



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD ANTE EL NOTARIO**

María del Carmen Cano Carrero

4º E-1 JGP

Derecho Civil- Derecho de personas

José María Ruiz de Huidobro de Carlos

Madrid

Abril 2022

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	5
II.	NOCIONES GENERALES DE PERSONA CON DISCAPACIDAD	7
2.1	CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD	7
2.2	Protección constitucional de las personas con discapacidad	8
2.3	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	8
2.4	RDL 1/2013, de 29 de noviembre	11
III.	PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DISCAPACITADOS EN CLAVE EVOLUTIVA DE LA INCAPACITACIÓN A LOS APOYOS.....	12
3.1	ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY 8/2021	12
3.2	DESPUÉS DE LA REFORMA.....	15
3.2.1	Medidas de apoyo de naturaleza voluntaria.....	16
3.2.2	Guarda de hecho.....	21
3.2.3	Curatela.....	23
3.2.4	Defensor judicial	24
IV.	INSTITUCIÓN DEL NOTARIADO.....	26
4.1	OBLIGACIONES DEL NOTARIO PARA CON LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ..	27
4.2	CONSENTIMIENTO Y JUICIO DE CAPACIDAD.....	30
V.	EL APOYO NOTARIAL A LA PERSONA DISCAPACITADA EN LA LEY QUE REFORMA LOS PRECEPTOS DEL CÓDIGO CIVIL RELATIVOS AL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA	36
5.1	COMPARECENCIA ANTE EL NOTARIO	38
5.1.1	Comparecencia de persona con discapacidad que no cuenta con apoyos ..	40
5.1.2	Comparecencia de persona con discapacidad que sí cuenta con apoyos....	42
5.1.3	Representación de la persona con discapacidad.....	46
5.2	PARTICIPACIÓN DEL NOTARIO EN LA CONSTITUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO DE NATURALEZA VOLUNTARIA	48
5.3	BREVE REFERENCIA AL PAPEL DEL NOTARIO RESPECTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO SUCESORIO	53
VI.	CONCLUSIONES	55

VII. BIBLIOGRAFÍA	58
7.1 LEGISLACIÓN	58
7.2 JURISPRUDENCIA.....	58
7.3 OBRAS DOCTRINALES	58
7.4 RECURSOS DE INTERNET	59
VIII. ANEXOS	61
8.1 TESTAMENTO OTORGADO POR PERSONA CON DISCAPACIDAD	61
8.2 ACTA NOTARIAL SOBRE EL JUICIO DE CAPACIDAD DEL OTORGANTE.....	63

ABREVIATURAS

CC Código Civil

CDPD Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

CE Constitución Española

LJV Ley de Jurisdicción Voluntaria

LN Ley del Notariado

RAE Real Academia Española

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TS Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

Con la reciente 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, conviene realizar un estudio meticuloso sobre cómo las personas con discapacidad son protegidas por el notario, ahora que, tras la ley, cuentan con plena igualdad jurídica.

La nueva ley ha supuesto un cambio absoluto en la situación de las personas con discapacidad tratándolas como iguales y eliminando por fin todo tipo de discriminación. El objetivo general de este trabajo es realizar un análisis de su nueva situación y centrar la mayor parte del trabajo el ámbito del notariado, en concreto, en los criterios en los que se basa el notario para autorizar o denegar la realización de un acto o negocio jurídico otorgado ante él por una persona con discapacidad, la cual ahora tiene igualdad jurídica, y no una capacidad de obrar limitada; pudiendo hacer a priori, todo tipo de actos.

Como objetivos específicos de este trabajo está el estudio de las obligaciones y el comportamiento que ha de tener un notario cuando una persona con discapacidad acude ante él para otorgar un acto o negocio jurídico y, el juicio de capacidad realizado por el notario respecto del discapacitado, junto con la valoración del consentimiento prestado por la persona con discapacidad.

En relación a la metodología que se ha aplicado en el estudio del tema destaca, por un lado, la utilización del método histórico en lo relativo a la evolución de la protección de las personas con discapacidad, con ocasión de la nueva Ley. Por otro lado, se ha aplicado el método exegético a la hora de hacer un estudio exhaustivo y detallado de la institución del notariado y de la nueva ley, en concreto en lo que ha cambiado la situación de los notarios respecto de las personas con discapacidad, ya que ahora cuentan con una responsabilidad mucho mayor respecto a aquellas; lo cual ha resultado especialmente atractivo e interesante para la elección del tema.

El trabajo comienza con una explicación del concepto de persona con discapacidad, así como de sus derechos protegidos por la CE y haciendo mención a la CDPD; principio informador estructural del derecho español. Concluyendo este punto, con una breve referencia al RDL 1/2013, de 29 de noviembre.

Posteriormente, se analiza toda la evolución en la protección de las personas con discapacidad, partiendo de una base de incapacitación judicial y acabando con la nueva ley, que plantea la figura de los apoyos como complemento del ejercicio de la capacidad jurídica del discapacitado.

El tercer punto de estudio es la institución del notariado y sobretodo las obligaciones del notario para con las personas con discapacidad, así como el juicio de capacidad a realizar por este mismo, el cual es el eje vertebrador de toda la investigación.

En cuarto lugar, se analizan los distintos supuestos de posible comparecencia del discapacitado ante el notario y la correspondiente autorización o denegación por éste, del acto pretendido por la persona con discapacidad, en base al grado de discernimiento que tenga el discapacitado. Este punto de estudio irá complementado con un anexo situado en la parte final del trabajo.

Finalmente, en las conclusiones se plantean los resultados obtenidos del estudio del tema objeto del trabajo.

II. NOCIONES GENERALES DE PERSONA CON DISCAPACIDAD

2.1 Concepto de persona con discapacidad

La Real Academia Española (RAE), define el concepto de persona con discapacidad como aquella *“situación de la persona que por sus condiciones físicas o mentales duraderas se enfrenta con notables barreras de acceso a su participación social”*¹.

No obstante, hasta hace relativamente poco, la definición de persona con discapacidad que ofrecía la RAE era completamente distinta: *“Que padece una disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida”*². Con la nueva reforma de la ley³, se suprime completamente el término “incapacidad” e “incapacitación”, bastante patente en los textos legales. Según la RAE, incapaz⁴ significa: *“que no tiene cumplida personalidad para actos civiles o, que carece de aptitud legal para algo determinado”*. Y precisamente es por ello por lo que se ha suprimido el término incapaz de la ley, porque con la nueva ley del 8/2021 la persona con discapacidad es apta para tomar sus propias decisiones, lo que significa que tienen plena capacidad de obrar, pues capacidad jurídica ya tenían, consiguiéndose por fin tras esta ley, una igualdad jurídica.

Se trata por tanto de aquella persona que tiene una limitación involuntaria que le impide llevar a cabo actuaciones que de no tener dicha limitación podría realizar como cualquier otra persona.

Es muy importante tener en consideración que no todos los términos para referirnos a las personas con discapacidad son válidos. En ocasiones, un término mal empleado puede lesionar o afectar gravemente a los derechos de estas personas (minusválidos, impedidos, deficientes, locos...)

¹Definición de persona con discapacidad ofrecida por la RAE, (disponible en <https://dle.rae.es/discapacidad>; última consulta 27/01/2022)

²Definición antigua de persona con discapacidad ofrecida por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, (disponible en <https://dpej.rae.es/lema/discapacidad>; última consulta 27/01/2022)

³Ley 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.

⁴Definición de incapaz ofrecida por la RAE, (disponible en <https://dle.rae.es/incapaz?m=form>; última consulta 27/01/2022)

2.2 Protección constitucional de las personas con discapacidad

Las personas con discapacidad están protegidas por la Constitución Española.

El artículo 14, garantiza la igualdad de todas las personas y la prohibición de la discriminación, incluidas las personas con discapacidad, aunque no se refiera de forma directa a aquéllas; el artículo 15 garantiza el derecho a la vida y la integridad física, la protección a la salud del artículo 49... así como el resto de artículos de nuestra CE, todos ellos protegen y garantizan los derechos constitucionales de las personas con discapacidad.

Es preciso mencionar también al artículo 49 CE que dispone que *“los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que en este Título se otorga a todos los ciudadanos”*. Este artículo hace referencia a la protección de los discapacitados. Las garantías de los derechos constitucionales se sistematizan a través de tres medidas de protección; en primer lugar, la figura del defensor del pueblo para la defensa de los derechos recogidos en el Título I CE (*cf.* art 54) en segundo lugar, se prohíbe la adopción de Decretos-Leyes que puedan afectar a estos derechos en supuestos de extraordinaria y de urgente necesidad (*cf.* art 86.1 CE) y en último lugar, se garantiza el respeto, el reconocimiento y la protección de dichos derechos a la hora de legislar, en la práctica judicial y en la actuación de los poderes públicos (*cf.* art 53.3 CE).

2.3 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Un aspecto clave a destacar es la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 ratificada por España el 30 de marzo de 2007.

Esta Convención, protege, garantiza y asegura la igualdad de derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, así como promueve el respeto a su dignidad⁵.

⁵ Artículo 1,1 Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)

La Convención, en su artículo 1.2 también nos ofrece una definición de persona con discapacidad: *“las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás”*.

La definición de persona con discapacidad actual ofrecida por la RAE, a mi modo de ver, se acerca mucho más a la definición de la Convención, que la antigua ofrecida por la RAE. Considero que la definición antigua no era respetuosa con las personas discapacitadas ya que las define como “incapaces”, término suprimido tras la reforma, siendo éste un término despectivo y no adecuado, pues estas personas pueden ejercer su capacidad jurídica en las mismas condiciones que las demás. La definición actual de la RAE se acerca a la de la Convención, vienen a decir la mismo, personas que tienen una limitación que les impide desenvolverse en la sociedad con la misma facilidad que el resto de personas que no la tienen.

En efecto, esta limitación varía ya que hay distintos grados de discapacidad, pues no todas las personas con discapacidad van a ser tratadas de la misma manera. Estos grados se establecen para diferenciar la discapacidad ya que la incapacidad de una persona para valerse por sí misma o para participar en la vida social, no es la misma. Como consecuencia de esta graduación, también nos encontramos con ayudas o subvenciones diferentes.

Ruiz de Huidobro⁶ nos habla de tres grados de discapacidad. En primer lugar, la discapacidad en sentido amplísimo que hace referencia al artículo 1.2 CDPD donde es válida cualquier medida de protección, aunque sea mínima⁷.

En segundo lugar, nos encontramos con la discapacidad en sentido amplio que es la que tiene aquella persona *“con discapacidad psíquica (33%), física o sensorial (65%)”*⁸ o cuando la persona tiene *“dependencia en los grados II o III”*⁹. Este grado de

⁶ Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Manual de Derecho Civil parte general*, Dykinson S.L., 3ª Edición., Madrid, 2021. p. 260

⁷ Ídem.

⁸ Artículo 2.2 LPPPA

⁹ Artículo 26 LPAPAPD

discapacidad exige medidas de protección más específicas, más intensas y eficaces, como, por ejemplo, la constitución de patrimonios protegidos¹⁰.

El tercer grado de discapacidad que nos plantea Ruiz de Huidobro es la discapacidad en sentido estricto. El nivel de protección es máximo ya que se trata de medidas que apoyan a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Medidas que pueden ser legales o bien, implantadas mediante resolución judicial o medidas voluntarias (*cf.* art. 250 CC). Estas medidas son la guarda de hecho, el defensor judicial, la curatela y las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria (poderes y mandatos preventivos, autcuratela), objeto de explicación en este trabajo por la reciente entrada en vigor de la Ley 8/2021. Estas medidas se aplican a las personas que cuenten con “*una discapacidad que atañe al grado de discernimiento, teniendo como resultado el defecto o insuficiencia de su voluntad*”¹¹.

Esta Convención es el pilar para el reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad en todo el mundo. No solo se reconocen sus derechos sino también se les reconocen principios generales¹² como, por ejemplo, la no discriminación, la igualdad, la inclusión o la participación activa en la sociedad... (entre otros)

El artículo 12 CDPD es uno de los artículos primordiales de esta Convención por el que se reconoce a las personas con discapacidad como iguales ante la ley, reconociendo su personalidad jurídica, su capacidad jurídica, su capacidad de obrar; y en donde se les impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger a estas personas. Medidas proporcionales destinadas a evitar conflictos de intereses o influencias indebidas, y a garantizar un libre ejercicio de su capacidad jurídica¹³. Como veremos, el artículo 12 CDPD es lo que ha dado pie a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, objeto de estudio en el trabajo.

¹⁰ Ruiz de Huidob, *op. cit.*, p. 260

¹¹ Ídem.

¹² Artículo 3 CDPD

¹³ Comisión de Derechos Humanos, Unión Internacional del Notariado., “Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública”, p. 15, (disponible en https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8ae1-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec; última consulta 18/03/2022)

2.4 RDL 1/2013, de 29 de noviembre

Tras la CDPD, se crea el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Este Real Decreto habla de la igualdad de derechos y de oportunidades de las personas con discapacidad, de la no discriminación, del respeto a la dignidad y la autonomía individual de las personas con discapacidad, del libre acceso al empleo... Básicamente se traslada lo que establece la CDPD a una norma jurídica del Estado español.

III. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DISCAPACITADOS EN CLAVE EVOLUTIVA DE LA INCAPACITACIÓN A LOS APOYOS

El recorrido que han sufrido las personas con discapacidad a lo largo de los tiempos hasta llegar al hoy, a una auténtica igualdad de derechos, no ha sido para nada fácil. Es más, el cambio ha sido radical ya que, antiguamente, la discapacidad se veía como una maldición, como un castigo divino y no solo creaba rechazo, sino que se producía el aislamiento de estas personas. Poco a poco se ha ido produciendo una extraordinaria evolución hasta hoy, donde las personas con discapacidad tienen su hueco en la sociedad y derechos reconocidos.

La protección jurídica de los discapacitados ha cambiado totalmente y para comprenderlo es necesario hacer énfasis en dicha evolución.

3.1 Antes de la reforma de la Ley 8/2021

Antes de comenzar a abordar el tema en cuestión es importante dejar clara la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La razón de esto está en que, la regulación tradicional distinguía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

La capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad genérica para ser titular de derechos y obligaciones o, en general, para ser sujeto de relaciones jurídicas. Todo individuo tiene capacidad jurídica y ésta es igual para todos los hombres¹⁴.

Sin embargo, la capacidad de obrar es la aptitud para realizar con eficacia plena actos jurídicos o ejercitar derechos¹⁵.

Cuando una persona contaba con una discapacidad, deficiencia o limitación que le impedía gobernarse a sí misma, pasaba por un procedimiento de incapacidad judicial en donde una ST establecía la incapacidad como estado civil (*cf.* art. antiguo 199 CC). Esta persona, a partir de ese momento, tenía una capacidad jurídica plena, pero a la vez, una capacidad de obrar limitada. Su capacidad de obrar era limitada ya que, por mucho que fuese titular de derechos (como, por ejemplo, del derecho a la vida) sus actuaciones iban a ser siempre supervisadas e incluso intervenidas, por no poder gobernarse a sí misma (por ser declarada incapaz).

¹⁴ Ruiz de Huidob, *op. cit.*, p. 156

¹⁵ *Ibidem.* p. 159

La capacidad modificada judicialmente es una medida que limitaba la capacidad de obrar mediante una resolución judicial. Con el antiguo artículo 199 CC se cambiaba el estado civil¹⁶ de una persona por el de incapacitado, “capacidad modificada judicialmente”.

¿Por qué tenía lugar la incapacidad? la incapacitación se producía cuando una persona poseía una discapacidad (aplicando concepto de discapacidad según la definición antigua de la RAE) que no le “permitía gobernarse a sí misma”, y por ello su capacidad había de ser modificada, para así contar con una protección especial.

Como bien he dicho antes, el grado de discapacidad variaba de tal forma que la protección no era la misma para todas las personas declaradas incapaces, sino que era distinta en función del grado de intensidad de la discapacidad¹⁷. La capacidad de obrar se limitaba en función del grado de la discapacidad.

Eran dos los tipos de la capacidad modificada judicialmente, por un lado, la capacidad modificada parcialmente y por otro, la capacidad modificada totalmente. En la primera, la discapacidad influía en la persona de forma importante, mientras que, en la segunda, la discapacidad influía de forma muy intensa en la persona.

La protección de una y de otra era distinta:

En la capacidad modificada parcialmente, la institución era la de la curatela o bien, los padres (*cf.* art 289 CC). El mecanismo que complementaba la capacidad era la asistencia. Se trataba de asistir a la persona con discapacidad en la realización de los actos que expresamente señalase la sentencia, entendiéndose entonces, que era capaz para realizar el resto de actos de la vida civil. El individuo tenía una capacidad incompleta¹⁸.

Conforme a esto, el antiguo artículo 287 CC, establecía que, “*se encontraban bajo la institución de la curatela, las personas que en virtud de una sentencia de incapacitación o de una resolución judicial y en atención a su grado de discernimiento, necesitasen de la protección de esta institución*”.

¹⁶ Díez-Picazo, L y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil – Volumen I Parte General del Derecho civil y personas jurídicas*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 210

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Ruiz de Huidob, *op. cit.*, p. 262

En la capacidad modificada totalmente, la persona con discapacidad era sustituida por otra (representante legal) en su actuación jurídica. Su grado de discapacidad era mayor y por ello su protección, más intensa. La institución protectora era o bien, la patria potestad prorrogada o la tutela. La protección reforzada consistía en la administración de sus bienes, en su representación legal y en la guarda de su persona, habiendo una completa sustitución de la persona pues tenía una incapacidad completa, una incapacidad de obrar máxima. No obstante, en estos casos podían establecerse en la sentencia ciertos actos cuya realización sí era posible por el discapacitado (modificación parcial de la capacidad)¹⁹.

Esto se establecía en el antiguo artículo 222 CC que decía que estaban sujetos a tutela, entre otras personas, las personas incapacitadas por sentencia judicial.

Destacar, que en ambos casos y en virtud del antiguo artículo 199 CC, era necesaria la existencia de una sentencia en donde se declarase a dicha persona en situación de capacidad modificada judicialmente.

Una vez expuestos los estados civiles relativos a la persona con discapacidad antes de la reforma, es importante saber qué cambios han tenido lugar con la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

Si antes con una sentencia judicial se podía incapacitar a una persona con discapacidad, con la nueva ley no es posible puesto que se ha suprimido la incapacitación judicial. Ahora, la incapacidad como estado civil en el que la persona con discapacidad es privada a la hora de actuar (capacidad de obrar) como consecuencia de una resolución judicial, no existe. Así es que, con la nueva reforma, cualquier persona que lo necesite, con independencia de su situación de incapacidad, puede solicitar estas medidas de apoyo aún cuando no ha obtenido un reconocimiento administrativo²⁰.

También se ha suprimido la patria potestad prorrogada que es aquella que se ejerce sobre hijos mayores de edad incapacitados y; la patria potestad rehabilitada, que es aquella que se ejerce sobre hijos mayores solteros que han sido incapacitados²¹. La razón de su supresión se debe a que la nueva reforma opta por la autonomía y libertad de la

¹⁹ Ídem.

²⁰ Ley 8/2021, de 2 de junio

²¹ Antiguo Artículo 171 CC

persona con discapacidad a la hora de tomar decisiones. Finalidad, que es imposible que tenga lugar con la patria potestad prorrogada o con la rehabilitada.

La figura de la tutela se sustituye por una curatela, que va a ser la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad.

3.2 Después de la reforma

Con 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 han cobrado especialmente importancia las medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

“La finalidad de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica es la de permitir el desarrollo pleno de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Todas estas medidas de apoyo deberán inspirarse en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Únicamente se adoptarán medidas de origen legal o judicial cuando las demás medidas sean insuficientes. En lo relativo a las personas que prestan apoyo, siempre han de actuar de acuerdo a la voluntad, deseos y preferencias de aquellos a los que apoyen. No obstante, será clave que estas personas fomenten 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 para que poco a poco ésta pueda ir ejerciendo su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro” (cfr. art 249 CC).

Con esta reforma, las personas con discapacidad gozan de igualdad jurídica. Tienen la misma capacidad jurídica que el resto de personas, y serán libres para realizar con plena eficacia todo tipo de actos y negocios jurídicos. Tener plena capacidad jurídica significa que son sujetos de relaciones jurídicas, son titulares de derechos y de obligaciones. La particularidad es que, a diferencia del resto de personas, pueden precisar de apoyos que les asistan y les ayuden a comprender el acto o negocio jurídico que están llevando a cabo, a pesar de su limitación o deficiencia.

Las medidas de apoyo que plantea el CC para el ejercicio de la capacidad jurídica (cfr. art 250 CC) son las siguientes y están planteadas en orden de preferencia:

3.2.1 *Medidas de apoyo de naturaleza voluntaria*

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las que establece el propio discapacitado de forma voluntaria y autónoma. En este tipo medidas, recogidas en el Capítulo II del título XI del libro primero del CC, el discapacitado designa a la persona que le va a prestar asistencia (apoyo) y establece cómo va a hacerlo, cuando, ante qué negocios jurídicos y los límites de su actuación. Es la medida de apoyo principal, la decide él de forma voluntaria.

No obstante, la persona con discapacidad puede modificar o eliminar estas medidas, sea cual sea el momento.

Este tipo de medidas se pueden establecer por medio de escritura pública, poderes o de mandatos preventivos donde es crucial la figura del notario²². Es muy importante la labor del notario ya que gracias a la fe pública de la que dispone, dichos poderes, mandatos o escrituras se van a llevar a cabo. El notario convierte la voluntad de la persona en una realidad ya que plasma dicha voluntad en un documento ajustado a derecho, a la ley.

De este modo, de acorde con el artículo 255 CC, si una persona prevé que va a padecer algún tipo de limitación o deficiencia que le impida ejercer su capacidad jurídica en las mismas condiciones que el resto de personas, podrá establecer ella misma medidas de apoyo para su persona o para sus bienes, en escritura pública. Se trata de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria ya que es la propia persona quien las establece. En dicha escritura pública podrá regular todo lo relativo a dicho apoyo, el régimen de actuación, las facultades de dicha persona, la forma en que se va a ejercer el apoyo...e incluso mecanismos y plazos de revisión de dichas medidas, así como prever los órganos de control de dichos apoyos. Posteriormente, el notario da fe de la escritura pública y la manda inscribir en el Registro Civil para que quede constancia de la voluntad de dicha persona. Que este inscrito en el registro civil permite que la voluntad de la persona con discapacidad sea oponible frente a terceros en todos los casos.

Se trata de una prevención. Cuando hablamos de las medidas de naturaleza voluntaria hablamos de medidas que se toman para prevenir. Estas personas no cuentan con una

²² Ilustre Colegio de Abogados de Madrid., *Reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad. Paso a paso*, Colex., 1ª Edición, A Coruña, España 2021, p. 53

limitación o deficiencia en el momento en que otorgan dichas medidas, sino que las prevén y por ello las establecen.

Con la misma finalidad se puede otorgar un poder preventivo. Un poder es un documento que le da el poderdante a una persona (apoderado) para que le represente en determinados negocios jurídicos (en algunos concretos, o en todos sus negocios jurídicos). El poder se formaliza en escritura pública ante un notario, el cual da fe pública, y se inscribe en el Registro Civil de acuerdo con el artículo 260 CC.

Otorgar un poder es poner toda tu confianza en una persona (apoderado), que será quien actúe en tu nombre en las cuestiones que tú le hayas otorgado. Tiene que haber confianza.

Voy a centrarme en dos tipos de poderes. En primer lugar, poder preventivo que únicamente entra a operar cuando se cumple el supuesto que en él se establece. Por ejemplo, Ticio otorga un poder a favor de Cayo de gestión de todos sus negocios jurídicos, para el caso de que el día de mañana no pueda ejercer su capacidad jurídica en las mismas condiciones que el resto de personas. Se trata de un poder que únicamente va a ser efectivo si se da el supuesto en cuyo caso sería una medida de apoyo. Hasta que el supuesto no se da, el poder estará inactivo.

En línea con lo anterior, es muy importante la figura del notario ya que ha de levantar acta notarial en el que declare y deje constancia de que, efectivamente se ha producido dicha situación de necesidad de apoyo pudiendo también incorporar un informe pericial con la misma finalidad (*cf.* art 257 CC). Levantar acta o no es potestativo de tal forma que dependerá de si el notario considera adecuado hacerlo o no.

El otro tipo de poder es el poder de subsistencia, aquel en el que se incluye una cláusula de subsistencia, tal y como prevé el artículo 256 CC. Establecer una cláusula de subsistencia en un poder permite que éste subsista en un futuro si el poderdante precisa de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica. Si llegase el caso, el apoderado, en virtud del poder que le ha sido otorgado y que contiene dicha cláusula, seguiría actuando en su nombre en dicho negocio jurídico²³. En este caso, Ticio, en pleno uso de su capacidad jurídica le otorga un poder a Cayo para que gestione la totalidad de sus

²³ *Ibidem.* p. 55

negocios jurídicos e incluye en dicho poder una cláusula que establezca que, en un futuro, dicho poder subsista si no puede ejercer su capacidad jurídica por si mismo. Si llega ese momento, Cayo continuaría gestionando todos los negocios de Ticio, tal y como ha venido haciendo anteriormente.

En este caso, a diferencia del anterior, no hay inactividad, el poder entra operar desde el momento en el que se otorga y si se da el caso de necesitar apoyos, el poder continuaría activo pasando a ser una medida de apoyos.

En el caso ficticio planteado, Cayo gestionaría la totalidad de los negocios jurídicos de Ticio, tanto si es un poder con cláusula o si es un poder otorgado solo para el supuesto (preventivo). En este caso particular, como se trata de la gestión de la totalidad de los negocios jurídicos, se aplican las reglas de la curatela en todo lo que no este previsto en el poder, a no ser que el poderdante (Ticio) haya establecido otra cosa (*cf.* art 259 CC). Esta remisión a la curatela implica que entra en juego el artículo 287 CC de tal forma que, a no ser que el poderdante haya establecido lo contrario, si el apoderado quiere, por ejemplo, pedir dinero a préstamo, aceptar o repudiar herencias o incluso vender bienes inmuebles, necesitaría una autorización judicial. Hablamos de una aplicación complementaria de las normas de la curatela.

El contenido del poder puede ser cualquiera. Se podría decir que es a la carta ya que el que otorga un poder lo puede otorgar para lo que sea, tanto para cosas específicas (comprar, aceptar herencias, vender, gestionar...) como para cosas generales- poder general²⁴.

El poderdante podrá establecer límites a ese poder, así como condiciones, medidas y órganos de control, facultades que otorgue, cautelas para evitar influencias y conflictos de intereses... es muy importante que en el poder figure cuando se ha de extinguir (*cf.* art 258 CC) aunque resulta evidente saber que una de las razones de la extinción de un poder es la muerte del poderdante.

²⁴ Gomá Lanzón, F., “Los poderes preventivos en la ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *Hay Derecho*, (disponible en <https://www.hayderecho.com/2021/06/08/los-poderes-preventivos-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/>; última consulta 15/02/2022)

Al ser una medida de naturaleza voluntaria, que las facultades del que preste apoyo sean representativas o no, han de venir determinadas por la persona con discapacidad. En ningún caso se pueden delegar las facultades representativas ya que son de carácter personal. Son de carácter personal ya que la persona con discapacidad las ha establecido específicamente para la persona que le presta dicho apoyo. No obstante, ante una situación de necesidad, se podrá encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas, no pudiendo ser actos relativos a la protección de la persona (*cf.* art 261 CC).

He de recalcar que, un poder preventivo otorgado va a seguir operando aún cuando se establezcan otro tipo de medidas de apoyo (*cf.* art 258 CC).

Otra de las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria es la autocuratela.

La autocuratela es una figura que se da en los supuestos en los que una persona prevé que en un futuro va a necesitar apoyos para ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás y por ello nombra en escritura pública a una o a varias personas para que ejerzan la función de curador. Así como puede nombrar a una persona curador puede también establecer que una persona en concreto no sea su curador (*cf.* art 271 CC).

En la autocuratela también hay una prevención de una situación futura, de un porvenir. La autocuratela, los poderes y mandatos preventivos son medidas de naturaleza voluntaria establecidas por la persona con discapacidad y tienen una regulación muy similar.

La diferencia principal de la autocuratela respecto de los poderes y mandatos preventivos es que en la escritura pública en la que se establece la autocuratela, el apoyo que se va a prestar es la curatela. La regulación de la autocuratela es la misma que la de la curatela²⁵. Por tanto, el apoyo que se va a precisar es un apoyo que va a perdurar en el tiempo, un apoyo constante.

En cuánto a las similitudes, en la escritura pública (documento en el que se establece la autocuratela) se podrán establecer las funciones y actos concretos que el curador deberá

²⁵ CERMI, Fundación ONCE, Fundación Aequitas, Consejo General del Notariado., “El Impacto de la reforma del derecho civil”, (disponible en https://fundacionestutelares.org/wp-content/uploads/2021/09/pyr_legislacion_civil_if_maquetado.pdf; última consulta 18/03/2022)

de llevar a cabo, así como otro tipo de cuestiones como la administración y disposición de sus bienes, retribución del curador..., etc. (*cf.* art 271 CC)

La autocuratela se diferencia de la curatela en que, en esta última, la persona necesitada de apoyo no ha hecho previamente una declaración en escritura pública dejando atado todo lo relativo a su persona y a sus bienes en caso de una futura discapacidad o de necesitar apoyos continuados. En la curatela la persona con discapacidad no designa al curador.

En la autocuratela hay una previa designación del curador en donde impera la autonomía y voluntariedad de la persona que le designa. Es una medida de apoyo voluntaria²⁶. El TS en la STS de 2 de noviembre de 2021 establece que *“la posibilidad legal de nombrar curador, antes tutor, es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos por el artículo 10 CE, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada, para designar la persona que ejerza la función de curador o incluso excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo”*²⁷.

No obstante, la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo en lo relativo a la autocuratela, puede no ser tenida en cuenta por la autoridad judicial siempre que exista una razón motivada y sea para el beneficio del discapacitado (*cf.* art 272 CC).

Las medidas voluntarias establecidas por la persona con discapacidad han de cumplirse preferentemente y literalmente, puesto que es su voluntad y ésta ha de ser respetada. En el caso de que estas medidas sean insuficientes o inadecuadas, se podrán establecer otras medidas, no voluntarias, sino judiciales.

En el caso de que no se hayan establecido medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, siendo estas realmente necesarias, los jueces podrán establecer medidas judiciales²⁸.

²⁶ Ilustre Colegio de Abogados de Madrid., *op cit.*, p. 53

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 734/202, de 2 de noviembre de 2021. Fundamento Jurídico 3.3

²⁸ CERMI, Fundación ONCE, Fundación Aequitas, Consejo General del Notariado., “El Impacto de la reforma...”, *op. cit.*, S.P.

Tienen que ser medidas proporcionales (las justas y necesarias) a su limitación o deficiencia y que respeten su voluntad, deseos y preferencias (*cf.* art 268.1 CC)

3.2.2 *Guarda de hecho*

La guarda de hecho es una institución que ya estaba prevista en la anterior regulación. La guarda de hecho se da cuando una persona (guardador) asume las funciones del guardador legal sin tener atribuida la representación legal. Estas funciones consisten principalmente en la asistencia o el apoyo. Es una institución muy arraigada en nuestro país por la importancia que existe en nuestro entorno de la familia y de los amigos, de tal forma, que son éstos quienes, generalmente prestan dicha asistencia (guarda)²⁹. Es un apoyo natural procedente de su entorno.

La guarda de hecho se da cuando: una persona mayor de edad no está incapacitada y su familia le presta dicha asistencia (se convierten así en guardadores de hecho); o, cuando una persona mayor va perdiendo facultades, precisando de apoyo, y su familia le presta dicha falta, convirtiéndose en guardadores de hecho³⁰.

El hecho de que a una persona se la vea como incapacitada no está bien visto en la sociedad de hoy en día y por ello esta institución es frecuente y muy recurrente, destinada a evitar cualquier signo que muestre debilidad en la sociedad.

Tras la entrada en vigor de la nueva ley, la institución de la guarda de hecho ha sido mejorada siendo una medida informal, puesto que no tiene por qué figurar por escrito, y de carácter subsidiario. Es de carácter subsidiario porque como bien he dicho anteriormente, se da preferencia a las medidas voluntariamente establecidas por la persona con discapacidad.

El artículo 263 CC exige que, “*para que haya guarda de hecho es necesario que no existan otras medidas de apoyo, voluntarias o judiciales, o que las mismas no se estén aplicando de forma eficaz*”. Conforme a este artículo, es necesario realizar una tarea de comprobación de que no existen medidas de apoyo ni voluntarias ni judiciales, para que pueda tenerse en consideración la figura del guardador. En el caso de que sí que haya

²⁹ Lora-Tamayo Villaceros, M y Pérez Ramos, C., “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *El Notario del Siglo XXI*, (disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10935-la-guarda-de-hecho-tras-la-nueva-regulacion-de-la-ley-8-2021>; última consulta 19/02/2022)

³⁰ Ídem.

dichas medidas, pero no se apliquen eficazmente, el guardador podrá llevar a cabo el desempeño de sus funciones. Les sustituye.

Por ello la guarda de hecho es una medida de carácter subsidiario porque opera en defecto de las medidas de apoyo, ya sean voluntarias o judiciales, o cuando habiéndolas, no son eficaces.

El artículo 264 CC habla de la representatividad del guardador, novedad de la nueva ley. El guardador podrá llevar a cabo funciones de representatividad únicamente en supuestos excepcionales (actos previstos en el artículo 287 CC), diferencia notoria respecto de la antigua regulación. Ello nos lleva a considerar que sus principales funciones son las de asistencia y las de apoyo. Su actuación es principalmente asistencial³¹. No es un representante y si actúa como tal, estamos ante una excepción, no ante una normalidad.

Cuando el guardador tenga que actuar en representación de la persona que necesita el apoyo, basta con acreditar la guarda de hecho ante el Juez para que lo autorice y éste pueda representarle para dicho caso en concreto. El apoyo del guardador de hecho ya no será natural, sino que, con la autorización del juez, el apoyo se convierte en un apoyo formal³². Antiguamente, si habiendo guardador de hecho era necesario ejercer funciones de representatividad, había que pasar por el procedimiento de incapacitación judicial y ello conllevaba al nombramiento de un tutor (desapareciendo el guardador), que era quien las ejercía formalmente³³. Habiendo un tutor, la persona con discapacidad era privada o limitada en su capacidad de obrar, de tal forma que había una completa sustitución de su persona.

Concluimos en que la regulación actual permite que un guardador de hecho represente a la persona con discapacidad de forma excepcional, difiriendo así de la anterior regulación en dónde el guardador de hecho solo podía llevar a cabo actos que fuesen de “utilidad” para la persona necesitada de apoyos³⁴.

³¹ Ídem.

³² CERMI, Fundación ONCE, Fundación Aequitas, Consejo General del Notariado., “El Impacto de la reforma...”, *op. cit.*, S.P.

³³ Lora-Tamayo Villaceros, y Pérez Ramos., “La guarda de hecho tras...”, *op. cit.*, S.P.

³⁴ Antiguo artículo 304 CC

3.2.3 Curatela

La curatela es la principal medida formal de apoyo judicial para las personas con discapacidad. Es una medida de apoyo continuado cuya finalidad no es otra que la de la asistencia³⁵.

Al ser la curatela una medida de apoyo de origen judicial, ésta se constituye mediante una resolución judicial (*cf.* art 270 CC). Es una medida que establece el juez y que es objeto de revisión trienal.

Al ser una medida que establece el Juez se aplicará cuando no haya, o para complementar las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria y la guarda de hecho.

El juez, habrá de determinar la curatela siempre respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, fomentando, en la medida que se pueda libertad para el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad (*cf.* art 249 CC) y medidas proporcionales a sus necesidades (*cf.* art 268 CC).

En dicha resolución judicial se habrán de determinar los actos concretos en los que el curador deberá asistir a la persona necesitada de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Para el caso donde sea necesario que el curador lleve a cabo funciones de representación, esto también deberá de ir especificado en dicha resolución judicial (*cf.* art 269 CC). Con la nueva reforma se persigue en la medida en que se pueda, que la persona con discapacidad tome sus propias decisiones. Es por ello por lo que la actuación del curador va a ser principalmente la de apoyar, asistir y cuidar a la persona con discapacidad. Si no es posible que ésta tome sus propias decisiones sin la ayuda de una persona, entonces, se le podrán atribuir excepcionalmente facultades representativas al curador. Es algo excepcional.

Con esto, podemos llegar a la conclusión de que, si al curador se le requiere para ello, de forma excepcional, podrá asumir la representación de la persona que requiere de asistencia (curador representativo).

³⁵ Ilustre Colegio de Abogados de Madrid., *op cit.*, p. 59

La curatela ya existía anteriormente, pero con la reforma, ha cobrado muchísima más importancia convirtiéndose en la medida de apoyo judicial principal.

3.2.4 Defensor judicial

La figura del defensor judicial está prevista para una serie de supuestos especiales. Entre estos supuestos destaca, cuando quien presta apoyo no puede hacerlo, casos de conflictos de intereses, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador..., etc. (*cfr.* art 295 CC).

En estos casos, el defensor judicial será quien asuma las funciones de representación de la persona con discapacidad, pero no de forma permanente, sino de forma temporal, pues a diferencia de la curatela, se trata de una medida de apoyo ocasional³⁶. Es ocasional porque aquello por lo que el que presta apoyo no puede hacerlo en un momento determinado, cesará en algún momento y entonces volverá a asumir el cumplimiento de sus funciones respecto del discapacitado; y lo mismo sucede con el resto de supuestos especiales previstos en el artículo 295 CC.

Es una institución ocasional, para medidas de apoyo ocasionales, y ello no quita que no se pueda recurrir a ella frecuentemente, pues la ley no dice lo contrario.

El defensor judicial “sustituye” a aquella persona que defendía los intereses del discapacitado y asume su representatividad y, por tanto, estará autorizado a hacer todo aquello a lo que estaba autorizado la persona a quien sustituye.

Evidentemente, el defensor judicial ha de velar por los intereses de la persona con discapacidad y siempre respetar y velar por su voluntad, deseos y preferencias; lo cual es la base y lo más importante en lo que se basa la nueva ley³⁷.

La finalidad de todas estas medidas no es otra que asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica siempre velando por su voluntad, sus deseos y sus preferencias (*cfr.* art 249 CC); garantizando el libre ejercicio de sus derechos y la libertad a la hora de tomar decisiones. También se persigue evitar todo tipo de situaciones de influencia indebida o de conflicto de intereses³⁸.

³⁶ *Ibidem.* p. 51

³⁷ Ley 8/2021, de 2 de junio

³⁸ Ilustre Colegio de Abogados de Madrid., *op cit.*, p.

Como bien he apuntado anteriormente, con la reforma ya no se habla ni de incapacitación judicial ni tampoco de la patria potestad prorrogada ni de la rehabilitada.

IV. INSTITUCIÓN DEL NOTARIADO

Adentrándonos en el tema principal objeto del trabajo, nos encontramos con la institución del Notariado. Antes de proceder a desarrollar las obligaciones que tienen los notarios para con las personas con discapacidad, resulta imprescindible estudiar la institución del notariado como tal y sobretodo, el importante papel que tienen los notarios con las personas con discapacidad.

Un notario es un funcionario público y profesional del derecho cuya función principal es dar fe pública para así garantizar la seguridad jurídica amparada por el Artículo 9 CE.

El notario es *“un elemento de seguridad jurídica preventiva, una autoridad que, actuando como profesional del Derecho, asesora, aconseja e informa a los particulares en el ámbito de sus relaciones jurídico-privadas, configura y da forma documental a los actos o contratos que regulan esas relaciones, convirtiéndoles en auténticos gracias a la fe pública que ostenta por delegación del Estado y dotándolos de una especial fuerza probatoria, en juicio y fuera de él, y un valor ejecutivo”*³⁹.

La CDPD ha supuesto un antes y un después en la vida de las personas con discapacidad, pues gracias a ella, las personas con discapacidad tienen todos los derechos que existen y sin ningún tipo de limitación, y ello implica que tienen completa accesibilidad jurídica, donde encontramos también la institución del notariado: el derecho a acudir a un notario.

El notario es una persona que da seguridad jurídica a las relaciones jurídicas entre particulares y son necesarias unas garantías para que esta institución sea igual de eficaz con las personas que padecen de algún tipo de limitación.

El notario dentro de su función debe apoyar el ejercicio de la capacidad de cualquier ciudadano y en especial de las personas con discapacidad. Es una institución muy importante para las personas con discapacidad desde el punto de vista del trato cercano, por la confianza y las garantías de seguridad que ofrece esta institución, como luego veremos.

³⁹ Comisión de Derechos Humanos, Unión Internacional del Notariado., *op cit.*, p. 23

La confianza del notario con la persona surge tras la primera entrevista en la que el notario tras escuchar la voluntad de la persona, debe asesorarla, aconsejarla y explicarle las consecuencias de los actos y de los negocios que desea realizar⁴⁰. Como cualquier profesional, entiendo que también debe dar su criterio sobre dicha operación sobre la base de sus conocimientos.

En este proceso notarial en el que el notario recibe al cliente y le asesora y le aconseja realizando el documento en cuestión, es necesario que el profesional evalúe al detalle los efectos y el alcance de las pretensiones de voluntad que esa persona quiere introducir en el documento solicitado al notario para garantizar sus derechos presentes o futuros. No es tan simple pues el notario no ha de limitarse a transcribir los deseos del solicitante, sino que debe evaluar el alcance, legalidad y contenido de tales manifestaciones antes de introducirlas en el documento.

Dentro de las funciones del notario como encargado de velar por el ámbito jurídico fuera de los tribunales, destaca la de regularizar y la de dar garantías a los negocios jurídicos para asegurar que cuentan con las suficientes cautelas que dichos negocios requieren. Es decir, que el negocio jurídico cuenta con todos los requisitos necesarios para ser válido y eficaz en el mundo jurídico⁴¹.

No debemos de olvidar que el notario es un apoyo institucional importante para salvaguardar los derechos, voluntades y preferencias de las personas que acuden a él. Este apoyo institucional se da en dos sentidos⁴², uno positivo, en el que respeta y garantiza las preferencias, voluntad y los derechos de la persona que acude al notario y otro negativo, en el que el profesional mediante su labor de control debe de impedir el abuso o influencia indebida de un tercero en las decisiones que tome el otorgante.

4.1 Obligaciones del notario para con las personas con discapacidad

El notario es un funcionario público y profesional del Derecho que ejerce su labor por medio de la comunicación directa con las personas. Trata de forma directa con las personas. Este funcionario está en constante contacto con sus clientes, a los que asesora y aconseja para que puedan perseguir sus intereses y llevar a cabo negocios jurídicos.

⁴⁰ Ibidem. p. 28

⁴¹ Ibidem. p. 26

⁴² Ibidem. p. 28

El Notario interactúa también con personas con discapacidad y respecto a estos, es obligación del notario darles un trato igualitario y ello se consigue estableciendo una serie de pautas para facilitar, a las personas que requieren de asistencia, la comprensión de los hechos y la interacción entre el notario con dicha persona⁴³. Se trata de pautas cuyos destinatarios son exclusivamente personas con discapacidad.

Cuando en una notaría se presenta una persona con discapacidad requiriendo asistencia notarial, un notario ha de tener presentes una serie de pautas, siendo la primera de ellas, comprobar si dicha persona cuenta con alguna medida de protección⁴⁴ (curatela, guarda de hecho...) ya que si la asiste un guardador de hecho, por ejemplo, y acude al notario sin el, será preciso comunicarse con el guardador para así garantizar que la persona cuenta con todas las herramientas necesarias para encontrarse en la misma situación de igualdad jurídica que los demás.

Si dicha persona precisa de apoyo, en las reuniones es fundamental que el notario se dirija a ella⁴⁵ y no a quien le asiste o al intérprete ya que, en ese caso, dejará completamente apartada a la persona con discapacidad. Es fundamental que la comunicación sea con ella y no con el tercero ya que el protagonista es la persona con discapacidad que es quien solicita la asistencia y la ayuda del notario. No obstante, ante una discapacidad intelectual o psicosocial, se suele tener también presente la palabra de la familia⁴⁶.

En tercer lugar, siempre que sea necesario para la adecuada comunicación y comprensión de los hechos por la persona con discapacidad, el notario habrá de solicitar los servicios de peritos, intérpretes en lengua de señas, mediadores⁴⁷... Resulta fundamental conocer la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y que medie una efectiva y eficaz comunicación entre el notario y la persona en aras a la formación de una voluntad libre y sobretodo, informada.

Dado que el notario se relaciona con personas expertas en todo tipo de ámbitos, el notario ha de transmitir información que sea clara y que facilite la comprensión para toda clase de públicos, especialmente cuando se trata de personas vulnerables (no solo

⁴³ Ibidem. p. 30

⁴⁴ Ibidem. p. 32

⁴⁵ Ibidem. p. 33

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Ibidem. p. 30

personas con discapacidad sino también personas mayores, por ejemplo). El notario habrá de recurrir a prácticas como la simplificación, lectura comprensiva y realizar cuantas aclaraciones resulten necesarias para la comprensión del documento público, pero nunca tratando como niños a estas personas⁴⁸. Es muy importante transmitir tranquilidad y confianza para que así sea posible el pleno desenvolvimiento de la persona y satisfacer sus intereses.

Las reuniones entre notario y la persona con discapacidad han de prolongarse durante el tiempo que sea necesario para que la persona pueda comprender todo, para que pueda expresarse y para que no se quede con ninguna duda. No cabe duda en que el notario habrá de repetir reiteradamente todo lo que sea necesario, siempre en línea con “la naturalidad y evitando la pérdida del rigor técnico exigible por la simplicidad”⁴⁹.

Como cualquier profesional del derecho, el notario ha de informar al cliente, en este caso a la persona con discapacidad acerca de sus derechos y obligaciones⁵⁰, todo ello con la finalidad de garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva garantizada en el artículo 24 CE.

Otra de las obligaciones del notario para con la persona con discapacidad, es el deber de confidencialidad en los lugares de reunión. Aunque resulte un deber muy evidente pues se exige a todos los profesionales, en ocasiones esta confidencialidad puede ser vulnerada y no precisamente aposta. Por ejemplo, “para el caso de una persona con discapacidad sensorial, la reunión con esta ha de ser en un sitio donde pueda haber una lectura en voz alta que garantice dicha confidencialidad y privacidad”⁵¹.

Todas estas medidas de actuación del notario respecto de una persona con discapacidad facilitan que una persona que padece de alguna limitación o deficiencia pueda ejercer su capacidad jurídica en las mismas condiciones que los demás, y también su derecho a tener accesibilidad jurídica en las mismas condiciones que el resto. En ocasiones, será necesario el apoyo de otra persona para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica de la misma forma que los demás.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Ibidem. p. 32

⁵⁰ Ibidem. p. 31

⁵¹ Ibidem. p. 34

4.2 Consentimiento y juicio de capacidad

Con la entrada en vigor de la ley 8/2021, las personas con discapacidad pueden, de igual forma que los demás, ejercitar su capacidad jurídica y si para ello necesitan que alguien les apoye, la ley contempla esta opción. Esto nos indica que la realización de un acto o negocio jurídico por una persona ya no recae en la capacidad, pues todos tenemos capacidad jurídica para la realización de todos los actos o negocios jurídicos posibles en el mundo jurídico, a priori. La cuestión está en que ahora lo que es realmente importante y donde está el eje vertebrador de todo es en el consentimiento puesto que, el hecho de que se tenga capacidad no quiere decir que se pueda prestar un verdadero consentimiento.

El consentimiento de la persona con discapacidad es un tema muy delicado ya que, en ocasiones, dicho consentimiento puede estar viciado o influenciado. El notario ejerce una labor de control ya que, ha de identificar y prevenir aquellos casos en los que sea previsible o en los que haya conflicto de intereses o influencias indebidas sobre la persona con discapacidad

Es fundamental que la voluntad de dicha persona sea una voluntad libre, informada y donde este presente la voluntariedad.

Si nos remontamos a los presupuestos de validez de los negocios jurídicos, éstos son consentimiento, causa y objeto (*cf.* art 1261 CC). A parte de ello, para que una persona pueda prestar su consentimiento, ésta ha de tener capacidad respecto del acto o negocio jurídico en concreto.

Un negocio jurídico puede llegar a ser anulable por la falta de capacidad de obrar de la persona; y nulo cuando concurren, por ejemplo, vicios de consentimiento, error o dolo (*cf.* art 1265 CC).

El consentimiento que se presta tiene que ser un consentimiento informado. El consentimiento informado⁵² es aquel consentimiento que se da cuando se es completamente consciente del negocio jurídico que se va a llevar a cabo, así como de sus consecuencias y de sus efectos. La realización de dicho acto o negocio jurídico responde

⁵² Álvarez Royo- Villanova, S., “Ley 8/2021: del juicio de capacidad a la formación y evaluación del consentimiento”, *Hay Derecho*, (disponible en <https://www.hayderecho.com/2021/10/06/ley-8-2021-del-juicio-de-capacidad-a-la-formacion-y-evaluacion-del-consentimiento/>; última consulta 24/03/2022)

a las pretensiones de voluntad de quien desea realizarlo. Es decir, la voluntad del otorgante se ajusta al acto o negocio jurídico en cuestión. Hay una comprensión máxima.

Si el consentimiento no es informado, realmente no hay consentimiento puesto que no se comprende la totalidad del acto o negocio jurídico. Si no hay consentimiento, el contrato no es válido.

El consentimiento también ha de ser libre puesto que un consentimiento viciado (error, dolor, intimidación...) anula el acto o negocio jurídico.

Es labor del notario el comprobar que el consentimiento prestado es libre e informado, independientemente de quien preste el consentimiento, persona con discapacidad o no. *“El notario ha de dar fe de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes”*⁵³. Esto es algo que siempre ha formado parte y ha estado patente en la labor del notario.

Resulta difícil determinar si el consentimiento prestado por una persona con discapacidad (la cual tiene un déficit de comprensión- en el caso de la discapacidad intelectual fundamentalmente) es un consentimiento válido. Para poder determinar si dicho consentimiento es válido, el notario ha de hacer un juicio de capacidad.

La capacidad de una persona es uno de los elementos esenciales. La capacidad va condicionada al consentimiento, solo si tienes capacidad podrás prestar consentimiento. Toda persona, ya tenga una limitación o no, ha de tener capacidad y ha de prestar su consentimiento para que un negocio jurídico sea válido. Capacidad natural en este sentido sería el grado de discernimiento entendido como el conjunto de aptitudes volitivas (es realmente lo que quieres) e intelectivas (que realmente lo comprendes) que posee una persona. Como vemos, ya no hablamos de la capacidad jurídica sino de la capacidad natural, la capacidad de comprensión y conocimiento del acto o negocio jurídico a realizar, así como la comprensión de todas sus consecuencias y efectos; unido de la expresión de una voluntad verdadera. Solo así se podrá prestar un consentimiento informado y libre.

⁵³ Artículo 17 bis LN

La Mental Capacity Act ⁵⁴ remite a cuatro criterios importantísimos para evaluar si la persona cuenta con capacidad natural. La persona con discapacidad tiene que tener grado de discernimiento para que el acto o negocio jurídico se pueda llevar a cabo con la ayuda de apoyos si se precisan, sin que, en ningún caso, quepa representación.

El primero de ellos es la “*comprensión de la información relevante para la decisión*”⁵⁵. Aunque esto es la teoría, el notario podrá llevarlo a la práctica de distintas formas. El Mental Capacity Act⁵⁶ plantea la formulación de preguntas para que el notario aprecie si realmente hay una comprensión del negocio jurídico. Se puede incluso preguntar lo mismo, pero de diferentes maneras para así conocer si hay una comprensión total y si es así, el consentimiento prestado será válido, pues es libre e informado.

Si resulta que, por ejemplo, la persona con discapacidad quiere otorgar un testamento⁵⁷, el notario podrá hacer preguntas como, cuantos hijos tiene y si tiene esposa, sobre los bienes que tiene, a quien le quiere dejar la casa...

En segundo lugar, la Mental Capacity Act recurre al criterio de retención de dicha información. Este criterio varía en función del objeto del negocio jurídico. Lo importante es que tu en ese momento conozcas, independientemente de que no seas capaz de retener la información más adelante⁵⁸. Ha de haber voluntad sobre dicho acto en dicho momento.

El problema está cuando a largo plazo dicha información no se va a retener, por tener, por ejemplo, problemas de memoria, y la decisión va a tener consecuencias directas en la persona con discapacidad, y ésta no va a ser capaz de acordarse del acto. En este caso habrá que ponderar, según nos dice la Mental Capacity Act⁵⁹.

En tercer lugar, es necesario hacer uso de esa información en “*el proceso de toma de decisiones*”⁶⁰. Quizás este es el punto donde la actuación del notario es determinante. Una vez que le ha explicado toda la información relativa al acto o negocio jurídico y ha habido

⁵⁴ Álvarez Royo- Villanova, S., “Ley 8/2021: del juicio de capacidad...”, *op. cit.*, S.P.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Álvarez Royo-Villanova, S., “Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, (disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11069-voluntad-y-consentimiento-informado-en-la-ley-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>; última consulta 24/03/2022)

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ Ídem.

una comprensión, así como una retención de dicha información, el notario habrá de analizar si la decisión es adecuada para la propia persona con discapacidad, es decir, que no le perjudica.

Antes de la ley 8/2021 era impensable que se tomase una decisión que pudiera perjudicar al incapaz puesto que las decisiones sobre el incapaz estaban supeditadas a la aprobación judicial. La nueva ley se basa en que la toma de decisiones recaiga directamente en el discapacitado que puede contar con apoyos que velen por su voluntad, deseos y preferencias. El problema aquí es que la persona con discapacidad puede tomar decisiones que le pueden llegar a perjudicar. No es lo mismo que el discapacitado tome una decisión que le perjudica porque hay un defecto de comprensión o tiene una distorsión de la realidad a que, tome una decisión perjudicial porque está movido por una influencia indebida⁶¹.

Para el caso de que haya un déficit de comprensión o distorsión de la realidad, el notario deberá empezar de nuevo con sus explicaciones sobre el acto o negocio jurídico, proporcionándole información, pero esta vez la explicación ha de formularse de forma distinta, pues no hubo comprensión la primera vez. Si resulta necesario el notario puede solicitar informes de asistentes sociales o de médicos⁶². La finalidad de esto es que, con la intervención del notario en el proceso de toma de decisión, se evite que las decisiones adoptadas sean perjudiciales para la persona con discapacidad y que entonces, la decisión sea libre y el consentimiento prestado, informado.

Como bien he comentado, el notario ejerce una labor de control. Si aprecia que la persona con discapacidad está siendo influenciada en la toma de sus decisiones, el notario, en su función de control, debe de realizar un estudio intenso para llegar al fondo de la verdadera voluntad de la persona con discapacidad. El notario cuenta con una posición privilegiada⁶³ que le dota para indagar sobre aspectos claves y relevantes de la vida de la persona con discapacidad, por ejemplo, su situación económica y social, su situación familiar y sus relaciones personales con las personas que le prestan apoyo (si precisa de ello), lo importante que es el negocio jurídico por el que requiere la labor del notario, sus intereses..., etc.

⁶¹ Ídem.

⁶² Ídem.

⁶³ Comisión de Derechos Humanos, Unión Internacional del Notariado., *op cit.*, p. 41

Podrá también entrevistarse con su cónyuge, hijos, convivientes..., etc. El notario también podrá acceder a registros públicos⁶⁴ en los que se halle información relativa a la discapacidad de la persona en cuestión e incluso, “solicitar que intervenga un profesional que realice los ajustes necesarios para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida”⁶⁵.

La labor del notario es fundamental. Si el notario considera que la decisión es completamente errónea y sobretodo perjudicial para la persona con discapacidad, intentará que ésta no se adopte, todo ello en aras a proteger a la persona con discapacidad. He de destacar que si el apoyo realmente es quien está influenciando de forma indebida a la persona con discapacidad, y tras este juicio, el notario lo aprecia, éste podrá solicitar una revisión de medidas de apoyo al Juez o al Ministerio Fiscal. Es un instrumento de protección de la persona con discapacidad.

En cuarto y último lugar, es necesario que la persona con discapacidad comunique la decisión adoptada.

Todo ello contribuye a que tanto el consentimiento como la voluntad de la persona con discapacidad sea informada. Resulta evidente considerar que cuanto más importante sea la decisión y los efectos que su decisión vaya a tener⁶⁶, ya no solo sobre ella sino también sobre otras personas, más importante será la labor del notario a la hora de valorar si hay un consentimiento informado y una voluntad libre. No solo se protege a la persona con discapacidad sino también a las personas que puedan resultar afectadas por sus decisiones.

La formación del consentimiento y el juicio de capacidad del notario van de la mano, suceden a la vez⁶⁷. Esto indica que si, a medida que se va desarrollando el proceso, el notario aprecia que hay una falta de entendimiento en la persona con discapacidad o que la comunicación es difícil (lo que no implica que no haya grado de discernimiento), los apoyos entrarán a ejercer su labor de apoyo como tal. Como ya veremos más adelante,

⁶⁴ Lora- Tamayo Rodríguez, 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 Siglo XXI*, (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>; última consulta 24/03/2022)

⁶⁵ Álvarez Royo-Villanova, S., “Voluntad y consentimiento informado...”, *op. cit.*, S.P.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Ídem.

para el caso de que la expresión de la voluntad por parte de la persona con discapacidad sea prácticamente imposible (carente de grado de discernimiento), tendrá lugar la representación de la persona con discapacidad⁶⁸.

Resulta interesante apuntar que cuando la persona con discapacidad acuda al notario, si precisa de apoyos, deberán de acompañarla siempre, para el caso de que se les necesite. Si habiendo apoyos no acuden, el notario informará a la persona con discapacidad de la necesidad de que asistan los apoyos para la realización de las pretensiones del otorgante puesto que, si precisa de asistencia y no la tiene, se encontrará en una situación de inferioridad respecto al resto de personas. Dicha comparecencia junto con la persona con discapacidad habrá de señalarse en el documento notarial para que quede prueba de que se ha prestado el apoyo y que el apoyo ha estado presente en la toma de decisión por parte de la persona con discapacidad, lo que indica que, tiene conocimiento del acto realizado⁶⁹.

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ Ídem.

V. EL APOYO NOTARIAL A LA PERSONA DISCAPACITADA EN LA LEY QUE REFORMA LOS PRECEPTOS DEL CÓDIGO CIVIL RELATIVOS AL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

España ratificó en 2006 la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con discapacidad y se han ido progresivamente adaptando las disposiciones de dicha Convención a nuestra normativa estatal.

Concretamente son cuatro las leyes más importantes que han tenido lugar tras la ratificación, siendo la última la ley 8/2021. La primera fue la Ley 26/1011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD. Seguidamente, se aprobó el RDL 1/2013, de 29 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En tercer lugar, con la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, se integran artículos y epígrafes destinados a las personas con discapacidad. Finalmente, nos encontramos con la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁷⁰.

Esta última ley es donde se ha conseguido, tras muchos años intentándolo, plasmar el artículo 12 CDPD (relativo a la igualdad jurídica) en la norma española.

“Apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica” hace referencia a que las personas con discapacidad en el contexto de la actualidad pueden ejercer su capacidad jurídica en las mismas condiciones que el resto de las personas. Esto supone un cambio radical respecto de la anterior regulación.

Antes de la reforma se tenía un concepto de persona con discapacidad distinto al actual. Se partía de la base de que las personas con discapacidad sí tenían capacidad jurídica pues sí podían ser titulares o sujetos de derechos y de obligaciones. Sin embargo, se consideraba que la persona con discapacidad poseía una deficiencia o impedimento que le impedía gobernarse a sí misma por lo que era preciso que ésta fuese sustituida en la toma de decisiones y que fuese otra persona quien tomase las decisiones por ella, pues ésta última era “incapaz”. Esto es, tenían una capacidad de obrar limitada, había una completa sustitución de la persona con discapacidad.

⁷⁰ Ley 8/2021, de 2 de junio

En la actualidad, el concepto es completamente distinto. Las personas con discapacidad son completamente iguales al resto (no hay discriminación de ningún tipo) y simplemente se diferencian de los demás en que tienen una deficiencia que hace que requieran de un poco de más apoyo que el resto, para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Son sujetos de derechos y obligaciones. Pueden ejercer de forma plena su capacidad jurídica. En relación al ejercicio de tales derechos (al ejercicio de su capacidad jurídica), pueden disponer de apoyos que garanticen su igualdad jurídica.

“La deficiencia o impedimento que posee la persona con discapacidad ya no influye en la capacidad como ocurría antes, sino que ahora, influye en la manera de ejercer la capacidad jurídica pues éstas van a precisar de apoyo”⁷¹.

Es por ello por lo que tiene lugar esta reforma, para dejar patente que las personas con discapacidad tienen igualdad jurídica y, por ende, pueden ejercer su capacidad jurídica de forma completa sin que se les sustituya.

Esta ley parte de la idea de que en la medida en que se pueda, la persona con discapacidad podrá tomar sus propias decisiones y que, si es preciso, se requerirá que le asista un apoyo. Un apoyo que le ayude en el proceso de formación de voluntad, siempre velando porque sea la persona con discapacidad quien desarrolle el propio proceso de la toma de decisiones. En caso de que sea imposible, el apoyo tomará las decisiones por ella, pero siempre respetando su voluntad, sus deseos, así como sus preferencias (es muy excepcional que haya representatividad). Tras esta ley, se dan prioridad y preferencia a las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria que establece la persona con discapacidad.

Se da prioridad a las medidas de naturaleza voluntaria ya que suponen una autoconfiguración de una situación futura de discapacidad en la que el otorgante podrá establecer el momento en que dichas medidas entrarán a operar, podrá nombrar a la persona que quiere que le apoye, la forma concreta del apoyo y medidas de control de que su voluntad está siendo cumplida correctamente⁷².

⁷¹ Álvarez Royo- Villanova, S., “Ley 8/2021: del juicio de capacidad...”, *op. cit.*, S.P.

⁷² 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; última consulta 23/03/2022)

Como consecuencia de la entrada en vigor de esta ley se han modificado muchos artículos del CC como por ejemplo el antiguo artículo 222 CC que ahora se regula en el 199 CC. Este artículo establece que a día de hoy están sujetos a tutela los menores no emancipados no sujetos a patria potestad y los menores no emancipados en situación de desamparo. Es solo y únicamente en estos casos en donde sigue existiendo la sustitución, una incapacidad de obrar máxima ya que no pueden gobernarse a sí mismos. Se concluye así que las personas con discapacidad han dejado de tener una capacidad de obrar limitada.

Otro de los apuntes de esta reforma es que estas medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no están exclusivamente destinadas por y para las personas con discapacidad intelectual diagnosticada como tal, sino que, cualquier persona que considere que necesita de un apoyo, pueda disponer del mismo⁷³.

Además, el artículo 1 CDPD antes mencionado, cuando se refiere a persona con discapacidad ofrece un amplio abanico de discapacidades, entre las que están, las deficiencias intelectuales, sensoriales, mentales o incluso las deficiencias físicas. Es un concepto amplio de discapacidad que engloba a todas aquellas personas que cuentan con una limitación que les impide participar en la vida social en los mismos términos que el resto de personas y que necesitan, como consecuencia de ello, de apoyo⁷⁴.

5.1 Comparecencia ante el notario

Antiguamente cuando comparecía ante el notario una persona con discapacidad, lo primero que hacía el notario era comprobar si estaba incapacitada⁷⁵. Si ésta estaba incapacitada, el notario trataba directamente con el representante produciéndose entonces, una sustitución de la persona con discapacidad por su representante legal, y si el notario apreciaba que podía haber influencias indebidas sobre la persona con

⁷³ Lora- Tamayo Rodríguez, I., “El apoyo notarial a la persona discapacitada...”, *op. cit.*, S.P.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ 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 Siglo XXI*, (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 24/03/2022)

discapacidad, solicitaba el nombramiento de un defensor judicial⁷⁶. El procedimiento era mecánico.

Si, por el contrario, la persona no estaba incapacitada, pero tras una reunión con el notario éste apreciaba que había algún tipo de falta en su capacidad, el notario negaba la autorización del negocio jurídico. Es decir, si el notario apreciaba que había una falta de capacidad, éste recomendaba la incapacitación judicial⁷⁷ para que se pudiese llevar a cabo el negocio jurídico mediante la sustitución de dicha persona por su representante. Vemos que el juicio de capacidad que hace el notario no es única y exclusivamente respecto de las personas con discapacidad, sino que, el notario está obligado a comprobar la capacidad de cada persona que se presenta ante él con el ánimo de realizar un negocio jurídico.

Este proceso hacía que el notario no tuviese apenas responsabilidad⁷⁸. Con la nueva ley, la responsabilidad del notario ha incrementado muchísimo. Dado que las personas con discapacidad pueden ejercer su capacidad jurídica en las mismas condiciones que el resto, y valerse de apoyos para ello si lo necesitan, el notario ha de hacer un buen juicio de capacidad para ver si ésta cuenta con las aptitudes volitivas e intelectivas necesarias para la realización del acto que se pretende realizar (grado de discernimiento).

Ahora el notario tiene una responsabilidad muy grande puesto que es quien, en base a su juicio, autoriza o deniega la realización de dicho acto, que puede tener consecuencias directas e indirectas no solo sobre la persona con discapacidad sino también sobre terceras personas.

Es fundamental que el notario en ese juicio de capacidad sepa evaluar correctamente la capacidad de forma restricta y no expansiva dada la importancia que tiene el juicio de capacidad y la responsabilidad que, una autorización no debida, conlleva para un notario. La presunción de capacidad de la persona con discapacidad solo podrá destruirse en el caso de que se pruebe que, en el momento del otorgamiento, el discapacitado, aunque estuviese debidamente asistido incluso por un notario, no emitió un consentimiento informado y libre⁷⁹.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Lora- Tamayo Rodríguez, I., “El apoyo notarial a la persona discapacitada...”, *op. cit.*, S.P.

El notario lo que va a intentar es que la propia persona con discapacidad sea quien tome sus propias decisiones sola. Se fomenta su propio desarrollo y capacidad de decisión de manera que sean ellas las que tomen sus propias decisiones, eliminando por fin la discriminación que tenían antes (sustitución). Sin embargo, si el notario aprecia que la persona con discapacidad no comprende del todo lo que se le explica detalladamente o si hubiere carencias en la comunicación entre notario y la persona con discapacidad es cuando el notario debe y está obligado según la nueva normativa a solicitar que los apoyos asistan al discapacitado⁸⁰. La clave de la labor del notario está aquí, en su capacidad de apreciar que la persona con discapacidad, a pesar de contar con apoyos, tiene grado de discernimiento. El notario ha de ser muy estricto y fijarse en todos los detalles para comprobar que realmente hay una comprensión, una expresión de voluntad libre y que la prestación del consentimiento es informada.

Si los apoyos resultan insuficientes en el sentido de, aún teniendo apoyos, la persona con discapacidad carece de grado de discernimiento, será cuando el notario denegará la actuación y recomendará el nombramiento de un representante mediante intervención judicial para llevar a cabo dichas actuaciones⁸¹.

5.1.1 Comparecencia de persona con discapacidad que no cuenta con apoyos

Cuando una persona con discapacidad acude al notario para realizar un acto o un negocio jurídico en concreto y carece de apoyos, lo primero que tiene que hacer el notario es ir al Registro Civil⁸² para comprobar que efectivamente no hay apoyos. No habiendo apoyos, pueden pasar dos cosas.

La primera de ellas es que el notario ejerza la labor de apoyo⁸³ velando por su voluntad, deseos y preferencias, actuando como un verdadero apoyo para el discapacitado. El notario sería el apoyo y para autorizar la realización de dicho acto en concreto, el notario debe apreciar que existe grado de discernimiento.

⁸⁰ Ídem.

⁸¹ Ídem.

⁸² Lora- Tamayo Rodríguez, I., “Algunas aplicaciones notariales en la ley de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *El Notario del Siglo XXI*, (disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10937-algunas-aplicaciones-notariales-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>; última consulta 24/03/2022)

⁸³ Ídem.

El artículo 665 CC (modificado tras la ley) establece que “*el notario procurará que el otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias*”. Los ajustes necesarios⁸⁴ en este caso pueden ser, informes médicos, reunión de testimonios, solicitar que le acompañe un familiar cercano... con el objetivo de que el notario aprecie (o no) que existe un juicio de capacidad positivo y autorizar (o denegar) la realización del acto o negocio jurídico en cuestión.

En segundo lugar, la persona con discapacidad puede traer un apoyo informal. Esto es una novedad que se ha introducido en el artículo 25 LN que viene a establecer que la persona con discapacidad puede utilizar en la comparecencia notarial, “*apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos...braille, lectura fácil, pictoramas...*”. Esto significa que el discapacitado que carece de medidas de apoyo puede realizar actos o negocios jurídicos con ayuda de un apoyo informal, que él mismo nombra para ese momento y acto en concreto⁸⁵. En este caso, si su consentimiento es informado y libre, es expresión de su voluntad, y el apoyo informal no le influye y no existe conflicto de intereses, el notario podrá autorizar la realización de ese acto o negocio jurídico. Todo es posible siempre y cuando cuente con grado de discernimiento.

El artículo 25 LN también plantea la posibilidad del uso de medios muy diversos por parte del discapacitado, incluidos los medios tecnológicos. No obstante, el notario habrá de comprobar⁸⁶ que dichos medios realmente garantizan la finalidad para la que están previstos: facilitar el conocimiento y la comprensión del acto o negocio por parte del discapacitado, para la formación de una voluntad libre y un consentimiento informado.

Si en ambos casos, el apoyo del notario o de los apoyos informales resulta insuficiente para el ejercicio de la capacidad jurídica del discapacitado, el notario denegará la realización del acto recomendando que se lleve a cabo un proceso de provisión de medidas de apoyo y pueda haber una representación para la realización del negocio jurídico en cuestión (artículo 62.3 LN). Se trata de un deber que tiene el notario como

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ Civitas., “*Modificación de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862*”, *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, 1ª Edición, España, Febrero, 2022, S.P

funcionario público⁸⁷: “Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el presente expediente”⁸⁸.

5.1.2 Comparecencia de persona con discapacidad que sí cuenta con apoyos

Cuando una persona con discapacidad cuenta con apoyos y acude a un notario a modo general, el apoyo entrará a actuar cuando realmente se necesite. En todo caso, el notario deberá hacer constar en el documento notarial la comparecencia de los apoyos para que, de esta forma, quede probado que han apoyado a la persona con discapacidad en el proceso de la toma de decisiones. Si resulta que ha acudido un intérprete, por ejemplo, el notario también habrá de documentarlo en el documento notarial⁸⁹.

Si resulta que la persona con discapacidad se puede desenvolver perfectamente por sí sola, se apostará por ello, estando el apoyo en segundo lugar. Como explicaré a continuación, cada una de estas medidas de apoyo tiene particularidades que han de tenerse en cuenta.

Cuando el apoyo es de naturaleza voluntaria. Si estas medidas de apoyo han sido constituidas ante un notario y establecidas en escritura pública, cumpliendo con todo tipo de requisitos legales, éstas se considerarán completamente válidas, eficaces y vigentes hasta su revocación⁹⁰.

No obstante, es interesante apuntar que el contenido de dichas medidas de naturaleza voluntaria puede ser modificado⁹¹ en la escritura por la persona con discapacidad siempre que, a juicio del notario, se considere que el discapacitado es completamente consciente y es expresión de una voluntad libre e informada, el cambio a efectuar. O lo que es lo mismo, cuando el notario aprecie que la persona con discapacidad cuenta con capacidad natural o grado de discernimiento. Esto implica que, si aún teniendo la discapacidad,

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ Artículo 42 bis a) LJV

⁸⁹ Álvarez Royo-Villanova, S., “Voluntad y consentimiento informado...”, *op. cit.*, S.P.

⁹⁰ Lora- Tamayo Rodríguez, I., “El apoyo notarial a la persona discapacitada...”, *op. cit.*, S.P.

⁹¹ Lora- Tamayo Rodríguez, I., “Algunas aplicaciones notariales...”, *op. cit.*, S.P.

existe grado de discernimiento, el poder otorgado puede llegar a dejar de existir, como explicaré en el epígrafe destinado a “la representatividad de la persona con discapacidad”.

Una de las cuestiones que llegado este punto me he preguntado es, qué sucede cuando, el discapacitado no tiene grado de discernimiento y encima ha otorgado un poder preventivo e irrevocable a un familiar suyo, el cual se aprovecha de él queriendo hacer actos que le perjudican y el notario lo aprecia. Aquí hay un gran problema puesto que el discapacitado otorgó un poder dada la confianza con dicha persona para que le representara y era su voluntad. En términos generales, si el notario aprecia que hay algún tipo de influencia indebida o conflicto de intereses, podrá solicitar judicialmente la extinción del poder (*cf.* art 258). Sin embargo, si en el poder preventivo otorgado, la persona con discapacidad ha previsto su irrevocabilidad por encima de todas las cosas, difícilmente en este caso, se podrá proteger al discapacitado. Aún así, ante la existencia de dichos indicios, el notario podrá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Cuando el apoyo es un guardador de hecho. El guardador de hecho es una persona que asiste y cuida a la persona que precisa de apoyo. Si resulta que tiene un guardador de hecho, éste deberá de apoyarla en todo momento, cuando sea necesario. No es un apoyo como tal, sino que más que nada el guardador tiene que orientarla en la toma de decisiones, velando siempre por que sea la propia persona con discapacidad quien tome sus propias decisiones.

La dificultad en este caso es probar que verdaderamente existe guarda de hecho⁹², pues es una medida de carácter informal que no figura por escrito. Solo se pasa de una medida informal a una medida formal cuando el guardador tenga que actuar en representación de la persona con discapacidad (más adelante hablaremos de la representatividad).

Por tanto, cuando una persona con discapacidad acude un notario y tenga como apoyo a un guardador de hecho, será preciso acreditar la guarda de hecho. ¿Cómo se podría saber si el guardador de hecho realmente cumple tal función? En este caso sería conveniente que el notario tuviese una entrevista⁹³ con la persona con discapacidad, y otra con el guardador de hecho. En esa entrevista, el notario tendría que preguntarles

⁹² Ídem.

⁹³ Ídem.

cuestiones relevantes e importantes de la vida de la otra persona, tanto generales como específicas. Será crucial que también les pregunte por el afecto, estima y el cariño por la otra persona, así como, por qué, en el caso del guardador de hecho, cuida a la persona con discapacidad..., etc. Todo ello con el objetivo de ver que no existe ningún tipo de influencia indebida o conflicto de intereses por parte del guardador de hecho respecto de la persona con discapacidad.

Sin perjuicio de lo anterior, tanto la persona con discapacidad como el guardador de hecho también habrán de probar⁹⁴ que verdaderamente existe una guarda de hecho y que el guardador es el guardador como tal, es decir, tienen la carga de prueba a pesar de que el notario tome sus propias medidas de prevención. Planteo como posibles medidas de acreditación de la guarda de hecho, la presentación del libro de familia, en donde figure el parentesco de ambos, así como cualquier tipo de certificado que pruebe la convivencia (empadronamiento, por ejemplo).

Hay una serie de personas que no pueden ser guardadores de hecho porque así lo dice la ley (CC). Estas personas son aquellas que, como consecuencia de una relación contractual, presten servicios de todo tipo, residenciales, asistenciales... a la persona que necesita dicho apoyo (*cfr.* art 250 CC).

Por otro lado, el notario habrá de comprobar siempre y en todo caso, que no existe ningún tipo de medida de naturaleza voluntaria o judicial⁹⁵ o que, existiendo, no son eficientes (*cfr.* art 250 CC) ya que, en caso contrario, no podría haber guarda de hecho por ser ésta una medida de carácter subsidiaria (solo opera en defecto de).

Habiendo verdaderamente un guardador de hecho que respete la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, cuando ésta acuda al notario, el guardador podrá prestarle el apoyo que sea conveniente para contribuir a la formación del proceso de la toma de decisiones y, por ende, de expresión de su voluntad. Es un refuerzo que tiene la persona con discapacidad. De esta forma en todo momento que el discapacitado necesite apoyo, el apoyo estará ahí para socorrerla.

Cuando el apoyo es la curatela. La curatela es una medida de origen judicial, lo que implica que existe una resolución judicial. En dicha resolución judicial se han de

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ Ídem.

determinar los actos en los que el curador deba prestar el apoyo a la persona con discapacidad. Se trata de determinar con precisión los actos en los que la persona que necesita el apoyo va a estar complementada por aquél, ante qué circunstancias... Hablamos de una actuación meramente asistencial, como bien hemos comentado anteriormente- curatela asistencial-.

No obstante, de forma excepcional podrá haber una curatela representativa en cuyo caso, los actos donde es necesaria la representación también deberán de ir detallados en la resolución judicial.

Cuando una persona con discapacidad apoyada por curatela acude al notario, si resulta que el acto o negocio jurídico en cuestión está determinado en la sentencia como aquel acto en el que el curador ha de asistir (y no representar) a la persona con discapacidad; el curador deberá de dejar a la persona con discapacidad tomar sus propias decisiones y en caso de necesitar ayuda, deberá prestar el apoyo necesario para complementar la deficiencia o limitación que padece la persona con discapacidad. De esta forma, se podrá garantizar una verdadera igualdad jurídica.

El curador deberá de prestar apoyo, deberá apoyar a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (*cfr.* art 250 CC). Quien toma las decisiones es la persona con discapacidad. Se vela porque tome sus propias decisiones de acuerdo con su voluntad, deseos y preferencias; finalidad fundamental de la ley 8/2021.

Cuando hay un defensor judicial. Si se ha nombrado a un defensor judicial en un momento puntual para suplir el apoyo que prestaba otro apoyo formalmente establecido, el defensor judicial tendrá que, al igual que el resto de apoyos, apoyar a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Ayudarla a comprender y a razonar sobre el acto o negocio jurídico en cuestión (establecido en la resolución judicial) para que ésta pueda tomar una decisión libre, voluntaria, informada y consciente y que realmente responda a su voluntad, deseos y preferencias. El defensor judicial, como el resto de apoyos, entrará a actuar cuando realmente se necesite.

Cuando la persona con discapacidad comparece acompañada de cualquiera de estas personas que ejercen la función de apoyo, de asistencia y de protección; se debe de intentar que la persona con discapacidad tome sola sus decisiones y, en caso de que sea necesario el apoyo, que éste acuda a ejercer dicha labor como tal. La persona

discapacitada al menos en ese momento⁹⁶ tiene que comprender la trascendencia, consecuencias y efectos del acto o negocio jurídico en cuestión (grado de discernimiento). En caso de no precisar de la capacidad natural, no se podrá determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y será necesario que exista una representación (*cf.* art 249 CC).

5.1.3 Representación de la persona con discapacidad

La representación implica que, la persona con discapacidad no va a tomar sus propias decisiones, sino que éstas las va a tomar otra persona por ella.

Es importante destacar que se trata de algo excepcional, que únicamente tiene lugar cuando no se pueda determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (*cf.* art 249 CC). Hay representación cuando la persona no tiene capacidad suficiente para comprender, carece de capacidad natural.

En cuanto a la representatividad de las medidas de naturaleza voluntaria, hablamos fundamentalmente de poderes. Si se otorga un poder, ya sea preventivo o con cláusula de subsistencia y se da la situación de deficiencia o de discapacidad pueden pasar dos cosas ya que, los poderes son previsiones de situaciones del futuro y cuando la situación llega puede ser muy distinta a lo que estaba previsto⁹⁷.

La primera de ellas es que la persona con discapacidad cuente con capacidad natural o grado de discernimiento. Si la persona con discapacidad comprende el alcance del acto o negocio jurídico para el que se otorgo el poder, así como sus consecuencias y efectos, y su voluntad es libre e informada, esta persona podrá actuar por ella misma.

Aun habiéndose otorgado un poder, si cuenta con capacidad natural puede perfectamente seguir actuando ella misma y omitirlo o incluso, anularlo⁹⁸. Solo ocurrirá esto cuando cuente con capacidad natural, y es precisamente lo que la ley quiere transmitir, la importancia de que cada uno tome sus propias decisiones incluyendo las personas con discapacidad y si éstas tienen grado de discernimiento para la comprensión

⁹⁶ Álvarez Royo- Villanova, S., “Ley 8/2021: del juicio de capacidad...”, *op. cit.*, S.P.

⁹⁷ Lora- Tamayo Rodríguez, I., “El apoyo notarial a la persona discapacitada...”, *op. cit.*, S.P.

⁹⁸ Lora- Tamayo Rodríguez, I., “Algunas aplicaciones notariales...”, *op. cit.*, S.P.

del acto o negocio jurídico en cuestión, no hay ninguna razón para que otra persona tenga que estar actuando en su nombre.

El segundo supuesto es cuando la persona con discapacidad no tiene una capacidad natural formada, no precisa de ella. En este caso, los apoderados, en virtud del poder otorgado, representarán y actuarán en nombre de la persona discapacitada.

Lo mismo sucede con la autocuratela. Si en la autocuratela se ha previsto que el curador tenga facultades representativas y llegado el caso, la situación de discapacidad no es tan extrema como se había planteado y la persona con discapacidad cuenta con capacidad natural, no habrá representación y quien habrá de tomar la decisión será el discapacitado. El apoyo, aunque sea representativo “no impide al discapacitado actuar por sí solo si puntualmente puede formar y expresar su consentimiento”⁹⁹.

La representación es algo completamente excepcional que únicamente tiene lugar cuando no se puede determinar la voluntad de la persona discapacitada (carece de capacidad natural). Si cuenta con capacidad natural y permite que otro le represente, estaría “anulándose a sí mismo” el ejercicio de su propia capacidad y precisamente no es la finalidad de la ley¹⁰⁰.

Por otro lado, un guardador de hecho puede llevar a cabo facultades representativas por medio de una autorización judicial, pasándose así de una guarda informal a una guarda de hecho formal. El guardador de hecho solo puede representar a la persona con discapacidad si cuenta con una autorización judicial obtenida a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria (*cf.* art 264 CC). Una vez que cuenta con dicha autorización judicial, el guardador de hecho es un guardador de hecho formal y no natural, y podrá representar a la persona con discapacidad en el acto o negocio jurídico para el que haya sido autorizado por el Juez.

Lo mismo sucede con la curatela. Cuando una persona con discapacidad acude a un notario para llevar a cabo un acto o negocio jurídico que forma parte de las facultades representativas del curador hablamos de que hay una representación del discapacitado, una sustitución.

⁹⁹ Tena Arregui, R., “El juicio notarial de valoración del consentimiento...”, *op. cit.*, S.P.

¹⁰⁰ Lora- Tamayo Rodríguez, I., “Algunas aplicaciones notariales...”, *op. cit.*, S.P.

Al curador se le pueden atribuir facultades representativas en la resolución judicial-curatela representativa-. Y para la realización de cualquiera de los actos mencionados en el artículo 287 CC, el curador necesitará ser autorizado para ello. Se trata de actos que tienen trascendencia en la vida y en la persona del discapacitado y para su realización se requiere una autorización judicial.

Si resulta que se quiere realizar cualquier tipo de acto o negocio jurídico sobre bienes que se consideran de extraordinario valor sentimental para la persona con discapacidad, se necesitará una autorización judicial. Es una de las novedades introducidas en el artículo 287 CC.

Otra de las novedades introducidas¹⁰¹ es que en los casos donde se quiera prestar aval o fianza (no solo dar o tomar dinero a préstamo, lo cual ya estaba establecido) será necesaria también la autorización del Juez.

Y respecto al tema de suscripción de seguros, renta vitalicia o cualquiera de naturaleza similar, también se requerirá la autorización judicial (*cf.* art 287 CC)

Por último y respecto al defensor judicial, éste ejercerá facultades representativas si estas vienen establecidas en la resolución judicial.

Como ya he comentado, el notario ejerce una labor de control y más cuando haya una completa representatividad. Éste habrá de realizar una labor de control con el objetivo de averiguar si existe cualquier tipo de conflicto de intereses o influencia indebida. Siempre ha de velar porque se cumpla la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y si resulta necesario, solicitar una revisión de las medidas de apoyo.

5.2 Participación del notario en la constitución de las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria

Entre las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria nos encontramos con: escrituras públicas en las que se regula la discapacidad, los poderes y mandatos preventivos, así como con la autocuratela.

¹⁰¹ Ídem.

Para el establecimiento de dichas medidas interviene la labor del notario, se hacen constar en escritura pública y se inscriben en el Registro Civil para que quede constancia de las mismas y para que puedan ser oponibles frente a terceros.

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son a las que más importancia se les da de todas. Se consideran prioridad porque recogen expresamente la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad ya que son las medidas establecidas por ella misma. Prevalecerá siempre frente a todo, la voluntad del otorgante, aunque sus decisiones no se consideren las más correctas¹⁰². Éstas han de ser respetadas.

Una escritura pública es un documento notarial, que se hace ante un notario en el que el interesado realiza una declaración de voluntad con el objetivo de que se realicen cambios relativos en sus derechos patrimoniales, o personales.

En este sentido una persona podrá otorgar escritura pública regulatoria de la discapacidad cuando: en primer lugar¹⁰³, prevea que va a padecer de una discapacidad futura. Esta persona podrá acudir a un notario para otorgar una escritura pública en la que se regule la discapacidad. En el momento en el que se realiza la escritura pública dicha persona no tiene la discapacidad.

En segundo lugar, también puede ocurrir que el interesado aprecie que ya padece de esa limitación o defecto y acudir igualmente al notario¹⁰⁴. En ese caso, el otorgante ya padece de dicha discapacidad y si no tiene apoyos, el notario tendrá que ejercer la labor de apoyo, tal y como he explicado en el epígrafe destinado a “comparecencia ante el notario sin apoyos”.

En dicha escritura pública se regulará todo lo relativo a la discapacidad. Conforme al 255 CC, en la escritura pública se podrán prever o incluso acordar las medidas de apoyo relativas a su persona y/o bienes. Lo puede establecer ella misma unilateralmente, o bien, acordar dichas medidas con terceros.

Se dice que la escritura pública es como un “traje a medida”¹⁰⁵ ya que hablamos de las medidas de apoyo relativas a la persona o a los bienes de una persona en concreto. Se

¹⁰² Álvarez Royo- Villanova, S., “Ley 8/2021: del juicio de capacidad...”, *op. cit.*, S.P.

¹⁰³ Lora- Tamayo Rodríguez, I., “Algunas aplicaciones notariales...”, *op. cit.*, S.P.

¹⁰⁴ Ídem.

¹⁰⁵ Ídem.

trata de medidas, como bien he mencionado a lo largo del trabajo, que complementan a la persona con discapacidad para que ésta pueda ejercer su capacidad jurídica en iguales condiciones a los demás. Lo conveniente es que en la escritura pública se prevea todo lo relativo a la persona del discapacitado y a su patrimonio.

En la escritura pública, conforme al artículo 255 CC también se establecerán las facultades de la persona que apoya y la forma en que va a llevar a cabo dicho apoyo. Además, se podrán establecer medidas de control, cautelas y plazos de revisión de dichas medidas. Como vemos, la regulación de la discapacidad en escritura pública contiene tantísimas cosas que es prácticamente imposible salirse del esquema y perjudicar a la persona con discapacidad. El grado de protección a ésta es máximo.

Si resulta que, en la propia escritura se autoriza al apoyo a llevar a cabo actos del artículo 287 CC, actos que requieren autorización judicial, el apoyo no tendrá que ser autorizado por el Juez¹⁰⁶ puesto que la propia persona con discapacidad ya le ha previamente autorizado y dicha autorización está en un documento público, el cual ha estado sometido al juicio y a la fe pública del notario.

Como bien sabemos, la persona que presta apoyo no es una persona desconocida para el discapacitado, sino que normalmente es una persona que le conoce bastante bien, familiares, amigos... Con esto se corre el riesgo de que se puedan aprovechar de la persona con discapacidad ya que es una persona vulnerable. Para evitarlo, hay una serie de actos cuya realización está prohibida para los apoyos. Hablo de los actos establecidos en el artículo 251 CC como, por ejemplo, recibir liberalidades por parte de la persona con discapacidad, así como, comprarle o venderle bienes a la persona con discapacidad. Se trata de una protección para la persona con discapacidad. No obstante, aunque exista esta protección, la persona con discapacidad si otorga la escritura pública de la que hablamos, también podrá excluir de aplicación dichas prohibiciones. Como vemos, la voluntad de la persona con discapacidad está por encima de todo.

Por último, si resulta que, además, se establecen otras medidas de apoyo de naturaleza voluntaria como poderes o autotutela, es bastante frecuente que figure todo en la misma escritura pública pero perfectamente separado y delimitado, para evitar confusiones¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Ídem.

¹⁰⁷ Ídem.

Los poderes y mandatos preventivos también se configuran como medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. En otras palabras, los poderes otorgados (siempre que tengan cláusula de subsistencia o sean poderes preventivos de una futura discapacidad) se convierten en medidas de apoyo¹⁰⁸.

Los poderes han de constar en escritura pública otorgada ante Notario e inscritos en el Registro Civil. El notario cumple una función muy importante también con los poderes.

Un poder también es un “traje a medida”¹⁰⁹ en el que el poderdante designa a la persona que quiere que le represente en determinadas situaciones, actos o negocios jurídicos, de su vida personal o patrimonial, o ambas. Al igual que en la escritura pública, en los poderes también se establecerá todo tipo de medidas de control, cautelas, limitaciones a las facultades representativas del apoderado, así como, los casos de extinción de dicho poder.

Respecto de los poderes preventivos y de los poderes con cláusula de subsistencia, el procedimiento es claro: persona que otorga un poder, no teniendo ninguna limitación y previendo que el poder subsista si en un futuro padece de alguna discapacidad- poder con cláusula de subsistencia- y por otro lado; poder que se otorga, también sin padecer de ninguna limitación o deficiencia en el momento del otorgamiento, con el objetivo de que se active si se da la circunstancia que en el poder se establece (futura discapacidad)- poder preventivo-.

¿Qué sucede cuando una persona que ya padece de una discapacidad quiere otorgar un poder? Si resulta que una persona cuenta ya con una discapacidad leve, por ejemplo, persona a la que le acaban de diagnosticar alzheimer, ésta podrá otorgar ante notario un poder preventivo que entre a operar cuando el alzheimer este más desarrollado y se cumplan las condiciones de aplicación que ella misma ha establecido en dicho poder. El notario tendrá que comprobar que cuenta con grado de discernimiento para poder autorizar la realización de dicho negocio jurídico.

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ Ídem.

Si todas las personas tenemos capacidad jurídica, cuando una persona con discapacidad quiera otorgar un poder, puede siempre y cuando tenga grado de discernimiento y el juicio de capacidad llevado a cabo por el notario sea positivo.

No cabe decir que, si la voluntad del interesado comprende cuestiones fuera del derecho, por mucho que sea su voluntad, el notario no puede plasmar sus pretensiones en el documento notarial.

El apoderado en cada actuación en la que actúe en nombre del otorgante tendrá que exhibir la copia del poder para así acreditar que realmente ha sido autorizado para actuar en su nombre.

La última de las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria es la autotutela. La constitución de la autotutela ante el notario se encuentra en la misma línea que lo anterior.

Se trata de un “traje a medida” de la tutela¹¹⁰. Hay una designación previa y voluntaria por parte del otorgante, del curador. Aunque esto sea lo general, puede haber particularidades como, por ejemplo, establecer quien, el interesado, no quiere que ejerza la labor de curador; o nombrar a varios y que sea otra persona, que el interesado elige, la que designe al curador definitivo... (*cf.* art 271- 274 CC).

Se pueden nombrar también a varios curadores, por ejemplo, un curador para el cuidado de su persona y otro para los bienes (*cf.* art 277 CC). También se podrán nombrar sustitutos al curador y establecer el orden de sustitución (*cf.* art 273 CC).

Es un “traje a medida”, se puede regular de la forma que el interesado desee, siempre y cuando sea conforme a la ley.

También se podrán especificar los actos en los que habrá una asistencia (tutela asistencial) y los actos en los que habrá una representación (tutela representativa). Para el último caso, considero que no se necesitaría autorización judicial para la realización de los actos del 287 CC cuando el curador haya sido previamente autorizado por el

¹¹⁰ Ídem.

discapacitado, como ya hemos visto en los casos anteriores, pues el otorgante ya ha dejado previamente por escrito su voluntad y ésta ha de cumplirse.

Toda la voluntad del otorgante, el notario la plasma en un documento notarial (escritura pública), previo juicio de capacidad. Una vez inscrito en el Registro Civil, la escritura pública tendría efectos frente a terceros y primacía frente a cualquier otro tipo de medida de apoyo que no sea de naturaleza voluntaria.

5.3 Breve referencia al papel del notario respecto de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio

El testamento es un acto personalísimo que se otorga ante notario. Antes de la ley, tenían prohibido testar, conforme al antiguo 663 CC *“el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio (antiguos incapaces)”*. Y, para que una persona con discapacidad pudiese testar era necesario que estuviese en un momento de lucidez y la presencia de dos peritos y de testigos, tal y como exigía el antiguo artículo 665 CC *“siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el notario dos facultativos...”*.

Con la nueva ley, el artículo 663 CC establece que no pueden testar *“las personas que no puedan conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”*. Gracias a la reforma, las personas con discapacidad pueden testar siempre y cuando, a juicio del notario, tengan grado de discernimiento. El testamento es como cualquier otro acto o negocio jurídico, pero con la particularidad de que es un acto personalísimo. Esto quiere decir que, si aún contando con apoyos, es imposible que la persona con discapacidad pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias; no se podrá otorgar testamento en ningún caso, pues no existe opción de que haya representatividad, lo cual indica, que la sucesión en su caso habrá de ser abintestato.

El artículo 665 CC es un artículo dedicado exclusivamente a las personas con discapacidad. Este artículo establece que un discapacitado *“puede otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones”* (en otras palabras, tenga grado de discernimiento). El notario también es una figura de apoyo y tendrá que *“procurar que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones, apoyándole en su comprensión y razonamiento*

y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”.

El notario tendrá que realizar un juicio de capacidad para ver si la persona con discapacidad tiene grado de discernimiento. Resulta evidente la importancia que tiene el juicio de capacidad llevado a cabo por el notario ya que es el elemento sobre el que pivota la realización o no del acto jurídico.

A modo de comprender el importante juicio de capacidad que lleva a cabo un notario cuando una persona con discapacidad quiere otorgar testamento, he incorporado en el epígrafe de Anexos, un testamento otorgado por un discapacitado (tras la Ley 8/2021) junto con la correspondiente acta del notario en donde se examina la capacidad natural del otorgante.

VI. CONCLUSIONES

Con la Ley 8/2021, de 2 de junio, se ha incorporado el artículo 12 de la CDPD relativo a la igualdad jurídica de las personas con discapacidad en la norma española. Esto ha implicado importantes cambios en nuestra regulación. Del estudio que he acometido particularmente en lo relativo a la función notarial, cabe formular las siguientes conclusiones:

Primero, desaparece la distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Las personas con discapacidad ejercen su capacidad jurídica, en su caso, con los apoyos que requieran o con ajustes razonables en el ejercicio de los derechos, en función del tipo de discapacidad y la afectación que ésta haga a su grado de discernimiento. No obstante, lo que se pretende con la nueva regulación es fomentar que la persona con discapacidad tome sus propias decisiones de forma autónoma, estando ella en primer lugar y los apoyos en segundo lugar.

Segundo, los apoyos ayudan a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, su función es la de suplir la ausencia o deficiencia de voluntad del discapacitado. En casos excepcionales, el apoyo podrá consistir en la representación del discapacitado si éste carece de grado de discernimiento necesario. Los apoyos pueden ser voluntarios, que son los establecidos de forma autónoma y libre por el discapacitado y los apoyos legales como la curatela o el defensor judicial. También hay apoyos formales e informales, siendo los informales, por ejemplo, un guardador de hecho con funciones asistenciales (guarda de hecho informal). Además, los funcionarios públicos (entre ellos, los notarios) tienen la obligación de facilitar los ajustes necesarios en el ejercicio de los derechos por la persona discapacitada, convirtiéndose entonces también, en figuras de apoyo.

Tercero, el deber general del notario como figura de apoyo consiste en poner todos los medios necesarios para facilitar una comprensión del acto o negocio jurídico otorgado ante él por el discapacitado: explicaciones del negocio jurídico más detalladas, repeticiones, aclaraciones...en definitiva, asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su autonomía y facilitarle los actos a realizar.

Dentro de sus deberes, el notario tiene que hacer un estricto juicio de capacidad para comprobar que el discapacitado tiene el grado de discernimiento necesario. El grado de

discernimiento o capacidad natural hace referencia a la comprensión del acto o del negocio jurídico, así como de sus consecuencias y efectos; lo cual, da lugar a un consentimiento informado. El grado de discernimiento permite que la persona pueda expresar su consentimiento con conocimiento de causa.

El notario ha de comprobar también como parte de sus deberes que, verdaderamente dicho acto o negocio jurídico es expresión de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad; lo cual constituye la formación libre de la voluntad. Y en todo caso, que el acto es beneficioso para el discapacitado y que en ningún caso le perjudica.

Cuarto, el notario no es solo una figura de apoyo, sino que también es una medida de protección al discapacitado. La protección es doble, por un lado, el notario podrá no autorizar un acto otorgado ante él por un discapacitado, si en base al juicio de capacidad realizado y aún con apoyos, el discapacitado no es capaz de conformar una voluntad libre y de expresar un consentimiento informado. La responsabilidad del notario es muy grande ya que, de su juicio de capacidad depende que el negocio jurídico se lleve a cabo. Aunque el discapacitado cuente con apoyos que le suplen su falta, le ayudan y le apoyan en el ejercicio de su capacidad jurídica; si resulta imposible que el discapacitado exprese su voluntad, deseos y preferencias, el notario impedirá la realización de dicho acto, solicitando una autorización judicial para que pueda existir una representación del discapacitado (sustitución) en la realización del negocio jurídico en cuestión.

La segunda función de protección radica en que, el notario ha de observar tras un análisis de las circunstancias y de los hechos que el apoyo no está influenciando de forma indebida al discapacitado y si fuera el caso, el notario está legitimado para solicitar ante el Ministerio Fiscal una revisión de las medidas de apoyo, todo ello con la finalidad de proteger a la persona con discapacidad. En definitiva, el notario vela por que la voluntad del discapacitado sea libre y para el caso de que haya vicios del consentimiento (error, dolo, violencia, intimidación...), no permitirá la realización del acto o negocio jurídico en cuestión.

Quinto, cuando se haya previsto en las medidas de naturaleza voluntaria (poderes y mandatos preventivos, autotutela y escritura pública de regulación de la discapacidad) que el apoyo tenga facultades representativas puede pasar lo siguiente: que, llegada la situación de discapacidad, el discapacitado tenga grado de discernimiento y sea capaz de

expresar un consentimiento informado y formar una voluntad libre respecto del acto o negocio jurídico en cuestión. Pese a la previsión futura que se había hecho de dichas medidas, las cuales se alejan de la realidad, actuará el discapacitado en primer lugar asistido por el apoyo. El discapacitado en ese caso podrá modificar o revocar dichas medidas. No obstante, todo ello ha de ser valorado detenidamente por el notario en base al juicio de capacidad realizado.

Sexto, el curador, defensor judicial o guardador representativo representarán y actuarán en nombre del discapacitado cuando no sea posible conocer la voluntad, deseos y preferencias de éste (o, en otras palabras, no tenga grado de discernimiento). Le representarán en los actos establecidos en la resolución judicial, previa autorización del juez para representar al discapacitado. La representación es algo excepcional que implica la sustitución de la persona con discapacidad.

Séptimo, habrá actos personalísimos, como, por ejemplo, otorgar testamento ante notario donde no pueda haber una representación para el caso de que la persona con discapacidad no tenga grado de discernimiento o capacidad natural. De esta forma, si una persona con discapacidad no tiene grado de discernimiento aún teniendo apoyos, no podrá testar por no haber una comprensión y una verdadera expresión de su voluntad a la hora de hacer testamento y otra persona no podrá testar por ella, por ser el acto de otorgar testamento, un acto personalísimo. La sucesión en este caso tendrá que ser abintestato.

VII. BIBLIOGRAFÍA

7.1 Legislación

- Código Civil.
- Constitución Española.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.
- Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia.
- 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.
- RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

7.2 Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 734/202, de 2 de noviembre de 2021. Fundamento Jurídico 3.3

7.3 Obras doctrinales

- Civitas., “Modificación de la ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862”, *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, 1ª Edición, España, Febrero, 2022.
- Díez-Picazo, L y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil – Volumen I Parte General del Derecho civil y personas jurídicas*, Tecnos, Madrid, 2016

- Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Manual de Derecho Civil parte general*, Dykinson S.L., 3ª Edición., Madrid, 2021
- Ilustre Colegio de Abogados de Madrid., *Reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad. Paso a paso*, Colex., 1ª Edición, A Coruña, España 2021.

7.4 Recursos de internet

- Álvarez Royo- Villanova, S., “Ley 8/2021: del juicio de capacidad a la formación y evaluación del consentimiento”, *Hay Derecho*, (disponible en <https://www.hayderecho.com/2021/10/06/ley-8-2021-del-juicio-de-capacidad-a-la-formacion-y-evaluacion-del-consentimiento/>; última consulta 24/03/2022)
- Álvarez Royo- Villanova, S., “Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, (disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11069-voluntad-y-consentimiento-informado-en-la-ley-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>; última consulta 24/03/2022)
- CERMI, Fundación ONCE, Fundación Aequitas, Consejo General del Notariado., “El Impacto de la reforma del derecho civil”, (disponible en https://fundacionestutelaes.org/wp-content/uploads/2021/09/pyr_legislacion_civil_1f_maquetado.pdf; última consulta 18/03/2022)
- Comisión de Derechos Humanos, Unión Internacional del Notariado., “Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública”, (disponible en https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8ae1-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec; última consulta 18/03/2022)
- Definición antigua de discapacidad ofrecida por el Diccionario Panhispánico Español Jurídico, (disponible en <https://dpej.rae.es/lema/discapacidad>; última consulta 27/01/2022)
- Definición de discapacidad ofrecida por la RAE, (disponible en <https://dle.rae.es/discapacidad>, última consulta 27/01/2022)

- Definición de incapaz ofrecida por la RAE, (disponible en <https://dle.rae.es/incapaz?m=form>; última consulta 27/01/2022)
- 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; última consulta 23/03/2022)
- Gomá Lanzón, F., “Los poderes preventivos en la ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *Hay Derecho*, (disponible en <https://www.hayderecho.com/2021/06/08/los-poderes-preventivos-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/>; 15/02/2022)
- Lora- Tamayo Rodríguez, 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 Siglo XXI*, (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>; última consulta 24/03/2022)
- Lora- Tamayo Rodríguez, I., “Algunas aplicaciones notariales en la ley de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *El Notario del Siglo XXI*, (disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10937-algunas-aplicaciones-notariales-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>; última consulta 24/03/2022)
- Lora-Tamayo Villaceros, M y Pérez Ramos, C., “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *El Notario del Siglo XXI*, (disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10935-la-guarda-de-hecho-tras-la-nueva-regulacion-de-la-ley-8-2021>; 19/02/2022)
- 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 Siglo XXI*, (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 24/03/2022)

VIII. ANEXOS

8.1 Testamento otorgado por persona con discapacidad

MB

NUMERO:

----- TESTAMENTO ABIERTO -----

En Madrid, mi residencia, siendo las trece horas del día ocho de febrero del año dos mil veintidós.

Ante mí, _____, Notario de esta capital, y de su Ilustre Colegio constituido en el domicilio en el que se encuentra el testador calle _____ número _____, planta _____ puerta _____ de Madrid, -----

----- COMPARECE -----

DON _____, nacido el día _____, soltero, jubilado, vecino de Madrid, calle _____ número _____

con D.N.I./N.I.F.: -----

Son testigos instrumentales en este acto para el supuesto de que el testador no pudiera firmar el presente documento: -----

_____, mayor de edad, enfermero,

que es con quien convive y quien le cuida desde hace muchos años. -----

IV.- Que desea otorgar este testamento abierto, lo cual verbalmente me indica, y yo redacto, con sujeción a las siguientes: -----

----- **CLAUSULAS** -----

PRIMERA: Instituye heredero de todos sus bienes a su único hermano DON _____, y en su defecto, con sustitución a favor de las personas y con las condiciones, que su hermano y heredero _____ determine y exprese en el propio testamento de -----

SEGUNDA: Nombra Albaceas, para que sigan sus instrucciones, y Contadores Partidores, para que firmen la escritura de herencia, a DOÑA

_____ D.N.I. NUMERO _____ y en su defecto a DOÑA _____,

CON D.N.I _____, con las más amplias facultades, y prórroga del plazo legal por un año más, sin perjuicio de que los herederos puedan por



e) De que el presente instrumento público queda extendido en tres folios de papel de uso exclusivo para documentos notariales, serie GI, numerados correlativamente en orden inverso desde el 7138295 al 7138293, ambos inclusive. -----

Sigue la firma del compareciente. Signado: El Notario Autorizante. Rubricados y sellado. -----

8.2 Acta notarial sobre el juicio de capacidad del otorgante

siendo, además, , capaz de tomar decisiones sencillas y básicas por voluntad propia.

2º.- El testimonio y declaración de e
:, a quien he identificado mediante su DNI dentista, quien lleva atendiendo a , dentro de su especialidad, desde hace muchos años, y quien me ha manifestado que: -----

a.- Desde hace muchos años, y desde que el declarante tiene conocimiento, quien efectivamente convive con -además de su otro hermano , fallecido hace escasos días- , y le cuida y atiende diariamente, es el único hermano de éste, , sin que

por lo que el declarante puede conocer, tenga otra familia que le atienda o cuide. -----

b.- Que a pesar de la discapacidad de , éste reconoce a su hermano, así como a otras personas de su entorno, de quienes percibe y a quienes manifiesta su conocimiento, siendo además

, capaz de tomar decisiones sencillas
básicas por voluntad propia. -----

3°.- Ambas en mi presencia -además de yo mismo-
han explicado a _____ el contenido y objeto de
la escritura de testamento cuya autorización se ha
solicitado. -----

Y no teniendo más que hacer constar doy por
terminada la presente acta de cuyo contenido, doy
fe. -----

Sigue el sello de la notaria, el signo, firma y
rubrica del notario autorizante. -----

