012 [versión electrónica – BOE-A- 2012- 8710, núm. 155, de 29 de junio de 2012], pp. 46243-46247.

Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 2 de agosto de 2012 [versión electrónica – BOE-A- 2012-12707, núm. 245, de 11 de octubre de 2012], pp. 72852-72856.

Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 16 diciembre 2014. [versión electrónica – BOE-A- 2015-572, núm. 20, de 23 de enero de 2015], pp. 5037 a 5044.

Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 5 de febrero de 2015 [versión electrónica – BOE-A- 2015-2234, núm. 52, de 2 de marzo de 2015], pp. 19786-19788.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 234/2016, 8 de abril de 2016 [versión electrónica – base de datos – Vlex]. Fecha de la última consulta: 23 de marzo de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 461/2016, 7 de julio de 2016 [versión electrónica – base de datos – Vlex]. Fecha de la última consulta: 23 de marzo de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 298/2017, 16 de mayo de 2017 [versión electrónica – base de datos – Vlex]. Fecha de la última consulta: 23 de marzo de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2017, de 8 de noviembre de 2017 [versión electrónica – base de datos – Vlex]. Fecha de la última consulta: 23 de marzo de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 56/2018, de 10 de enero de 2018 [versión electrónica – base de datos – Vlex]. Fecha de la última consulta: 15 de marzo de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 362/2018, 15 de junio de 2018 [versión electrónica – base de datos – Vlex]. Fecha de la última consulta: 23 de marzo de 2023.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz núm. 632/2020, de 14 de septiembre de 2020 [versión electrónica – base de datos – Vlex]. Fecha de la última consulta: 23 de marzo de 2023.

Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 15 de julio de 2021 [versión electrónica – BOE-A- 2021-12744, núm. 180, de 29 de julio de 2021], pp. 91653-91658.

Resolución de la DGRN (hoy, DGSJFP), de 30 de marzo de 2022 [versión electrónica – BOE-A- 2022-6423, núm. 93, de 19 de abril de 2022], pp. 53513-53519.

3. OBRAS DOCTRINALES

Alba Ferré, E., “La comparecencia ante el notario de las personas con discapacidad tras la ley 8/2021” *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1752-1779.

Álvarez Rivera, J.A. “Elevación a público de documento privado existiendo un incapacitado”, *notariosyregistradores.com. Revista electrónica* (disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2012-JUNIO.htm>; última consulta 23/03/2023)

Álvarez Rivera, J.A. “Herencia con posible conflicto de intereses entre madre e hijo menor”, *notariosyregistradores.com. Revista electrónica* (disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2012-JUNIO.htm>; última consulta 23/03/2023)

Belloch Julbe, J.A., “La seguridad jurídica preventiva. Su Valor actual” *El Notario del S.XXI, N°19, 2008* (disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-19/2007-la-seguridad-juridica-preventiva-su-valor-actual-0-8310023116236575>)

Bescansa Miranda, R. *Protección Jurídica de la Persona*. Aferre, Barcelona, 2021, p.258.

Botello Hermosa, P., “La importante modificación que propone en el derecho sucesorio español el anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, N.º 776, pp. 2783-2804.

Cabello de Alba Jurado, F., “Aspectos notariales de la reforma del Código Civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, Academia Sevillana del Notariado, *Conferencias de los cursos académicos 2020-2021/2021-2022*. Academia Sevillana del Notariado, Sevilla pp. 80-142.

Campos Izquierdo, A.L., “Protección del derecho de las personas con discapacidad a votar, testar y contraer matrimonio, conforme a la jurisprudencia del TS”, *Elderecho.com. Lefebvre* (disponible en: <https://elderecho.com/proteccion-del-derecho-las-personas-discapacidad-votar-testar-contraer-matrimonio-conforme-la-jurisprudencia-del-ts> ; última consulta 18/02/2023)

Carrión, S., “Sustitución fideicomisaria en favor de hijos con discapacidad. Algunas consideraciones sobre los arts. 782 y 808 CC tras su redacción por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Instituto de Derecho Iberoamericano*, (disponible en: <https://idibe.org/tribuna/sustitucion-fideicomisaria-favor-hijos-discapacidad-algunas-consideraciones-los-arts-782-808-cc-tras-redaccion-la-ley-82021-2-junio/>)

Castro-Girona Martínez, A. La Convención de los derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: El Notario “Ombudsman social”. *Aequitas Documentos. Fundación del Notariado* (disponible en: https://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=2823dc01-e493-48c0-95cc-56a8b4de0c7a&groupId=10228)

Castro-Girona Martínez, A., “El notario, autoridad y apoyo institucional en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad” *El Notario del S.XXI, N° 102, 2022* (disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-102/academia-matritense-del-notariado/11301-el-notario-autoridad-y-apoyo-institucional-en-el-ejercicio-de-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad>)

Castro-Girona Martínez, A., “La reforma civil de la Ley 8/2021: el paradigma de los apoyos y el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad”, *Hay Derecho Blog* (disponible en: <https://www.hayderecho.com/2021/06/29/la-reforma-civil-de-la-ley-8-2021-el-paradigma-de-los-apoyos-y-el-ejercicio-de-derechos-en-condiciones-de-igualdad/>; última consulta: 11/03/2023)

De Verda y Beamonte, J. R.: “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021 de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario la Ley*, núm. 10021, Sección Dossier, 3 de marzo de 2022.

Durán Alonso, S., “Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: el papel de los notarios en España a la luz de la Ley 8/2021” *Rev. Boliv. de Derecho* N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 44-71.

Faus Pujol, M. “Conflicto de intereses tutor con menor y curador con discapacitado” *Vlex* (disponible en: <https://vlex.es/vid/conflicto-intereses-tutor-incapacitado-226994>; última consulta: 17/03/2023)

Faus Pujol, M. “Reglas generales de extinción de comunidad” *Vlex* (disponible en: <https://vlex.es/vid/extincion-comunidad-226553>; última consulta: 31/03/2023)

García Fernández, J., “La especial importancia de los poderes preventivos en el nuevo régimen de protección a las personas con discapacidad”, *Garrigues comunica* (disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/especial-importancia-poderes-preventivos-nuevo-regimen-proteccion-personas-discapacidad)

García Rubio, M.P., “El proyecto de reforma del Código Civil «consagra el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales y la prevalencia de su voluntad, deseos y preferencias»”, *Liber. Asociación de entidades de apoyo a la toma de decisiones*. (disponible en <https://www.asociacionliber.org/desde-la-tribuna-maria-paz-garcia-rubio-reforma-codigo-civil/>; última consulta 3/02/2023)

Gomá Lanzón, F. “El poder preventivo tras la ley de apoyo a las personas con discapacidad” *El Notario del S.XXI*, N° 106, 2022 (disponible en: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/10934-el-poder-preventivo-tras-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>)

Hermida Bellot, B., “Personas con discapacidad intelectual y medidas de apoyo en el ejercicio de su derecho a otorgar testamento. Análisis de la reforma operada por Ley 8/2021”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 1914-1933.

Hijas Cid, E. “Novedades en la regulación de la autotutela”, *El Notario del S.XXI*, N° 106, 2022 (disponible en: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/10936-novedades-en-la-regulacion-de-la-autotutela>)

López Navarro, J. “Herencia con incapaz sujeto a patria potestad rehabilitada”, *notariosyregistradores.com. Revista electrónica* (disponible en:

<https://www.notariosyregistradores.com/web/resoluciones/por-meses/resoluciones-dgrn-marzo-2015/#61-herencia-con-incapaz-sujeto-a-patria-potestad-rehabilitada/>

López San Luis, R. “Guarda de hecho vs guarda de derecho tras 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”, Dykinson, Madrid, 2022, p.139

Lora Tamayo, I. “El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica”, *El Notario del S.XXI, N°101*, 2022 (disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10762-el-apoyo-notarial-a-la-persona-discapacitada-en-la-ley-que-reforma-los-preceptos-del-codigo-civil-relativos-al-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>)

Lora Tamayo, I., “Algunas aplicaciones notariales en la Ley de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica” *El Notario del S.XXI, N° 107*, 2022 (disponible en: <https://www.elnotario.es/tribunales/86-secciones/opinion/opinion/10937-algunas-aplicaciones-notariales-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>)

Lora Tamayo, I., “La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021” *El Notario del S.XXI, N° 106*, 2022 (disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11191-la-comunicacion-en-el-otorgamiento-notarial-en-la-ley-8-2021>)

Mariño Pardo, F., “El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Naturaleza y cuestiones generales. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. 1.”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: <http://www.iurisprudente.com/2014/06/el-administrador-de-bienes-de-un-menor.html>; última consulta: 09/03/2023)

Mariño Pardo, F., “La dispensa de la autorización judicial por el testador al administrador testamentario en los actos de disposición. Su posibilidad en el derecho común y en los derechos forales. La Resolución DGSJFP de 26 de septiembre de 2022.”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: <http://www.iurisprudente.com/2022/11/la-dispensa-de-la-autorizacion-judicial.html>; última consulta: 09/03/2023)

Mariño Pardo, F., “Las sustituciones pupilar y ejemplar.”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: <http://www.iurisprudente.com/2017/11/las->

sustituciones-pupilar-y-
ejemplar.html#:~:text=Seg%C3%BAn%20la%20Sentencia%20de%202014,sencillamente
%20mediante%20la%20sustituci%C3%B3n%20fideicomisaria; última consulta
09/03/2021)

Mariño Pardo, F., “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Modificación del artículo 1732 del Código Civil: causas de extinción del mandato.”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: [http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_13.html#:~:text=El%20mandato%20se%20extinguir%C3%A1%2C%20tambi%C3%A9n,a%20lo%20dispuesto%20por%20%C3%A9ste.](http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_13.html#:~:text=El%20mandato%20se%20extinguir%C3%A1%2C%20tambi%C3%A9n,a%20lo%20dispuesto%20por%20%C3%A9ste.;); última consulta: 18/02/2023)

Mariño Pardo, F., “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Supresión de la sustitución ejemplar.”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_6.html; última consulta: 09/03/2023)

Mariño Pardo, F., “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: La posibilidad de designación de tutor o curador en testamento.”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: http://www.iurisprudente.com/2021/09/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_10.html; última consulta: 09/03/2023)

Mariño Pardo, F., “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Testamento del incapacitado”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_79.html; última consulta: 18/02/2023)

Mariño Pardo, F., “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: La aceptación y la repudiación de la herencia por la persona con discapacidad.”, *Iuris Prudente*. Blog de Derecho Privado. (disponible en: http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_7.html; última consulta 11/ 03/2023)

Martínez Sanchiz, J.A., “La Ley 8/2021 es un referente mundial en materia de discapacidad”, *El Notariado informa* (disponible en: https://www.notariado.org/portal/-/la-ley-8/2021-es-un-referente-mundial-en-materia-de-discapacidad-?redirect=%2Fportal%2Finicio%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_asset_publisher_web_portl

et_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_oWHL0EZI7lGE%26p_p_lifecycle%3D2%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_resource_id%3DgetRSS%26p_p_cacheability%3DcacheLevelPage; última consulta: 23/03/2023)

Mesa Torres, P., “Actos realizados por el curador representativo que precisan autorización judicial”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, N.º 749, pp. 2624 y 2625; 2635-2638; 2643 y 2644.

Moreno Flores, R. M. (2022). Problemáticas jurídicas de las personas con discapacidad intelectual. Dykinson.

Moscoso Torres, R.M., “Disposiciones gratuitas a favor de las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio. Referencia al patrimonio protegido”, Academia Sevillana del Notariado, *Conferencias de los cursos académicos 2020-2021/2021-2022*. Academia Sevillana del Notariado, Sevilla pp. 208-246.

Moscoso Torres, R.M., “La modificación del régimen de legítimas de los descendientes tras la Ley 8/2021”, *Boletín de Información Notarial N° 55- MAR 2023*, pp. 3-13, (disponible en: <file:///C:/Users/BEEP/Downloads/BIN%2055.pdf>)

Núñez, M. N., Vicente, M. P., & Hernández, M. D. M. H. (2022). El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio (Tratados, Comentarios y Practicas Procesales) (1.a ed.). Tirant Lo Blanch.

Oñate Cuadros, F.J: Una oportunidad perdida: reformas necesarias en el Código Civil para las personas con discapacidad en el ámbito sucesorio.; La reforma de la discapacidad volumen 2, Fundación del Notariado, Madrid, 2022, p. 476

Peinado Ruano, J., “La función asesora y equilibradora del Notario” *El Notario del S.XXI, N° 9, 2006* (disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-9/2754-la-funcion-asesora-y-equilibradora-del-notario-0-3980045657586349>)

Pérez Ramos, C. “Incidencia de la Ley 8/2021 sobre las sustituciones hereditarias”, *El Notario del S.XXI, N° 107, 2023* (disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10933-incidencia-de-la-ley-8-2021-sobre-las-sustituciones-hereditarias>)

Robles Ramos, K.J., “Intangibilidad cualitativa de la legítima. Excepciones”, Dykinson, Madrid, 2021.

Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 259-263.

Tena Arregui, R., “El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del S.XXI*, N° 107, 2023 (disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10931-el-juicio-notarial-de-valoracion-del-consentimiento-tras-la-ley-8-2021-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>; última consulta 11/03/2023)

Tomaselli Rojas, A.L., “Cambio del paradigma de la guarda de hecho. La autoridad competente para el nombramiento del defensor judicial en la provisión de medidas de apoyo”, *Elderecho.com. Lefebvre* (disponible en: <https://elderecho.com/defensor-judicial-nombramiento-medidas-apoyo>; última consulta 3/02/2023)

Valls Xufré J.M. “La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (I). La Convención de Nueva York y su incumplimiento en España (*)” *Elderecho.com. Lefebvre* (disponible en <https://elderecho.com/la-abolicion-de-la-incapacitacion-el-notario-y-los-apoyos-a-la-discapacidad-i-la-convencion-de-nueva-york-y-su-incumplimiento-en-espana>; última consulta 3/02/2023)

4. RECURSOS ELECTRÓNICOS

Comisión de Derechos Humanos, “Guía Notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: El Notario como apoyo institucional y autoridad pública”, *Unión Internacional del Notariado*. (disponible en: <https://www.notariado.org/portal/documents/176535/264697/Gu%C3%ADa+de+buenas+pr%C3%A1cticas+para+personas+con+discapacidad+del+notariado+mundial.pdf/c7a36d45-b01c-f8f5-936e-6dc598ca2bfa?t=1580212779010>; última consulta: 11/04/2023).
Presidido por: Almudena Castro-Girona Martínez, presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la UINL)

Espiñeira Soto, I. “Resumen de la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *notariosyregistradores.com. Revista electrónica* (disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/discapacitados.htm>; última consulta 4/02/2023)

Martorell García, V. “Cuadros prácticos notariales sobre la reforma de la discapacidad por la Ley 8/2021”, (disponible en: <http://www.oviedonotaria.com/>)

Valcarce, A. “Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad” *Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales* (disponible en: https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/Version_sencilla_proteccion_patrimonial_2009.pdf; última consulta: 15/03/2023)